

IIDH

Instituto Interamericano
de Derechos Humanos

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos es una institución internacional autónoma de carácter académico, creada en 1980 en virtud de un convenio suscrito entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la República de Costa Rica.

Hoy en día, es uno de los más importantes centros mundiales de enseñanza e investigación académica sobre derechos humanos. Ejecuta más de 50 proyectos locales y regionales para la disseminación de estos derechos entre las principales entidades no gubernamentales y entre las instituciones públicas del hemisferio americano.

IIDH

3

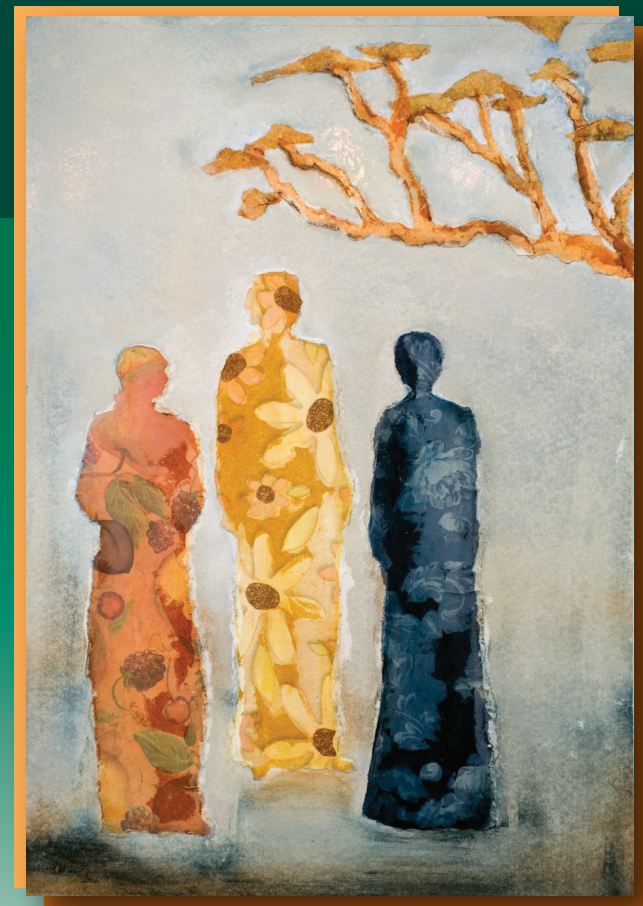
La anticoncepción oral de emergencia. El debate legal en América Latina

IIDH

Instituto Interamericano
de Derechos Humanos

3

La anticoncepción oral de emergencia. El debate legal en América Latina



Asdi
AGENCIA SUECA
DE COOPERACION
INTERNACIONAL PARA
EL DESARROLLO

La anticoncepción oral
de emergencia.
El debate legal en América Latina

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Con el apoyo de:
Fondo de Población de las Naciones Unidas
Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo

© 2008 Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
Reservados todos los derechos.

364.185

I59a

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
La anticoncepción oral de emergencia : el debate legal
en América Latina / Instituto Interamericano de
Derechos Humanos. San José, C.R. : IIDH, 2008

146 p. ; 21.59 x 13.97 cm.

ISBN 978-9968-917-76-6

1. Derechos de familia 2. Derechos reproductivos 3. Derechos
sexuales 4. Aborto.

Las ideas expuestas en los trabajos publicados en este libro son de exclusiva responsabilidad de los autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Se permite la reproducción total o parcial de los materiales aquí publicados, siempre y cuando no sean alterados, se asignen los créditos correspondientes y se haga llegar una copia de la publicación o reproducción al editor.

Equipo productor de la publicación:

Isabel Torres García
Coordinación académica

Denia Núñez Guerrero
Apoyo académico

Rocío Villanueva Flores
Autora

“Encuentro en el parque” (2007)
Cortesía de la pintora costarricense Alma Fernández
Oleo y collage sobre cartón, 50 x 35 cm.
Ilustración de la portada

Unidad de Información y Servicio Editorial del IIDH
Diseño, diagramación y artes finales

Editorama S.A.
Impresión

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Apartado Postal 10.081-1000 San José, Costa Rica
Tel.: (506) 2234-0404 Fax: (506) 2234-0955
e-mail: uinformacion@iidh.ed.cr
www.iidh.ed.cr

Tabla de contenido

Presentación	11
Introducción	15

Capítulo I

La anticoncepción oral de emergencia (AOE)

1. Qué es la anticoncepción oral de emergencia y en qué situaciones se utiliza	19
2. Regímenes de anticoncepción oral de emergencia.....	21
2.1 El método Yuzpe.....	21
2.2 Los productos dedicados.....	23
3. Información a tener en cuenta sobre la fecundación para entender los mecanismos de acción de la AOE.....	24
4. El modo de acción de la AOE: la posición de la Organización Mundial de la Salud (OMS).....	25
4.1 El estado del conocimiento en la actualidad.....	25
4.2 La posición de la OMS antes del año 2000 y las investigaciones realizadas con posterioridad	27
5. Eficacia y efectos secundarios de la AOE.....	30
6. La Oficina de Control de Medicinas y Alimentos de los Estados Unidos (FDA).....	31
7. El aporte de la AOE a la salud pública.....	32

Capítulo II

Procesos constitucionales y ordinarios concluidos en Argentina, Colombia, Chile, Ecuador, México y Perú

1. Argentina

- 1.1 Proceso de amparo para impedir la fabricación, distribución y comercialización del producto dedicado Imediat: sentencia de la Corte Suprema de la Nación de 5 de marzo de 2002.....36

2. Colombia

- 2.1 Tutela presentada contra el Ministerio de la Protección Social, la Vicepresidencia de la República, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA, y la Asociación Probienestar de la Familia Colombiana PROFAMILIA para evitar la comercialización y distribución de anticoncepción oral de emergencia: sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 22 del septiembre de 200440

3. Chile

- 3.1 Recurso de protección para impedir la comercialización del producto dedicado Postinal: sentencia de la Corte Suprema del 30 de agosto de 200147
- 3.2 Juicio ordinario de declaración de nulidad de derecho público del registro sanitario de Postinor 2: sentencia de la Corte Suprema, 28 de noviembre de 2005.....52
- 3.3 Proceso de inconstitucionalidad contra las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad: sentencia del Tribunal Constitucional del 11 de enero de 200758
- 3.4 Recurso de protección presentado por una municipalidad contra la Ministra de Salud para impedir que la AOE sea distribuida a las adolescentes entre 14 y 17 años72

3.5	Recurso de protección por padres de familia contra la Ministra de Salud para evitar la distribución de AOE a las adolescentes entre 14 y 17 años	78
4.	Ecuador	
4.1	Proceso de amparo para impedir la comercialización del producto dedicado Postinor 2: sentencia del Tribunal Constitucional del 23 de mayo de 2006	82
5.	México	
5.1	Recurso de atracción para conocer una demanda de amparo presentada contra la disposición que modificó la norma que regula los servicios de planificación familiar, para incluir la anticoncepción oral de emergencia: sentencia de la Suprema Corte de Justicia del 27 de octubre de 2006	88
6.	Perú	
6.1	Demanda de cumplimiento para exigir que el Ministerio de Salud distribuya AOE: sentencia del Tribunal Constitucional del 13 de noviembre de 2006.....	90

Capítulo III

Procesos judiciales en trámite contra la AOE

1.	Argentina	
1.1	Demanda de amparo para que se declare la inconstitucionalidad de varios artículos de la Ley N° 25.673, que crea el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable	97
1.2	Demanda de amparo para revocar las autorizaciones, prohibir la fabricación, distribución y comercialización de todos los fármacos o anticonceptivos orales,	

inyectables y dispositivos intrauterinos, ordenando el decomisado y destrucción de los productos o ejemplares que se encuentren en todos los lugares del país.....	100
2. Colombia	
2.1 Demanda de nulidad de la Resolución 266285 de Instituto Nacional de Medicamentos y Alimentos INVIMA, por la cual se concede el registro sanitario de Postinor 2	104
2.2 Acción popular instaurada contra el Instituto Nacional de Medicamentos y Alimentos INVIMA y el Ministerio de Protección Social y de Salud	110
3. Perú	
3.1 Demanda de amparo para impedir la distribución gratuita de AOE pero no su venta	116

Capítulo IV

Una revisión de los argumentos planteados en los procesos judiciales sobre anticoncepción oral de emergencia

1. Los argumentos planteados contra la AOE	122
1.1 La violación al derecho a la vida: la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el principio pro homine	122
1.2 La ausencia de relación entre la AOE y el derecho a la salud.....	127
1.3 La violación del derecho de los padres a educar a sus hijos.....	135
2. Otras consideraciones	141
2.1 Los cuestionamientos a la falta de legitimación para obrar de quienes presentan demandas contra la AOE, a la extemporaneidad del recurso de amparo, a la inexistencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta así como a la idoneidad	

del proceso de amparo por existir otra vía procesal	141
2.2 Los argumentos religiosos invocados en defensa de la AOE	142
2.3 ¿Quiénes presentan las demandas en contra de la AOE?	142
2.4 La importancia de los informes de amicus curiae y de terceros coadyuvantes o con interés	144
3. Un balance final	145

Presentación

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos y el Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA) han desarrollado acciones conjuntas desde el año 2002, en el marco de una fructífera alianza estratégica basada en la plena coincidencia de que el goce y ejercicio de los derechos humanos, constituyen la piedra angular de la democracia y del desarrollo.

En el trabajo de promoción y educación en derechos humanos de las mujeres que ambas entidades realizan, han identificado temas de especial preocupación en la región en la esfera de los derechos reproductivos. Es por ello que han propiciado procesos de investigación académica, que dan continuidad al estudio realizado y publicado hace algunos años “Promoción y defensa de los derechos reproductivos: nuevo reto para las instituciones nacionales de derechos humanos” (IIDH, UNFPA: 2003).

Mediante la presente publicación, se pone a disposición un compendio de cuatro investigaciones, con el fin de propiciar conocimientos que faciliten el debate, la argumentación y la toma de decisiones:

- Tomo 1: Los derechos reproductivos son derechos humanos.
- Tomo 2: Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos.
- Tomo 3: La anticoncepción oral de emergencia.
El debate legal en América Latina.

Tomo 4: Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina.

El primer texto aborda a los derechos reproductivos desde una perspectiva de género y de derechos humanos. Analiza la evolución, alcance y contenido de los derechos reproductivos como parte de los derechos humanos universales y por ende, de las obligaciones de los Estados en esa materia.

El segundo presenta, desde una perspectiva jurídica, cómo la justicia constitucional ha resuelto en América Latina los casos en los que se han discutido demandas argumentadas como derechos sexuales y reproductivos.

El tercer texto sistematiza quince procesos judiciales constitucionales sobre la anticoncepción oral de emergencia, el cual constituye el método anticonceptivo que más controversias judiciales ha originado en América Latina, planteadas en Argentina, Colombia, Chile, Ecuador, México y Perú.

El cuarto y último analiza la reproducción asistida desde una perspectiva de género y derechos humanos en el contexto latinoamericano.

El IIDH y el Fondo de Población de Naciones Unidas (UNFPA), esperan continuar contribuyendo a ampliar los conocimientos en dichas temáticas y sobre todo, que la apropiación de los mismos se convierta en una herramienta de trabajo por parte de las instituciones de Estado y de las organizaciones de la sociedad civil en pro de los derechos humanos.

*Roberto Cuéllar M.
Director Ejecutivo*

La anticoncepción oral de emergencia. El debate legal en América Latina

Rocío Villanueva Flores^{*}

^{*} Peruana, Doctora en Derecho, Universidad de Castilla La Mancha, España. Diploma de Especialización en derechos humanos en la Universidad Complutense de Madrid. Profesora de Filosofía del derecho y de teoría jurídica de los derechos fundamentales en la Pontificia Universidad Católica de Perú. Fue Defensora Adjunta para los Derechos de la Mujer y Defensora Adjunta para los Derechos Humanos y las Personas con Discapacidad de la Defensoría del Pueblo de Perú. Consultora del IIDH y del UNFPA e integrante de la Comisión de Alto Nivel de Salud Reproductiva del Colegio Médico del Perú.

Introducción

Sin lugar a dudas, la anticoncepción oral de emergencia (AOE) es el método anticonceptivo que más controversias judiciales ha originado en América Latina. Si bien la esterilización quirúrgica también ha sido materia de pronunciamientos judiciales al menos en Chile, Colombia y Perú¹, en los dos primeros países mencionados se ha recurrido a la justicia para que se reconozca el derecho de las mujeres a optar por un método anticonceptivo definitivo, lo que en efecto sucedió². En cambio, tratándose de la AOE casi todas las demandas judiciales se han planteado con el propósito de impedir que ese anticonceptivo sea distribuido gratuitamente o comercializado³.

¹ En Chile se presentó un recurso de protección contra el dispositivo intrauterino, pero no fue admitido pues había vencido el plazo para presentar tal recurso.

² El 6 de diciembre de 1996, en el Perú, se presentó una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo único de Ley N° 26530, que modificó el artículo VI del Título Preliminar de la Ley de Política Nacional de Población, aprobada por Decreto Legislativo N° 346, para permitir la ligadura de trompas y la vasectomía. Mediante Sentencia 330, Expediente 014-96-I/TC, del 28 de abril de 1997, la demanda fue declarada improcedente pues –sorprendentemente–, el Tribunal Constitucional señaló que la norma cuestionada no legalizaba expresamente la esterilización quirúrgica, sino que al eliminar su prohibición, enfatizaba la prohibición radical del aborto.

³ En Guatemala, el Presidente de la República presentó una demanda de amparo para que no entrara en vigencia la Ley de acceso universal y equitativo a los servicios de planificación familiar y su integración en el Programa Nacional de Salud Reproductiva, aprobada por Decreto 87-2005. El mandatario guatemalteco, en Consejo de Ministros, vetó la ley, con el argumento de que contemplaba disposiciones que duplicaban o eran incongruentes con lo regulado en otras normas legales. Sin

Este trabajo tiene por objeto sistematizar quince procesos judiciales sobre AOE, iniciados en Argentina, Colombia, Chile, Ecuador, México y Perú. La finalidad de esta tarea es obtener algunas lecciones que permitan mejorar la estrategia de defensa de la AOE. Dichos procesos son, en su mayoría, procesos constitucionales, como el proceso de amparo. Varios de tales procesos han culminado, y otros se encuentran en curso. En el caso argentino, la sentencia en virtud de la cual se prohibió la distribución y comercialización del producto dedicado “Postinal”, parece haber animado a dos organizaciones que se oponen a la planificación familiar a presentar sendas demandas judiciales, esta vez, para lograr la prohibición de los anticonceptivos orales (de uso regular y de emergencia), de los inyectables y del dispositivo intrauterino.

A fin de presentar la información de la manera más clara, este trabajo ha sido dividido en cuatro capítulos. El primero de ellos contiene información general sobre la anticoncepción oral de emergencia, que incluye, por ejemplo, la posición de la Organización Mundial de la Salud (OMS) al respecto, y que es útil para cuestionar los argumentos que señalan que la AOE es abortiva.

El segundo y tercer capítulos se dedican a los procesos judiciales sobre la AOE, que han sido clasificados en culminados y en trámite, de acuerdo con la información disponible. En ambos capítulos, he procurado exponer de forma detallada los argumentos de los demandantes, de los demandados (por lo general los Ministerios de Salud y las instancias administrativas encargadas de otorgar el registro sanitario de los medicamentos) así como de aquellas instituciones que han intervenido en los procesos judiciales

embargo, el Congreso dispuso la publicación de la mencionada ley, por lo que el Presidente solicitó un amparo para evitarlo. El 6 de febrero de 2006, se le otorgó un amparo provisional. No obstante, el 5 de abril de 2006, la Corte de Constitucionalidad revocó el amparo y ordenó publicar la citada ley en el diario oficial y su inclusión en el Programa de Salud Reproductiva. Mediante Acuerdo N° 30-2006 de 27 de abril de 2006, el Legislativo dio cumplimiento a la resolución de la Corte de Constitucionalidad.

presentado informes de *amicus curiae*, o como terceros coadyuvantes o con interés (Fondo de Población de Naciones Unidas, Organización Mundial de la Salud, Defensorías del Pueblo, organizaciones de la sociedad civil, etc.). Asimismo, en notas de pie de página he consignado la información sobre las comisiones y actuaciones administrativas que han tenido lugar en el Perú y en Colombia, y que culminaron con recomendaciones a favor de la AOE.

Finalmente, en el último capítulo se lleva a cabo una revisión de los argumentos planteados en los distintos procesos judiciales, que tienen o han tenido lugar en nuestra región. En dicho capítulo se hace referencia a convenios y documentos internacionales que deberían invocarse en defensa de la AOE. En ocasiones, en los casos en los que se obtuvo una sentencia desfavorable, tal invocación no tuvo lugar en la defensa de la distribución y comercialización de dicho anticonceptivo.

Aunque este trabajo no las incluye, me parece relevante destacar que el debate legal sobre la AOE no se ha limitado a los procesos constitucionales y de nulidad de resoluciones administrativas, sino que a ellos hay que añadir las acusaciones constitucionales contra ex Ministros de Salud, presentadas ante el Congreso, como en el caso peruano⁴, y las denuncias penales contra los representantes de las empresas que comercializan AOE (Ecuador) así como contra el Ministro de Salud y los directivos del órgano administrativo encargado de otorgar los registros sanitarios a los medicamentos (Argentina).

⁴ Se trata de la denuncia constitucional presentada, en el 2003, por el congresista Héctor Chávez Chuchón contra el ex Ministro de Salud, doctor Eduardo Pretell Zárate, durante cuya gestión se aprobó la Resolución Ministerial N° 399-2001-SA/DM, que incorporó la AOE como método anticonceptivo a ser distribuido en los establecimientos públicos de salud. Esta denuncia constitucional fue finalmente archivada por el Congreso de la República en el año 2006, al haber caducado; véase el Informe sobre la caducidad del beneficio del antejuicio político de ex altos funcionarios públicos, de la Comisión Permanente del Congreso de la República-Subcomisión de Acusaciones Constitucionales, de fecha 10 de mayo de 2006.

En todo caso, la cantidad y variedad de controversias legales sobre la AOE muestra claramente la necesidad de contar con información idónea sobre el tema, que pueda ser utilizada para contestar los argumentos contrarios a la AOE y, de esta forma, contribuir a garantizar los derechos de las mujeres.

Capítulo I

La anticoncepción oral de emergencia (AOE)

1. Qué es la anticoncepción oral de emergencia y en qué situaciones se utiliza

Se ha señalado que el origen de la anticoncepción oral de emergencia (AOE) se sitúa en Holanda, a mediados de la década de los sesenta, cuando un médico suministró una alta dosis de estrógenos a una niña de 13 años que había sido víctima de violación sexual⁵. De esta forma, “se inició la anticoncepción de emergencia y las investigaciones para adaptar las dosis hormonales a la mujer de tal forma que se obtuviera el máximo de eficacia anticonceptiva con el mínimo de aporte hormonal y efectos secundarios”⁶.

Actualmente, la Organización Mundial de la Salud señala que la anticoncepción oral de emergencia se refiere a los métodos que las mujeres pueden usar como respaldo y en caso de emergencia, dentro de los primeros días posteriores a una relación sexual sin protección, con el objetivo de prevenir un embarazo no deseado⁷. Entre los supuestos en los que se puede emplear AOE se incluyen los casos de violación sexual o cuando ha ocurrido un accidente con el método usado⁸.

La AOE es el único método que les permite a las mujeres prevenir un embarazo luego de haber tenido relaciones sexuales

⁵ Defensoría del Pueblo, *Informe Defensorial* N° 78, Anticoncepción oral de emergencia, Lima, 2003, p. 21.

⁶ Asociación Probienestar de la Familia Colombiana, Profamilia, “La anticoncepción de emergencia en Colombia”, en *La anticoncepción de emergencia es un derecho*, Profamilia, Espacio 4 Libre, Colombia, 2005, p. 25.

⁷ HRP. *Boletín Informativo*, octubre 2005. Levonorgestrel para Anticoncepción de Emergencia. Organización Mundial de la Salud, Departamento de Salud Reproductiva e Investigaciones Conexas 20 Avenue Appia, CH-1211 Ginebra 27, Suiza. E-mail reproductivehealth@who.int, Sitio Web: www.who.int/reproductive-health.

⁸ Consorcio Latinoamericano de Anticoncepción Oral de Emergencia, Ficha 2. Información técnica sobre la anticoncepción de emergencia.

sin protección⁹. Como su nombre lo indica, no se trata de un anticonceptivo de uso regular sino de emergencia.

De acuerdo con el Boletín del HRP “la anticoncepción oral de emergencia puede utilizarse en situaciones tales como:

- Cuando no se ha utilizado ningún método anticonceptivo,
- Cuando ha ocurrido una falla del método anticonceptivo o éste ha sido usado de manera incorrecta, incluyendo casos en los que:
 - El condón se ha roto, deslizado o se ha usado de manera incorrecta.
 - La mujer ha olvidado tomar tres o más píldoras anticonceptivas orales combinadas consecutivas.
 - Ha habido un retraso de más de dos semanas en la administración de la inyección anticonceptiva de progestágeno solo (acetato de medroxiprogesterona de depósito o enantato de noresterona).
 - Ha habido un retraso de más de siete días en la administración de la inyección mensual combinada de estrógenos más progestágeno.
 - El parche transdérmico (o el anillo vaginal) se ha desplazado, ha habido un retraso en su colocación o se ha extraído antes de lo debido.
 - El diafragma (o el capuchón cervical) se ha desplazado o roto, o se ha extraído antes de lo debido.
 - El coito interrumpido ha fallado (por ejemplo, una eyaculación en la vagina o en genitales externos).
 - Una tableta (o una película espermicida) no se ha derretido antes de la relación sexual.

⁹ PROFAMILIA, “La anticoncepción de emergencia en Colombia”, op. cit., p. 23. Véase también Croxatto, Horacio B., *Nociones básicas sobre la generación de un nuevo ser humano y sobre la píldora anticonceptiva de emergencia*, Instituto Chileno de Medicina Reproductiva, marzo 2001, p. 4.

- Ha ocurrido un error en el cálculo del método de abstinencia periódica o no ha sido posible practicar la abstinencia en los días fértiles del ciclo.
- Ha ocurrido una expulsión del DIU.
- Cuando ha ocurrido una agresión sexual y la mujer no está protegida con un método anticonceptivo eficaz”¹⁰.

2. Regímenes de anticoncepción oral de emergencia

Existen dos regímenes de AOE: el método Yuzpe¹¹ y las pastillas de solo progestágeno (que se emplean exclusivamente como anticoncepción oral de emergencia y que se conocen como “productos dedicados”). En ambos casos se utilizan las mismas hormonas que las empleadas en los anticonceptivos de uso regular, y por eso la AOE es también llamada anticoncepción hormonal de emergencia (AHE).

2.1. El método Yuzpe

El régimen combinado o método Yuzpe utiliza las pastillas anticonceptivas de uso regular, pero administradas en dosis más altas. La primera dosis se administra dentro de las 72 horas siguientes a la relación sexual y la segunda 12 horas después. Como el método Yuzpe emplea píldoras anticonceptivas de uso regular, comprende los regímenes conformados por píldoras anticonceptivas que contienen una combinación de estrógenos (etinil estradiol) y progestágenos (levonorgestrel, norgestrel), y por píldoras que sólo contienen progestágenos (levonorgestrel, norgestrel).

¹⁰ HRP, Boletín Informativo, octubre 2005, op. cit.

¹¹ Denominado así en reconocimiento al médico canadiense Albert Yuzpe, quien inició los estudios clínicos para determinar la efectividad de las píldoras anticonceptivos tradicionales como anticoncepción de emergencia.

Los cuadros N° 1 y N° 2 muestran algunos ejemplos de cómo determinadas marcas de anticonceptivos de uso regular pueden ser utilizadas como anticoncepción oral de emergencia (método Yuzpe).

Cuadro N° 1
Píldoras combinadas

Denominación	Fórmula por tableta	Dosis inicial (antes de 72 horas)	2da. Dosis (12 horas después de dosis inicial)
Neogynon®	Etinilestradiol 50 µg (*)L-norgestrel 0.25 mg	2 tabletas	2 tabletas
Ovral®	Etinilestradiol 50 µg L-norgestrel 0.25 mg	2 tabletas	2 tabletas
Nordette®	Etinilestradiol 30 µg L-norgestrel 0.25 mg	4 tabletas	4 tabletas
Microgynon®	Etinilestradiol 30 µg L-norgestrel 0.25 mg	4 tabletas	4 tabletas
Lo-Femenal®	Etinilestradiol 30 µg L-norgestrel 0.30 mg	4 tabletas	4 tabletas
Gynera®	Etinilestradiol 30 µg L-norgestrel 0.075 mg	4 tabletas	4 tabletas
Marvelon®	Etinilestradiol 30 µg Desogestrel 0.15 mg	4 tabletas	4 tabletas
Femiane®	Etinilestradiol 20 µg Gestodeno 0.075 mg	5 tabletas	5 tabletas
Mercilon®	Etinilestradiol 20 µg Desogestrel 0.15 mg	5 tabletas	5 tabletas

Fuente y elaboración: Ministerio de Salud del Perú.

(*) L-norgestrel =levonorgestrel

Cuadro N° 2

Píldoras de sólo progestágeno

Denominación	Fórmula por tableta	Dosis inicial (antes de 72 horas)	2da. Dosis (12 horas después de dosis inicial)
Ovrette	Norgestrel 75 µg	20 tabletas	20 tabletas

Fuente y elaboración: Ministerio de Salud del Perú.

2.2. Los productos dedicados

Además del método Yuzpe, existen productos que se emplean exclusivamente como anticoncepción oral de emergencia. Entre las marcas más comunes se encuentran Postinor 2 y Escapel.

Cuadro N° 3

Productos dedicados

Denominación	Fórmula por tableta	Dosis inicial (antes de 72 horas)	2da. Dosis (12 horas después de dosis inicial)
Postinor 2	Levonorgestrel 0.75 mg	1 tableta	1 tableta
Escapel	Levonorgestrel 1.5 mg	1 tableta	No hay segunda dosis

3. Información a tener en cuenta sobre la fecundación para entender los mecanismos de acción de la AOE

Equivocadamente se asume que tanto la eyaculación de espermatozoides en el fondo de la vagina, la ovulación y la fecundación ocurren todas al mismo tiempo, y que por lo tanto no es posible utilizar un método anticonceptivo antes de que se unan el óvulo y el espermatozoide¹².

Por el contrario, hay que tener en cuenta que luego de producida la relación sexual, los espermatozoides pueden permanecer hasta cinco o seis días dentro de la mujer en un estado capaz de fecundar. Solamente si la ovulación se produce en este lapso es posible que ocurra la fecundación, esto es, el encuentro del óvulo con el espermatozoide¹³. Esto significa que la fecundación depende de la disponibilidad de un óvulo, pues si no hay un óvulo disponible debido a la etapa del ciclo menstrual de la mujer, la fecundación no puede producirse¹⁴, aunque la mujer tenga relaciones sexuales. Por otro lado, debe considerarse que el óvulo debe ser fecundado en las 24 horas siguientes de ser liberado por el ovario, pues de lo contrario se deteriora. Por eso, no toda relación sexual equivale a fecundación. Igualmente –en condiciones propicias– como la fecundación puede ocurrir en la mujer en cualquiera de los días comprendidos entre el primero y sexto día después de la relación sexual (pues ése es el período en que

¹² Sociedad Peruana de Obstetricia y Ginecología (SPOG), Informe de *amicus curiae* presentado ante el Tribunal Constitucional peruano el 23 de octubre de 2006, en el proceso de cumplimiento iniciado por un grupo de mujeres contra el Ministerio de Salud (Expediente 7435-2006), 3.6. Conocimientos actuales sobre el mecanismo de acción de la AOE, p. 11.

¹³ Defensoría del Pueblo, *Informe Defensorial* N° 78, La anticoncepción oral de emergencia, op. cit., p. 29.

¹⁴ PROFAMILIA, contestación a la demanda de tutela presentada por Juan Carlos Barrera Rojas contra el Ministerio de la Protección Social, la Vicepresidencia de la República, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, y PROFAMILIA, *Antecedentes de la anticoncepción de emergencia*, op. cit., p. 7.

los espermatozoides permanecen en capacidad de fecundar), la fecundación no siempre se producirá al día siguiente del coito¹⁵.

Más aún, cuando la relación sexual se produce antes o simultáneamente a la ovulación, en la mitad de los casos no se produce la fecundación, ya sea porque el óvulo y espermatozoide no se encuentran, porque son defectuosos o porque el medio ambiente que los rodea no es propicio. Incluso, de producirse la fecundación, no siempre ella da lugar al embarazo pues aproximadamente la mitad de los cigotos que se forman se eliminan de manera espontánea antes de que se produzca el atraso menstrual¹⁶.

Por ello, se ha afirmado que “en la gran mayoría de casos la anticoncepción de emergencia enfrenta una posibilidad teórica o estadística, más que una posibilidad real, de que haya ocurrido la fertilización”¹⁷.

4. El modo de acción de la AOE: la posición de la Organización Mundial de la Salud (OMS)

4.1 El estado del conocimiento en la actualidad

El Programa Especial de Investigación, Desarrollo y Formación de Investigadores sobre Reproducción Humana (HRP), creado en 1972 por la OMS con la participación del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), del Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA) y del Banco Mundial (WB), señala en su Boletín Informativo publicado en octubre del 2005 que las pastillas anticonceptivas

¹⁵ Defensoría del Pueblo, *Informe Defensorial* N° 78, op. cit., p. 29.

¹⁶ Ibid., p. 30.

¹⁷ PROFAMILIA, respuesta a la demanda de tutela presentada por Juan Carlos Barrera Rojas contra el Ministerio de la Protección Social, la Vicepresidencia de la República, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, y PROFAMILIA, *Antecedentes de la anticoncepción de emergencia*, op. cit., p. 9. Fertilización se utiliza como sinónimo de fecundación.

de emergencia que contienen levonorgestrel actúan inhibiendo o postergando la ovulación y alterando la migración espermática, mecanismos que han sido suficientemente evidenciados en la literatura científica. De manera literal el HRP en su boletín de octubre 2005 ya citado indica¹⁸: “Se ha demostrado que las píldoras anticonceptivas de emergencia (PAE) que contienen levonorgestrel, previenen la ovulación y que no tienen un efecto detectable sobre el endometrio (revestimiento interno del útero) o en los niveles de progesterona cuando son administradas después de la ovulación. Las PAE no son eficaces una vez que el proceso de implantación se ha iniciado y no provocarán un aborto”.

En ese mismo sentido, se ha señalado que “la evidencia científica disponible en la actualidad permite afirmar también que una vez ocurrida la fecundación, la AOE no interfiere con el proceso de implantación en el endometrio del óvulo fecundado”¹⁹. Es decir, los dos mecanismos de acción comprobados son previos a la fecundación (impedir la ovulación o espesar el moco cervical para impedir la migración espermática)²⁰.

Por ello, teniendo en cuenta el modo de acción de la anticoncepción hormonal de emergencia, es importante distinguirla de la anticoncepción no hormonal de emergencia, esto es, de la píldora RU 486. Esta última píldora está compuesta de mifepristone, “una anti-progestina que ha venido siendo usada desde principios de la década de los ochenta por sus cualidades abortivas, especialmente en Francia, como parte del régimen médico para el aborto”²¹. Por ejemplo, en el Perú,

¹⁸ HRP. Boletín Informativo, octubre 2005, op. cit.

¹⁹ Organización Mundial de la Salud (OMS), Informe de *amicus curiae* presentado ante el Tribunal Constitucional peruano el 12 de octubre de 2006, en el proceso de cumplimiento iniciado por un grupo de mujeres contra el Ministerio de Salud (Expediente 7435-2006), 3.2. *Mecanismos de acción de la AOE*, p. 3.

²⁰ Ibid., p. 3.

²¹ Defensoría del Pueblo, *Informe Defensorial* N° 78, op. cit., p. 22.

la RU 486 no cuenta con registro sanitario, a diferencia de las píldoras de anticoncepción hormonal de emergencia.

4.2 La posición de la OMS antes del año 2000 y las investigaciones realizadas con posterioridad

Es preciso señalar que probablemente la literatura publicada antes del año 2000 contribuyó a crear confusiones sobre el modo de acción de la AOE. Es importante referirse a las investigaciones previas al año 2000, pues es frecuente que en los debates actuales sobre la AOE se cite una publicación de la OMS del año 1988 (publicación WHO/FRH/98.19), en la que indica que la AOE además de interferir en la ovulación y en la marcha espermática, *podría* también tener un efecto anti-implantatorio. Dicho boletín de 1988, basado en información de años anteriores, indica:

Los mecanismos de acción de las AOE no han sido claramente establecidos. Algunos estudios han mostrado que estas pastillas pueden inhibir o retardar la ovulación. También se ha sugerido que las AOE podrían prevenir la implantación alterando el endometrio. Sin embargo las evidencias sobre efectos en el endometrio son mixtas y no se sabe si los cambios del endometrio observados en algunos estudios son suficientes para prevenir la implantación. La AOE también puede prevenir la fertilización o el transporte del espermatozoide o del huevo, pero no existe información sobre estos posibles mecanismos. La AOE no interrumpe el embarazo y por tanto no produce un aborto ²².

Como lo ha señalado la propia OMS, hay que tener en cuenta que las posiciones de esta organización anteriores al año 2000 daban cuenta del estado del conocimiento hace más de diez años, expresado en el lenguaje propio de la ciencia. Por ello, el párrafo de la OMS hace referencia tanto a las

²² *Emergency contraception. A guide for service delivery*. Publicación WHO/FRH/98.19. World Health Organization (WHO/OMS) p. 20.

hipótesis como a los eventos de la fisiología conocidos en esa época. Lo mismo “ocurría con los encartes que los laboratorios colocaban a sus productos anticonceptivos, los que además, trataban siempre de cubrir la gama más amplia *posible de efectos, reales y supuestos*, a fin de cubrir responsabilidades ante posibles demandas y reclamos”²³ (destacado añadido).

Sin embargo, como también ha indicado la propia OMS, entre los años 2000 y 2005 se ha realizado un considerable número de estudios e investigaciones sobre el modo de acción de la AOE, “que por su rigurosidad han sido publicados en revistas científicas del más alto crédito y prestigio”²⁴. Entre las instituciones que desde el año 2000 han llevado a cabo investigaciones sobre el modo de acción de la AOE, destacan las siguientes: Instituto Chileno de Medicina Reproductiva – ICMER– adscrito a la Universidad Católica de Chile, Santiago; la División de Obstetricia Y Ginecología del Hospital/Instituto Karolinska en Estocolmo, Suecia; el Servicio de Salud Reproductiva, Instituto Nacional de Pediatría, México; el Departamento de Ginecología y Obstetricia y el Departamento de Patología de la Universidad de John Hopkins, Baltimore, MD, USA, así como el Laboratorio de Investigaciones sobre Esteroides del Instituto de Biomedicina de la Universidad de Helsinki, en Helsinki, Finlandia²⁵.

Por su parte, entre las revistas que han venido publicando estudios sobre el modo de acción de la AOE “pueden citarse las siguientes, todas ellas situadas en un rango en la clasificación que hace el Instituto de Información Científica (ISI por su sigla en inglés)”²⁶:

²³ OMS, Informe de *amicus curiae* presentado ante el Tribunal Constitucional peruano, op. cit., 3.3. *Controversias sobre la AOE: la posición de la OMS antes del año 2000*, p. 5.

²⁴ Ibid., 3.4. *Una nueva ola de conocimientos: la posición de la OMS a partir del año 2000*, p. 5.

²⁵ Ibid., pp. 5-6.

²⁶ El ISI, Institute for Scientific Information, se encarga de confeccionar un índice de impacto o citación para cada revista y a partir de este índice el ISI completa una lista internacional de revistas (Science Citation Index,

1. *The Lancet*, reconocida revista médica de sólido prestigio internacional que se publica en Inglaterra desde 1823. Es una voz independiente y con gran autoridad en la medicina mundial.
2. *Contraception: An International Reproductive Health Journal*, es la revista oficial de la Asociación internacional de profesionales de la salud reproductiva, organización líder en educación e investigación desde 1963. Está catalogada como una de las mejores publicaciones en materia de obstetricia y ginecología.
3. *Biology of Reproduction* es la revista oficial de la Asociación para el Estudio de la Reproducción (SSR) y publica resultados de investigaciones originales así como resúmenes de temas de particular importancia o muy controversiales.
4. *Human Reproduction* es una de las publicaciones de la Universidad de Oxford, Inglaterra, y cubre aspectos científicos y médicos relacionados con fertilización, implantación, desarrollo embrionario, anticoncepción, gametogénesis, etc. Publica resultados de investigaciones originales, casos clínicos, opiniones y debates.
5. *Human Reproduction Update*, publicada desde 1995 por la Universidad de Oxford en nombre de la Sociedad Europea de Reproducción Humana y embriología (ESHRE). Se propone ofrecer un punto de vista amplio, actualizado y con autoridad sobre la reproducción humana.
6. *Fertility and Sterility*, es la revista oficial de las Asociaciones Americanas de Medicina Reproductiva, Endocrinología e Infertilidad, de Cirujanos en Reproducción, de Tecnología Reproductiva Asistida, de Reproducción Masculina y Urología y de la Asociación Canadiense de Fertilidad y Andrología. Tiene sesenta años de circulación,

SCI) en la que se establece un puntaje que refleja el prestigio y difusión de cada revista. Actualmente el SCI engloba unas 5700 publicaciones que cubren 150 disciplinas científicas.

publicando artículos científicos clínicos y de laboratorio de excelencia.

7. *American Journal of Obstetrics and Gynecology*, es la revista oficial del Colegio Americano de Ginecólogos y Obstetras. Cubre una serie de tópicos de la salud de la mujer, incluyendo medicina fetal, infertilidad y oncología. La revista cubre desde la práctica clínica hasta la investigación de frontera”²⁷.

De acuerdo con los resultados de estos estudios, la AOE sólo previene la fecundación, no interfiere con la anidación del huevo si se ha producido la fecundación, y tampoco interfiere con el desarrollo de un huevo que se ha implantado²⁸.

5. Eficacia y efectos secundarios de la AOE

La eficacia del régimen de levonorgestrel es de 85% si la mujer lo usa dentro de las 24 horas después de ocurrido el acto sexual. Su eficacia disminuye mientras más demore en tomarlo, llegando al 31% si lo usa en el quinto día después de la relación sexual. “Después del quinto día la eficacia es nula. Esto se explica porque si lo usa antes que ocurra la ovulación impide que se forme el embrión, y si lo usa después que se ha formado el embrión ya no es efectivo para impedir el embarazo”²⁹. La eficacia del método Yuzpe fluctúa entre el 57% y el 75% de los casos. La eficacia de la anticoncepción oral de emergencia (régimen de levonorgestrel o método Yuzpe) es menor que

²⁷ OMS, Informe de *amicus curiae* presentado ante el Tribunal Constitucional peruano, op. cit., 3.4. *Una nueva ola de conocimientos: la posición de la OMS a partir del año 2000*, pp. 6-7.

²⁸ Ibid., p. 7.

²⁹ Croxatto Avoni, Horacio, informe presentado en el proceso de nulidad originado a raíz de la demanda interpuesta por el señor Carlos Humberto Gómez Arámbula contra la resolución que otorgó el registro sanitario a Postinor 2 en Colombia. Este informe está citado en la contestación de PROFAMILIA a la demanda de acción popular interpuesta por la Corporación Foro Ciudadano contra la píldora del día después en Colombia, C. Conclusión de argumentos científicos, pp. 21-22.

“la anticoncepción hormonal de uso regular, que previene el embarazo hasta en un 99% de las mujeres que tienen relaciones sexuales frecuentes a lo largo de todo un año”³⁰.

La anticoncepción oral de emergencia puede producir efectos secundarios como náuseas, vómitos, sangrado uterino irregular, dolores de cabeza, mareo y sensibilidad en los senos. Los efectos secundarios son menores si se usan píldoras de levonorgestrel que si usa el método Yuzpe³¹. Sin embargo, se ha afirmado que los efectos secundarios son inocuos³² y que no existen condiciones médicas conocidas por las cuales no se deba usar AOE³³.

Como su nombre lo indica, se trata de un anticonceptivo de emergencia que no reemplaza a los anticonceptivos de uso regular. El uso frecuente de la AOE “tiene como resultado efectos secundarios, como irregularidades menstruales. No obstante, el uso repetido no conlleva riesgos conocidos para la salud”³⁴.

6. La Oficina de Control de Medicinas y Alimentos de los Estados Unidos (FDA)

Otro de los argumentos que a menudo se emplea para cuestionar la constitucionalidad de la AOE en América Latina es el que hace referencia al Plan B de la FDA.

³⁰ Dides Castillo, Claudia, *Voces en emergencia: el discurso conservador y la píldora del día después*, op. cit. p. 35.

³¹ Defensoría del Pueblo, *Informe Defensorial* N° 78, op. cit., p. 38.

³² PROFAMILIA, respuesta a la demanda de tutela presentada por Juan Carlos Barrera Rojas contra el Ministerio de la Protección Social, la Vicepresidencia de la República, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA, y PROFAMILIA, con el objeto de evitar la comercialización y distribución de Postinor 2, *Antecedentes de la anticoncepción de emergencia*, p. 7.

³³ Dides Castillo, Claudia, *Voces en emergencia: el discurso conservador y la píldora del día después*, UNFPA-FLACSO Chile, Santiago, 2006, p. 35.

³⁴ HRP. *Boletín Informativo*, octubre 2005, op. cit.

La FDA aprobó en 1999 el llamado Plan B (pastillas de levonorgestrel) indicando, sobre la base de la información disponible en aquel entonces, que: “el Plan B funciona como las otras pastillas anticonceptivas para prevenir el embarazo. El Plan B actúa primordialmente deteniendo la liberación de un huevo del ovario (ovulación). Puede prevenir la unión del espermatozoides y el huevo (fecundación). Si la fecundación ocurre, el Plan B previene que un huevo fecundado se aferre al útero (implantación). Si un huevo fecundado se implanta antes de que se ingiera el Plan B, éste no opera”³⁵.

Debe destacarse que esta información no origina ningún problema legal en Estados Unidos pues allí se considera, de acuerdo con la definición de la Organización Mundial de la Salud, que el embarazo empieza con la implantación y, por lo tanto, antes de ella no hay aborto.

Sin embargo, como se ha afirmado “los recientes estudios e investigaciones científicas sobre AOE, llevados a cabo a partir del 2000, demuestran que sólo tiene dos mecanismos de acción”³⁶, y que éstos operan antes de la fecundación.

Debe añadirse que la FDA aprobó el 24 de agosto de 2006 la venta libre en Estados Unidos del Plan B, es decir sin receta médica a las mujeres mayores de 18 años.

7. El aporte de la AOE a la salud pública

El Programa de Acción de El Cairo exhorta a todos los países a tratar de reducir la mortalidad materna y a que procuren con urgencia modificar el comportamiento sexual

³⁵ FDA. Food and Drug Administration. Department of Health and Human Services, Center for Drug Evaluation and Research. *FDA's Decision regarding Plan B: Questions and Answers*, p.1.

³⁶ Fondo de Población de Naciones Unidas (UNFPA), Informe de *amicus curiae* presentado ante el Tribunal Constitucional peruano el 12 de octubre de 2006, en el proceso de cumplimiento iniciado por un grupo de mujeres contra el Ministerio de Salud (Expediente 7435-2006), 7. La Oficina de Control de Medicinas y Alimentos de los Estados Unidos (FDA), p.13.

de alto riesgo³⁷. Según estudios auspiciados por el UNFPA “prevenir los embarazos no deseados mediante el acceso a la planificación de la familia podría evitar entre 20% y 35% de las defunciones maternas”³⁸.

En esa medida, para el UNFPA “la AOE se reconoce como un instrumento de extraordinaria importancia, que contribuye positivamente al cumplimiento del Programa de Acción de El Cairo previniendo los embarazos no deseados en los casos de relaciones sexuales que ocurren sin la protección anticonceptiva, o cuando ocurra un fallo en el método adoptado y en los casos de violaciones sexuales. De esta manera, la AOE contribuye significativamente a la reducción de la mortalidad materna”³⁹.

Adicionalmente, el Programa de Acción de El Cairo insta a todos los gobiernos y a las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales pertinentes a reducir el recurso al aborto mediante la prestación de más amplios y mejores servicios de planificación de la familia⁴⁰. En ese sentido, “los expertos del UNFPA, de la OMS/OPS y de las instituciones académicas y profesionales relacionadas con salud pública y epidemiología, reconocen el valor especial de la AOE para prevenir los embarazos no deseados y por tanto para reducir la ocurrencia del aborto que resulta de la interrupción de esos embarazos. El HRP en su publicación *Social science research policy briefs serie 2, No 1*, de agosto del 2001, basado en estudios hechos en Shanghai, China, estima que se pudo haber prevenido el 60% de los abortos inducidos si las mujeres que participaron en el estudio hubieran tenido acceso a la AOE y la hubiesen utilizado correctamente”⁴¹.

³⁷ Ibid., 9.2., p. 15.

³⁸ NFPA, *Estado de la Población Mundial 2005*, Nueva York, p. 3.

³⁹ UNFPA, Informe de *amicus curiae* presentado ante el Tribunal Constitucional peruano, 9.2. *Contribución de la AOE a la reducción de la mortalidad materna*, p. 15.

⁴⁰ Ibid., 9.3. *Contribución de la AOE a la prevención de abortos*, p. 16.

⁴¹ Ibid., p. 16.

Adicionalmente, cabe señalar que la anticoncepción de emergencia está disponible en más de 80 países del mundo y en países como Canadá, Finlandia, Francia, Portugal, Bélgica, Reino Unido y Estados Unidos, se vende sin receta médica⁴². En América Latina países como Argentina, Colombia, Chile, Cuba, República Dominicana, El Salvador, Jamaica, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela cuentan con productos dedicados de anticoncepción oral de emergencia⁴³.

Si bien el presente trabajo tiene por objeto revisar lo que las cortes y tribunales latinoamericanos han señalado sobre la anticoncepción oral de emergencia, me parece interesante –antes de concluir este primer capítulo– citar algunos pasajes de la sentencia expedida por la Alta Corte de Justicia de Londres, en el caso *Smeaton vs. Secretaría de Estado para la Salud* (*Secretary of State for Health*), el 18 de abril de 2002. John Smeaton, en representación de la Sociedad para la Protección de los No Nacidos (*Society for the Protection of Unborn Children*), demandó a la Secretaría de Estado para la Salud, alegando que el suministro de anticoncepción de emergencia representaba una ofensa criminal, de acuerdo con las secciones 58 y/o 59 del Acta de Ofensas en contra de la Persona de 1861, por ser abortiva⁴⁴. La demanda fue desestimada, y en la sentencia que puso fin al proceso se citó parte de la declaración que brindó la Directora Ejecutiva de la Asociación de Planificación Familiar (*Family Planning Association FPA*), Anne Weyman, quien señaló:

⁴² PROFAMILIA, respuesta a la demanda de tutela presentada por Juan Carlos Barrera Rojas contra el Ministerio de la Protección Social, la Vicepresidencia de la República, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA, y PROFAMILIA, con el objeto de evitar la comercialización y distribución de Postinor 2, *Antecedentes de la anticoncepción de emergencia*, p. 7.

⁴³ DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Informe Defensorial* N 78, op. cit. p. 41.

⁴⁴ Parte importante de esta sentencia ha sido publicada en la *Revista Mexicana de Bioética*, año 1, número 1, diciembre de 2003, Director Pedro Ismael Morales Aché, Medilex, México, pp. 87-123.

Todas las mujeres que utilizan [la anticoncepción de emergencia] son mujeres que están tomando una decisión responsable y deben ser apoyadas en esta decisión (...) desde el punto de vista de la FPA existen razones muy poderosas por las que es mejor proveer anticoncepción de emergencia que colocar a la mujer en una situación en la que ella pudiera buscar un aborto (...) desde el punto de vista de la FPA es de vital importancia que el Levonelle⁴⁵, u otros productos similares, estén disponibles en las farmacias...la anticoncepción de emergencia es un área vital de la planificación familiar que actualmente es subutilizada dentro del repertorio de anticonceptivos. Un acceso y suministro más amplio podrían contribuir a la disminución de embarazos no planeados y no deseados⁴⁶.

Adicionalmente, el Juez Munby, sostuvo en la sentencia: “La responsabilidad del gobierno es garantizar la seguridad médica y farmacéutica de los productos que se ofrecen en el mercado y la provisión de una guía y asesoría adecuada. Después de esto, a mi parecer, el respeto a la autonomía personal pertenece a otras áreas de la ética médica, en la que nuestra ley ha reconocido la necesidad de dejar las decisiones a los individuos (...)”⁴⁷.

⁴⁵ Producto dedicado de anticoncepción oral de emergencia, compuesto de 1.5 mg de levonorgestrel, véase www.levonelle.co.uk.

⁴⁶ *Revista Mexicana de Bioética*, op. cit., pp. 107-108. Cabe señalar que en la sentencia *Smeaton vs. Secretary of State for Health* se asume que la AOE, como las pastillas anticonceptivas y el dispositivo intrauterino, puede prevenir la implantación. Por ello resultan interesantes las consideraciones que la sentencia incorpora sobre las consecuencias que traería declarar como crimen el uso de esos métodos anticonceptivos.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 123.

Capítulo II

Procesos constitucionales y ordinarios concluidos en Argentina, Colombia, Chile, Ecuador, México y Perú

1. Argentina

1.1 Proceso de amparo para impedir la fabricación, distribución y comercialización del producto dedicado Imediat: sentencia de la Corte Suprema de la Nación del 5 de marzo de 2002

En la ciudad de Córdoba la asociación civil sin fines de lucro Portal de Belén, representada por Aurelio García Elorrio y Jorge Rafael Scala, presentó una demanda de amparo contra el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, a fin de que se ordenara a dicho ministerio retirar la autorización y prohibir la fabricación, distribución y comercialización del fármaco de laboratorios Gador S.A., cuyo nombre comercial era Imediat, “debiendo ser decomisados y destruidos los ejemplares que se encuentran en cualquier lugar”⁴⁸. La comercialización de

⁴⁸ Portal de Belén, asociación civil sin fines de lucro, escrito de demanda presentado ante el Juez Federal de Córdoba, con el objeto de impedir la comercialización de Imediat. Cabe indicar que el artículo 43 de la Constitución argentina establece que: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”.

Por su parte, el artículo 2 inciso e) de la Ley 16.986 prevé un término de quince días para interponer el amparo, contado a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado.

dicho anticonceptivo, bajo receta médica, había sido autorizada mediante disposición ANMAT N° 3243, de 12 de julio de 1996, inicialmente con el nombre de Cristerona PC4, denominación que había sido cambiada por IMEDIAT, mediante disposición ANMAT M° 4595, de 20 de agosto de 1998⁴⁹.

La demandante alegó que el mencionado fármaco era abortivo y que vulneraba el derecho a la vida humana desde la concepción, que se encontraba protegido en tratados internacionales de derechos humanos –en especial en la Convención sobre los Derechos del Niño– con jerarquía constitucional, en virtud de lo dispuesto en el artículo 75, inciso 22) de la Constitución argentina.

Asimismo, adjuntó un informe suscrito por un ginecólogo, profesor adjunto de la Facultad de Medicina de la Universidad del Rosario, en el que se afirmaba que el fármaco Imediat también inhibía la implantación en el endometrio o provocaba “la eliminación de un embrión recién implantado”⁵⁰. Adicionalmente, presentó el prospecto del mencionado anticonceptivo, que señalaba que las píldoras de emergencia “pueden impedir la fijación en la matriz. Pero si las toma después de que el embrión se ha fijado, el embarazo está establecido y las grageas ya no pueden dañarlo”⁵¹.

La defensa del Ministerio de Salud y Acción Social se centró en la inadmisibilidad del recurso de amparo por ser extemporáneo habida cuenta que desde hacía varios años se venía comercializando IMEDIAT, en la inexistencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta en la conducta del referido ministerio ya que la lesión de los derechos debía emanar del acto u omisión de la autoridad pública en forma clara e inequívoca, y en la falta de legitimación procesal activa de

⁴⁹ ANMAT: Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica.

⁵⁰ Portal de Belén, demanda de amparo, IV. *El derecho lesionado y la legitimación activa*, C. *Acción abortiva del Imediat*, 1, p. 7.

⁵¹ Ibid., C.3., p. 8.

la demandante pues no había ni agravio concreto ni persona afectada que hubiera reclamado por un daño efectivo.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que la demanda de amparo era admisible porque en el caso se encontraba en juego el derecho a la vida previsto en la Constitución, en diversos tratados internacionales y en la ley civil.

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que:

- a) Surgía del prospecto de fs. 14 y del informe de fs. 107/116 que el fármaco Imediat tenía tres modos de acción, siendo el tercero la modificación del tejido endometrial, produciéndose una asincronía en la maduración del endometrio que llevaba a inhibir la implantación⁵²;
- b) Ante el carácter plausible de la opinión científica según la cual la vida comenzaba con la fecundación, el citado tercer efecto del anticonceptivo en cuestión constituía una amenaza efectiva e inminente al bien jurídico primordial que no era susceptible de reparación ulterior⁵³. En efecto, todo método que impidiera el anidamiento debía ser considerado como abortivo⁵⁴;
- c) Dicha solución se condecía con el principio *pro homine*, que informaba todo el derecho de los derechos humanos; además, las garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos debían entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano⁵⁵;

⁵² Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de 5 de mayo de 2002, considerando 9, p. 4.

⁵³ Previamente la Corte Suprema había citado las opiniones de cinco profesionales, tres de ellos profesores de biología celular y anatomía de universidades norteamericanas, en el sentido de que existe un ser humano desde la fecundación (considerandos 5 y 6).

⁵⁴ Ibid., considerando 10, p. 4.

⁵⁵ Ibid., considerando undécimo, p. 4.

- d) El derecho a la vida era el primer derecho natural de la persona preexistente a toda la legislación positiva⁵⁶; por ello, a partir de lo señalado en los tratados internacionales, especialmente el Pacto de San José y la Convención sobre los Derechos del Niños, la Corte Suprema había reafirmado el derecho a la vida⁵⁷.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró procedente el recurso de amparo, revocando la sentencia apelada que lo había rechazado, y ordenó al Ministerio de Salud y Acción Social, Administración Nacional de Medicamentos y Técnica Médica (ANMAT), que dejara sin efecto la autorización del fármaco Imediat, prohibiendo su fabricación, distribución y comercialización.

El caso se resolvió por cinco votos a favor y cuatro en contra. Dos de éstos últimos opinaron porque se declarara improcedente la demanda en la medida que el amparo no era la vía procesal idónea sino que era preciso un juicio contencioso con pruebas suficientes y no meras opiniones de médicos o especialistas.

⁵⁶ Ibid., considerando duodécimo, p. 5.

⁵⁷ Ibid., considerando decimotercero, p. 5.

2. Colombia

2.1 Tutela presentada contra el Ministerio de la Protección Social, la Vicepresidencia de la República, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA, y la Asociación Probienestar de la Familia Colombiana PROFAMILIA para evitar la comercialización y distribución de anticoncepción oral de emergencia: sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 22 de septiembre de 2004

La acción de tutela

El señor Juan Carlos Barrera Rojas, presentó ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, una acción de tutela, como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, contra el Ministerio de la Protección Social, la Vicepresidencia de la República, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA, y la Asociación Probienestar de la Familia Colombiana, PROFAMILIA. Dicha acción tenía como finalidad obtener la protección del derecho fundamental a la vida del *nasciturus*, pues el demandante alegaba que dicho derecho había sido vulnerado por las autoridades y órganos mencionados al permitir la comercialización y distribución de un producto que poseía en su composición el principio activo levonorgestrel, el cual tenía efecto abortivo⁵⁸.

⁵⁸ Debe indicarse que en Colombia, además de los procesos judiciales a los que se hace referencia en este trabajo, en el 2001 hubo un procedimiento iniciado para que el Instituto de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA) revisara la Resolución N° 266285, de 14 de septiembre de 2000, a través de la cual se concedió el Registro Sanitario 014686 para que PROFAMILIA importara y vendiera POSTINOR 2. Formalmente, mediante Resolución 276906, de 28 de febrero de 2001, el INVIMA decidió revisar de oficio el Registro Sanitario 014686. Sin embargo, en una comunicación de fecha 14 de marzo de 2001, enviada por la Defensoría del Pueblo de Colombia al Director General del INVIMA, a fin de que se confirmara el registro sanitario del POSTINOR 2, la Defensoría del Pueblo afirmó que si bien en la Resolución 276906 no se indicaba la razón de la revisión de oficio, ella

Adicionalmente, el demandante afirmó que INVIMA había concedido registro sanitario a diferentes sustancias, las mismas que habían sido importadas por PROFAMILIA. Añadió que el Ministerio de la Protección Social, mediante circulares –como la número 18 de 18 de febrero de 2004– promovía que los entes territoriales adoptaran políticas que incentivaran la utilización de métodos de anticoncepción hormonal que eran abortivos. En cuanto a la Vicepresidencia señaló que, debiendo velar por la defensa de los derechos humanos, había omitido esta tarea⁵⁹.

La acción se hizo extensiva a los laboratorios “Gedeon Richter S.A.”, “Leiras Oypharmaceuticals”, “Wyeth Inc.”, “Hra Pharma”, “Schering A.G.”, e “Inc. Wyeth”, pues se alegó que eran titulares de registros sanitarios de AOE concedidos por el INVIMA.

La respuesta a la tutela, la sentencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de Bogotá y la Sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

se relacionaba con la comunicación que la Conferencia Episcopal de Colombia había enviado a la Ministra de Salud y al propio Director General del INVIMA, en la cual expuso una serie de argumentos en contra del otorgamiento del registro sanitario al medicamento POSTINOR 2 y solicitó que dicho registro fuera revocado. Por su parte, PROFAMILIA también desarrolló en este procedimiento los argumentos por los que consideraba que el Registro Sanitario del POSTINOR 2 no violaba la legislación colombiana. En el Acta 35/2001, de 6 de noviembre de 2001, consta que la Comisión Revisora del INVIMA reafirmó la opinión sobre los mecanismos de acción de la anticoncepción de emergencia para los productos con principio activo levonorgestrel 0.75 mg (mecanismo de acción sobre el moco cervical –espesamientos– y sobre el transporte de espermatozoide en el óvulo). Mediante Resolución N° 2001297067, de 15 de noviembre de 2001, el INVIMA adoptó el concepto de la Comisión Revisora. Por Resolución N° 2002000510 de 11 de enero de 2002, el INVIMA resolvió la revisión de oficio y reiteró que el Postinor 2 podía comercializarse en los términos y condiciones en los que había sido otorgado el registro sanitario. Al respecto, véase *Anticoncepción de emergencia. Un derecho de la mujer. La experiencia de Colombia*, IPPF, Fundación Bergstrom, PROFAMILIA, Colombia.

⁵⁹ Sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de 22 de septiembre de 2004, Antecedentes, p. 2.

PROFAMILIA, representada por María Isabel Plata, en respuesta a la tutela planteada, afirmó que ésta era improcedente porque, según el artículo 86° de la Constitución, aquella sólo procedía cuando el afectado no dispusiera de otro medio de defensa judicial, salvo que la tutela se utilizara como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable⁶⁰. PROFAMILIA sostuvo que para cuestionar los actos administrativos, como el otorgamiento de un registro sanitario, existía la acción de nulidad en la jurisdicción de lo contencioso administrativo ante el Consejo de Estado, donde ya se había iniciado un trámite de esa naturaleza. En segundo lugar, señaló que, de acuerdo con el artículo 1° del Decreto 2591 de 1991, por el cual se reglamentaba la acción de tutela, sólo las personas podían interponer este tipo de acción, y el no nacido no era persona⁶¹. En tercer lugar, afirmó que el fallo de tutela tenía efectos interpartes, que no tenía carácter *erga omnes*, por ello no se podía pretender vincular a todos los actuales y eventuales *nasciturus*⁶².

En relación a que uno de los mecanismos de acción de la anticoncepción hormonal de emergencia era impedir la implantación, PROFAMILIA aseveró que ello no era cierto, pues los últimos estudios al respecto demostraban que el citado anticonceptivo no tenía efecto antimplantatorio. Es importante

⁶⁰ PROFAMILIA, contestación a la demanda de tutela, Improcedencia de la acción de tutela, p. 1.

⁶¹ PROFAMILIA citó la sentencia C-133/94 de la Corte Constitucional de Colombia para sustentar que el que está por nacer no era persona. En el 2006, dicha corte, al resolver sobre la penalización absoluta del aborto y el derecho a la vida, ha reafirmado que el que está por nacer no es persona si bien merece protección constitucional. Textualmente, la Corte Constitucional ha sostenido que “hay que establecer una distinción entre la vida como bien constitucionalmente protegido y el derecho a la vida como un derecho subjetivo de carácter fundamental (...). El derecho a la vida supone la titularidad para su ejercicio y dicha titularidad, como la de todos los derechos está restringida a la persona humana, mientras que la protección de la vida se predica incluso respecto de quienes no han alcanzado esa condición”, esto es, el que está por nacer; véase la sentencia C-355/06, fundamento 5.

⁶² PROFAMILIA contestación a la demanda de tutela, Improcedencia de la acción de tutela, pp. 4-5.

destacar que los estudios que citó PROFAMALIA fueron los siguientes⁶³:

A. Estudios realizados en animales de experimentación

1. Título: “La administración post-coital de levonorgestrel no interfiere con eventos post-fecundación en la mona del nuevo mundo *Cebus apella*” (“Post-coital administration of levonorgestrel does not interfere with post-fertilization events in the new-world monkey *Cebus apella*”).

Autores: M.E. Ortiz, R.E. Ortiz, M.A. Fuentes, V.H. Parra-guez, y H.B. Croxatto. Unidad de Biología de la Reproducción y el Desarrollo. Facultad de Ciencias Biológicas, Universidad Católica de Chile y Facultad de Veterinaria y Ciencias Animales, Universidad de Chile. Santiago, Chile.

Revista: *Human Reproduction* (enviado en noviembre de 2003).

2. Título: “El tratamiento postcoital con levonorgestrel no altera los eventos postfecundación en la rata” (“Postcoital treatment with levonorgestrel does not disrupt postfertilization events in the rat”).

Autores: Muller A.L., Lladós C., Croxatto H.B. Pontificia Universidad Católica de Chile. Facultad de Ciencias Biológicas, Unidad de Reproducción y Desarrollo, Santiago, Chile.

Revista: *Contraception* 2003, 67:415-419.

⁶³ Ibid., *Antecedentes de la anticoncepción de emergencia*, pp. 11-19.

B. Estudios realizados en mujeres

1. Título: “Efecto de la administración de levonorgestrel sólo como anticoncepción de emergencia (AE) sobre la función ovulatoria”.

Autores: Brache V., Croxatto H., Cochon L., Massai R., Alvarez F., Forcelledo M.L., Faundes A., Pavez M., Salvatierra A.M. PROFAMILIA, Santo Domingo, Republica Dominicana ICIMER, Santiago, Chile.

Revista: *Resúmenes de la XVIII Reunión de la Asociación Latinoamericana de Investigadores en Reproducción Humana*. Varadero, Cuba 28-31 mayo, 2003.

2. Título: “Efecto de levonorgestrel como anticoncepción de emergencia sobre receptores de endometrio durante la ventana de implantación”.

Autores: Palomino A., Boric A., Gabler F., Espinoza A., Vega M., Devoto L. Instituto de Investigaciones Materno Infantil, Departamento de Obstetricia y Ginecología, Facultad de Medicina, Hospital Clínico San Borja-Ariarán. Santiago, Chile.

Revista: *Resúmenes de la XVIII Reunión de la Asociación Latinoamericana de Investigadores en Reproducción Humana*. Varadero, Cuba 28-31 mayo, 2003.

3. Título: “Del mecanismo de acción de la administración a corto plazo de levonorgestrel como anticoncepción de emergencia” (“On the mechanism of action of short-term levonorgestrel administration in emergency contraception”).

Autores: Durand M., del Cravioto M.C., Raymond E.G., Duran-Sánchez O., De la Luz Cruz-Hinojosa M., Cas-

tell-Rodriguez A., Schiavon R., Larrea F. Departamento de Biología de la Reproducción, Instituto de Ciencias Médicas y Nutrición Salvador Zubirán; Departamento de Biología Celular, Escuela de Medicina, Universidad Autónoma de México; Servicio de Salud Reproductiva, Instituto Nacional de Pediatría. Ciudad de México, México. Family Health International, Research Triangle Park, NC, USA.

Revista: *Contraception* 2001; 64:227-34.

4. Título: “Anticoncepción de emergencia con mifepristona y levonorgestrel: mecanismo de acción” (“Emergency contraception with mifepristone and levonorgestrel: mechanism of action”).

Autores: Marions L., Hultenby K., Lindell I., Sun X., Stabi B., Gemzell Danielsson K. Department of Women and Child Health, Karolinska Hospital and Unit of, Huddinge Hospital, Stockholm, Sweden.

Revista: *Obstet Gynecol* 2002;100:65-71.

5. Título: “Los efectos hormonales y periféricos del d-norgestrel en anticoncepción postcoital” (“The hormonal and peripheral effects of d-Norgestrel in postcoital contraception”).

Autores: Kesserü, E., Garmendia, F., Westphal, N. y Parada J. Departamento de Obstetricia y Ginecología, Universidad Cayetano Heredia, Lima, Perú.

Revista: *Contraception* 1974, 10:411.

Por su parte, la apoderada del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República-Vicepresidencia de la República, señaló que ésta no había generado la supuesta vulneración y que en relación a los derechos humanos sólo

cumplía una labor de asesoría a la Presidencia, por lo que solicitó ser excluida de los efectos de la sentencia.

La representación legal del INVIMA afirmó que la institución había concedido los registros cuestionados por encontrar que se ajustaban a las disposiciones sanitarias. Señaló que la función de dichos medicamentos era prevenir la ovulación o la anidación del óvulo fecundado⁶⁴, y que la acción era improcedente por existir la vía contencioso administrativa.

El representante legal y apoderado de Wyeth Inc. y Schering S.A., respectivamente, sostuvieron que el medicamento no era abortivo sino que prevenía el embarazo. El último de ellos agregó que la tutela era improcedente porque existían otros medios de defensa y que el accionante carecía de legitimación procesal⁶⁵.

Mediante sentencia de 3 de agosto de 2004, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá negó por improcedente la tutela instaurada por Juan Carlos Barrera Rojas. Esta sentencia fue impugnada ante la Corte Suprema de Justicia de Colombia.

A través de la sentencia de 22 de septiembre de 2004, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, confirmó el fallo impugnado. La Corte Suprema afirmó que la tutela era improcedente porque el actor aspiraba a una abstracta protección de los *nasciturus*, lo que implicaba que no se abogara “por una lesión a la garantía de un ser humano específico”⁶⁶. La referida corte añadió que ello no suponía que el *nasciturus* no fuera digno de protección por parte de las autoridades judiciales, pero esa protección no se otorgaba

⁶⁴ Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de 3 de agosto de 2004, 1. Antecedentes, 1.2. Pruebas aportadas al expediente, 1.2.4.

⁶⁵ Sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, 22 de septiembre de 2004, Antecedentes., pp. 3-5.

⁶⁶ Ibid., Consideraciones 1., p. 7.

a través del trámite de la tutela. Además, citó el numeral 5) del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, que establece que la acción de tutela no procederá: “5. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto”.

Para la Corte Suprema los reproches del demandante apuntaban a los actos administrativos del registro de los medicamentos y para ese cometido existía la jurisdicción contencioso administrativo⁶⁷. Pero también señaló que existían las acciones populares o de grupo, previstas en el artículo 88° de la Constitución y desarrolladas por la Ley 472 de 1998.

3. Chile

3.1 Recurso de protección para impedir la comercialización del producto dedicado Postinal: sentencia de la Corte Suprema de 30 de agosto de 2001⁶⁸

En la ciudad de Santiago, las organizaciones no gubernamentales de Desarrollo para la Investigación, Formación y Estudio sobre la Mujer (ISFEM)⁶⁹, el Centro Internacional para la Vida Humana⁷⁰, el Movimiento Mundial de Madres⁷¹, la organización Frente por la Vida y la Acción Solidaria⁷², el Centro Juvenil Ages⁷³ y el Movimiento Nacional por la Vida “Aniü-Küyen”⁷⁴, presentaron recursos de protección contra el Instituto de Salud Pública (ISP), contra la

⁶⁷ Ibid., Consideraciones 4., p. 9.

⁶⁸ Sobre el debate en Chile acerca de la anticoncepción oral de emergencia véase Dides Castillo, Claudia, *Voces en emergencia: el discurso conservador y la píldora del día después*, op. cit.

⁶⁹ Representada por Sara Philippi Izquierdo.

⁷⁰ Representado por Patricio Mena González.

⁷¹ Representado por Elizabeth Bunster Chacón.

⁷² Representada por Patricio García Palominos.

⁷³ Representado por Juan Jara Opazo.

⁷⁴ Representado por Patricio García Palomino.

Ministra de Salud, y las tres últimas organizaciones también contra el Laboratorio Médico Silesia S.A. Estas organizaciones señalaron actuar en nombre de ellos mismos, de los que están por nacer en Chile, de sus madres y padres, y en especial por toda mujer, “víctima potencial”, aduciendo que el derecho a la vida estaba amenazado por el acto arbitrario e ilegal de la autoridad sanitaria, que había dado su aprobación para la comercialización del fármaco Postinal⁷⁵. Sostuvieron que el derecho a la vida estaba reconocido en la Constitución⁷⁶ así como en el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁷⁷.

A través de los citados recursos de protección pretendían dejar sin efecto la Resolución N° 2141, de 21 de marzo de 2001, del Instituto de Salud Pública, mediante la cual se concedió el registro sanitario al fármaco Postinal.

Las organizaciones demandantes solicitaron la declaración de ilicitud constitucional de la droga levonorgestrel, el reconocimiento del derecho a la vida del que está por nacer

⁷⁵ Artículo 20 de la Constitución. El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales, sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1.°, 2.°, 3.° inciso cuarto, 4.°, 5.°, 6.°, 9.° inciso final, 11.°, 12.°, 13.°, 15.°, 16.° en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19.°, 21.°, 22.°, 23.°, 24.° y 25.° podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes (...).

⁷⁶ Artículo 19 de la Constitución. La Constitución asegura a todas las personas:

1. El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.

La Ley protege la vida del que está por nacer (...).

⁷⁷ Artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente (...).

y que se ordenara a la Ministra de Salud que se abstuviera de autorizar la comercialización del levonorgestrel⁷⁸.

Las organizaciones demandantes alegaban que Postinal, en comprimidos de 0.75 mg, contenía la droga levonorgestrel que era abortiva “toda vez que su administración inhibe la ovulación, evita la fecundación del óvulo al hacer perder a las trompas de Falopio aquellas contracciones que permiten el desplazamiento espermático, alteran el moco cervical haciéndolo impermeable a los espermios, y por evitar la anidación del huevo al provocar la atrofia del endometrio”⁷⁹.

La Corte Suprema de Chile admitió que el recurso de protección era el medio procesal adecuado en el presente caso, pues estaba formulado en términos muy amplios en el artículo 20 de la Constitución. Asimismo, aceptó que las organizaciones demandantes se encontraban facultadas para solicitar una decisión jurisdiccional en este caso, es decir, reconoció la legitimación procesal activa de los actores, ya que la acción entablada tenía por finalidad proteger a seres en desarrollo después de la concepción y que en un momento determinado, acabado su desarrollo intrauterino, surgirían a la vida legal con todos los atributos de las personas⁸⁰.

En cuanto a la materia controvertida la Corte Suprema de Chile señaló que:

- a) Los demandados habían aceptado que uno de los posibles efectos del Levonorgestrel era el de evitar el proceso de implantación del óvulo fecundado en el útero de la madre, puesto que su administración producía una alteración o modificación en la respuesta del endometrio a las hormo-

⁷⁸ Sentencia de la de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 28 de mayo de 2001, Vistos y teniendo presente, p. 1.

⁷⁹ Ibid., p. 1.

⁸⁰ Sentencia de la Corte Suprema, Vistos, 7, p. 2. Sobre los cuestionamientos al reconocimiento de la Corte Suprema de la legitimación procesal activa de los recurrentes, véase Bascuñán Rodríguez, Antonio, “La píldora del día después ante la jurisprudencia”, en *Estudios Políticos* 95, 2004, pp. 45 y ss.

nas sexuales, haciéndolo menos apto o impidiendo su implantación⁸¹.

- b) En apoyo a su decisión para aceptar el fármaco con contenido de la droga Levonorgestrel en calidad de contraceptivo de emergencia, los demandados habían citado una definición operativa de la Organización Mundial de la Salud y otra de la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia, en virtud de las cuales el embarazo comenzaba cuando un huevo fecundado se implantaba en la pared uterina, y que el aborto inducido era el término del embarazo después de ocurrida la implantación⁸²;
- c) En oposición, las organizaciones demandantes estimaban, basadas también en evidencia científica, que el huevo fecundado era una célula viva con material genético único. En aval a su postura afirmaban que muchos países consideraban en su legislación que el momento de la concepción era el punto de partida desde el cual debía protegerse la vida humana por el ordenamiento jurídico⁸³;
- d) En consecuencia debía resolverse desde cuándo correspondía otorgar protección constitucional a la existencia de la vida⁸⁴;
- e) Desde la perspectiva señalada se hacía evidente que el que está por nacer –cualquiera que sea la etapa de su desarrollo

⁸¹ Sentencia de la Corte Suprema, En cuanto al fondo, 10, p. 3. Cabe señalar que en la Sentencia de la Corte de Apelaciones de 28 de mayo de 2001, se indica que la Ministra de Salud había señalado que al haberse iniciado el proceso de fecundación, implantación o anidación del embrión, el método perdía totalmente su efectividad, sin ningún riesgo específico de malformaciones congénitas u otros propios del embarazo. En esta sentencia hay también una referencia a una “guía” de la Organización Mundial de la Salud, que señala que la anticoncepción de emergencia se emplea en casos de violación, de relaciones sexuales voluntarias sin protección o cuando hay un uso incorrecto o inconsistente de un método anticonceptivo.

⁸² Ibid., 11, p. 3.

⁸³ Ibid., 12, pp. 3-4.

⁸⁴ Ibid., 14, p. 4.

pre natal– tenía derecho a la vida, es decir, tenía derecho a nacer, pues la norma constitucional no hacía ningún distinguo;

- f) Impedir la implantación de un óvulo fecundado era a la luz de las disposiciones constitucionales, legales y convencionales sinónimo de aborto penalizado como delito⁸⁵.

Por lo tanto, la Corte Suprema revocó la sentencia apelada que había rechazado los recursos de protección, los acogió, dejando sin efecto la Resolución N° 2141 de 21 de marzo de 2001, del Instituto de Salud Pública, que concedió el Registro Sanitario al fármaco Postinal, elaborado sobre la base de la droga levonorgestrel.

Poco antes de dictarse dicha sentencia, el ISP autorizó el registro sanitario de Postinor 2. Por ello, los recurrentes solicitaron a la Corte Suprema que declarara que su fallo alcanzaba al Postinor 2. La Corte Suprema reenvió esa solicitud a la Corte de Apelaciones, que rechazó el pedido. Esta decisión fue apelada a la Corte Suprema, que confirmó la resolución de la Corte de Apelaciones⁸⁶.

Ante esta situación, según Lidia Casas y Jorge Contesse, los recurrentes iniciaron dos acciones contra el Postinor 2, una ante la Contraloría General de la República y otra bajo la ley de protección al consumidor. La primera de las acciones mencionadas no prosperó, y la segunda fue abandonada por los recurrentes⁸⁷.

⁸⁵ Ibid., 20, p. 5.

⁸⁶ Véase Casas, Lidia y Contesse, Jorge, “La píldora del día después. Derechos sexuales y reproductivos, protección de la vida y políticas públicas”, en <http://www.gvdireito.com.br/casoteca/default.aspx?pagid=KPDHTQRP&menuid=137>, pp. 16-17.

⁸⁷ Ibid., pp. 17-18.

3.2 Juicio ordinario de declaración de nulidad de derecho público del registro sanitario de Postinor 2: sentencia de la Corte Suprema de 28 de noviembre de 2005

A finales del 2002, una de las organizaciones que había presentado uno de los recursos de protección contra Postinal, inició un nuevo proceso judicial.

En efecto, el Centro Juvenil Ages, representado por el estudiante Juan Enrique Jara Opazo, planteó una demanda en un juicio ordinario contra el Instituto de Salud Pública de Chile (ISP), solicitando la declaración de nulidad de derecho público de un acto administrativo, la Resolución N° 7.224, de fecha 24 de agosto de 2001, que se materializó en el registro ISP F-8527/01, que permitió la venta de Postinor 2. El referido centro juvenil afirmaba que el ISP había generado una situación de manifiesta ilegalidad e inconstitucionalidad al desconocer el derecho a la vida de los concebidos y no nacidos, en la medida en que la citada resolución había autorizado al Laboratorio Grünenthal a comercializar Postinor 2. Asimismo, el demandante alegó que el Levonorgestrel 0.75, elaborado por el referido laboratorio, se encontraba a la venta en diversas farmacias, no obstante que la Corte Suprema, mediante sentencia de 30 de agosto de 2001, había declarado que dicho principio activo amenazaba el derecho a la vida del concebido y no nacido al tener efecto antimplantatorio, prohibiendo la comercialización y distribución de Postinal.

El demandante sustentó su demanda, principalmente, en lo dispuesto en el artículo 19 1) de la Constitución chilena, en el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la Convención sobre los Derechos del Niño. Afirmó que si el ISP tenía dudas sobre el posible efecto abortivo del Postinor 2, debía aplicar el principio pro vida, a favor de los concebidos y no nacidos, en la medida en que cualquier cuestionamiento científico debía ser interpretado con un criterio que beneficiara a los derechos humanos.

Adicionalmente, el demandante alegó que la autorización administrativa de un producto que amenazaba la vida del embrión constituía una desviación de poder que sólo era subsanable mediante la declaración de nulidad de derecho público, pues el ISP no tenía competencia para autorizar el registro de productos que amenazaran o atentaran contra el derecho a la vida. Por otro lado, señaló que el demandado al haber autorizado la comercialización del Postinor 2 había generado otra causal de nulidad de derecho público, pues se había infringido la garantía de la igualdad reconocida en el artículo 19 inciso 2) de la Constitución chilena⁸⁸, pues después del fallo de la Corte Suprema de 2001 sólo estaría prohibida la comercialización del Postinal y no la de otros productos producidos con Levonorgestrel 0.75, como el Postinor 2. Esta situación discriminatoria violaba la igualdad ante la ley, pues no protegía a los embriones humanos frente a la segunda píldora del día después (Postinor 2).

Los representantes del ISP contestaron la demanda señalando que el demandante era una organización municipal que se atribuía la representación de “toda mujer” y del “concebido y no nacido”, pero que carecía de los requisitos para comparecer en juicio, según los artículos 4 y 6 del Código de Procedimiento Civil, y que debía circunscribir su acción sólo a la comuna en la que registró su personalidad jurídica, de conformidad con lo establecido en los artículos 1 y 2 de la Ley 19.418.

Asimismo, el ISP afirmó que había sometido la solicitud de registro del producto Postinor 2 a la evaluación correspondiente, resultando ésta positiva en cuanto a las propiedades farmacéuticas, farmacológicas, toxicológicas,

⁸⁸ Artículo 19 de la Constitución. La Constitución asegura a todas las personas:

2.- La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.

clínicas y terapéuticas, motivo por el cual se había autorizado su inscripción en el Registro Nacional de Productos Farmacéuticos⁸⁹.

El ISP sostuvo que dos eran los mecanismos del levonorgestrel en la prevención del embarazo: la anovulación y los cambios en el moco cervical, que impiden la migración de espermatozoides y la consecuente fertilización o fecundación. Indicó que el levonorgestrel era utilizado como principio activo en más del 70% de los anticonceptivos que se comercializaban a nivel nacional y mundial, y que más bien la progesterona era utilizada para prevenir los abortos naturales. El ISP citó a la Organización Mundial de la Salud para afirmar que la anticoncepción de emergencia era recomendada para evitar un embarazo tras un coito practicado sin protección. Adicionalmente, sostuvo que desde la perspectiva científica actualmente disponible debían distinguirse procesos previos al nacimiento: la producción de espermatozoides y la ovulación de la mujer, la inseminación o fertilización y la implantación del óvulo fertilizado en el útero de la mujer, el surgimiento del embrión y posteriormente del feto, y finalmente el nacimiento. Respecto del principio activo levonorgestrel, afirmó que existía certeza científica respecto de los dos mecanismos de acción mencionados.

El ISP señaló que en el evento de que el óvulo se encontrara fertilizado no se podía hablar de un individuo por nacer, ya que mientras la madre no hubiera establecido un vínculo orgánico y biológico que le permitiera proporcionarle nutrientes indispensables para su evolución y desarrollo, no

⁸⁹ Lidia Casas y Jorge Contesse señalan que en un primer momento la defensa del ISP se basó en argumentos formales y no de fondo, al sostener que AGES carecía de personería jurídica para presentar la demanda. Esta estrategia coincidió con el hecho de que el director del ISP era militante de la democracia cristiana. La estrategia de defensa varió cuando se nombró un nuevo director, entonces el ISP sostuvo que la AOE era un método seguro, eficaz y que no tenía efecto antimplantatorio, véase Casas, Lidia y Contesse, Jorge, “La píldora del día después. Derechos sexuales y reproductivos, protección de la vida y políticas públicas”, op. cit. pp. 21 y ss.

había surgido, desde el punto de vista legal, un individuo que está por nacer. Adicionalmente, señaló que, desde el punto de vista penal, de acuerdo con la mayoría de tratadistas, se debía proteger el producto de la concepción desde la anidación de huevo fecundado hasta el nacimiento. Por otro lado, en el debate constituyente de 1980, se había dejado al legislador la definición legal del momento de la concepción.

Según el ISP, la ley civil y la ley penal establecían tres requisitos indispensables para conceptuar la concepción o el inicio de la vida del que está por nacer: la existencia de un óvulo humano fecundado, la presencia de una mujer y la existencia indubitada de vínculos materiales biológicos y orgánicos entre el óvulo fecundado y la mujer, requisitos que se daban sólo en el momento en que se producía la anidación o implantación.

También sostuvo el ISP que había que distinguir entre fármacos anticonceptivos y fármacos abortivos, ya que éstos no podían ser registrados por la autoridad sanitaria aún cuando fueran seguros y eficaces. Finalmente, señaló que la Corte Suprema no se había pronunciado en términos generales y absolutos sobre la prohibición de la comercialización de fármacos con contenido de levonorgestrel en la dosis de 0.75 miligramos.

En relación al artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el ISP citó el caso Baby Boy, de 6 de marzo de 1981, en el que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos concluyó que la palabra “en general” fue incorporada al artículo 4.1 de la referida convención como un acuerdo con aquellos Estados miembros cuyas leyes nacionales permitían el aborto y la pena de muerte⁹⁰.

La sentencia de primera instancia, de 30 de junio de 2003, acogió la demanda del Centro Juvenil Ages, declarando nula de derecho público la Resolución N° 7.224, que se materializó

⁹⁰ Sentencia de la Juez Suplente del Vigésimo Juzgado Civil de Santiago, Vistos, p. 7.

en el registro ISP F-8527/01, que permitió la venta o comercialización del Postinor 2. Esta sentencia fue apelada por el ISP y por los terceros coadyuvantes por la parte demandada (Lidia Casas Becerra, abogada de la Asociación de Protección a la Familia –APROFA– María Verónica Schiappaccase y Claudia Olaya Dides Castillo). En el escrito de apelación de los terceros coadyuvantes se citaron las investigaciones en virtud de las cuales se había determinado que la AOE carecía de efecto antimplantatorio, entre ellas: “Post coital administration of levonorgestrel does not interfere with post fertilization events in the new-world monkey *Cebus Apella*” de los autores María Elena Ortíz, R.E. Ortíz, M.A. Fuentes, VH Parraguez y H.B. Croxatto”, publicado en *Human Reproduction* 19:1352-1356 (2004)⁹¹.

El 10 de diciembre de 2004, la Novena Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, revocó la sentencia de primera instancia, permitiendo la comercialización del Postinor 2. Por ello, el referido centro juvenil presentó un recurso de casación en la forma y en el fondo contra la sentencia de la Novena Sala de Apelaciones.

A través de la sentencia del 28 de noviembre de 2005, la Corte Suprema de Justicia resolvió el recurso de casación planteado. En primer lugar, la citada corte reconoció la legitimación procesal activa del Centro Juvenil Ages para obtener una decisión jurisdiccional respecto a la vulneración de los derechos atribuida al ISP. Dicha legitimación se fundamentaba en lo dispuesto en el artículo 19, Número 1 de la Constitución, pues la organización demandante propendía a la defensa, protección, cuidado, preservación y desarrollo del derecho a la vida desde la concepción. Asimismo, la Corte Suprema sostuvo que la legitimación procesal activa del Centro Juvenil Ages también se sustentaba en el artículo 19,

⁹¹ Asociación de Protección a la Familia (APROFA), y otras, Apelación de la sentencia de 30 de junio de 2003, II. Sobre el fondo, no existe evidencia de prueba ninguna de las dos aseveraciones hechas por el testigo, estos hechos no son efectivos, p. 6.

Nº 3, inciso 1 de la Constitución⁹² así como en el derecho de petición regulado en el artículo 19, inciso 14) del mismo texto normativo⁹³.

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia señaló que resultaba básico demostrar por quien afirmaba los efectos nocivos de la droga objetada, que ese mal necesariamente se producía con la ingestión del fármaco aludido, toda vez que constituía un principio general probatorio, que le incumbía al actor la prueba de los hechos en que fundaba su demanda⁹⁴.

La Corte Suprema de Justicia sostuvo que no estaba establecido que el fármaco Postinor 2 produjera los efectos dañinos que se invocaban en la demanda para justificar la nulidad de derecho publico. La Corte Suprema textualmente afirmó:

Que en esas circunstancias, la sentencia impugnada al expresar que no se demostró que el fármaco Postinor 2 tuviera los efectos abortivos que sostuvo la demanda y al desestimarla por este motivo, no ha podido transgredir las normas antes indicadas que aseguran la vida del que está por nacer, aún aceptando que esta protección existe desde el momento de la concepción, o sea, desde la unión de un espermatozoide maduro con el óvulo constituyendo el cigoto,

⁹² Artículo 19 de la Constitución. La Constitución asegura a todas las personas:

3.- La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado, si hubiere sido requerida (...).

⁹³ Artículo 19 de la Constitución. La Constitución asegura a todas las personas:

14.- El derecho de presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes.

⁹⁴ Sentencia de la Corte Suprema de 28 de noviembre de 2005, considerando veintisiete, p. 17.

cuestión que no se encuentra absolutamente discernida, científica y jurídicamente hablando⁹⁵.

(...) como ya se ha explicado no es cuestión demostrada en este juicio la cualidad abortiva del fármaco aludido ni tampoco que su utilización pudiera provocar, en grado de certeza, un peligro de la vida del que está por nacer⁹⁶.

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia también rechazó el argumento de la organización demandante, por el que reprochaba el tratamiento “de objeto de derecho”, y no de “sujeto de derecho”, dado en la resolución de la Novena Sala de Apelaciones al *nasciturus*. La Corte Suprema de Justicia sostuvo que no se había demostrado que tal fallo hubiera dado a los embriones humanos el mismo tratamiento que reciben las cosas, puesto que la demanda había sido rechazada por la referida Sala de Apelaciones basándose en que no había ninguna seguridad científica de que el fármaco aludido afectara a un embrión, y en consecuencia tuviera efecto abortivo⁹⁷.

En consecuencia, la Corte rechazan los recursos de casación en el fondo y en la forma.

3.3 Proceso de inconstitucionalidad contra las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad: sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de enero de 2007

El 30 de septiembre de 2006 treinta y un diputados presentaron una demanda ante el Tribunal Constitucional de Chile, a fin de solicitar que se declarara inconstitucional la Resolución Exenta N° 583, del 1 de septiembre de 2006,

⁹⁵ Ibid., considerando treinta y uno, p.19.

⁹⁶ Ibid., considerando treinta y cuatro, p. 20.

⁹⁷ Ibid., considerando treinta y cinco, p. 21.

mediante la cual se aprobaron las Normas Nacionales sobre Regulación de Fertilidad.

Al presentar la demanda, los diputados chilenos invocaron el artículo 93° N° 16) de la Constitución, que establece que es competencia del Tribunal Constitucional:

“16°. Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos, cualquiera sea el vicio invocado, incluyendo aquellos que fueren dictados en ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República cuando se refieran a materias que pudieran estar reservadas a la ley por mandato del artículo 63.” (...).

Como se aprecia, el mencionado artículo no prevé la competencia del Tribunal Constitucional para pronunciarse sobre la constitucionalidad de las resoluciones exentas.

La demanda, la contestación de la demanda y los informes presentados al proceso

Los demandantes señalaron que la resolución exenta impugnada vulneraba el artículo 19, numerales 1)⁹⁸, 2)⁹⁹, 10)¹⁰⁰ inciso 3 y 26)¹⁰¹, en relación con los artículos 6,

⁹⁸ Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

1. El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.

La ley protege la vida del que está por nacer (...).

⁹⁹ 2. La igualdad ante la ley (...).

¹⁰⁰ 10. El derecho a la educación (...).

Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho. (...).

¹⁰¹ 26. La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

numerales 1 y 2¹⁰², 7, numerales 1 y 2, y 32, numeral 6)¹⁰³ de la Constitución. Los cuestionamientos de fondo a las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad se basaban en que:

- a) Se autorizaba el otorgamiento de consejería a menores a partir de los 14 años de edad sin el consentimiento ni el conocimiento de sus padres;
- b) Se regulaba la entrega abierta y gratuita de anticoncepción oral de emergencia en los servicios de salud municipalizados del país, a través de la píldora de progestina pura o a través de píldoras combinadas.

Para sustentar la competencia del Tribunal Constitucional en este caso, los demandantes sostuvieron que la jerarquía de un instrumento legal dependía de la materia que regulaba. Adicionalmente señalaron que si en este caso estaban en juego los derechos a la vida de todas las personas, incluyendo los que están por nacer, el derecho a la igualdad así como el derecho preferente de los padres a educar a sus hijos, estas materias no debían haber sido reguladas por una resolución exenta, que era “de índole administrativa y de la más baja categoría”¹⁰⁴. Por ello, en opinión de los demandantes, el Tribunal Constitucional debía pronunciarse sobre la Resolución Exenta N° 583, aunque ella no se encontrara entre las disposiciones

¹⁰² Artículo 6. Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. (...).

¹⁰³ Artículo 32. Son atribuciones especiales del Presidente de la República:

6. Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes.

¹⁰⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de enero de 2007, Vistos, p. 2.

cuya constitucionalidad podía impugnarse ante el Tribunal Constitucional según la Carta Fundamental chilena. En otras palabras, la competencia del Tribunal Constitucional estaba dada por razón de la materia y no por la jerarquía de la norma cuestionada. Los demandantes sostuvieron que, “desde el punto de vista de su materialidad”¹⁰⁵, se trataba no de una resolución exenta sino de un decreto supremo, que sí se encontraba sujeto al control del Tribunal Constitucional. Finalmente, solicitaron declarar la inconstitucionalidad de la Resolución Exenta N° 584, y que era un ilícito constitucional que el Estado, a través de cualquiera de sus organismos autorizara el uso, la distribución, la comercialización o la entrega de la llamada píldora del día después, elaborada sobre la base del fármaco levonorgestrel en la dosis 0.75 mg.

La demanda fue admitida por el Tribunal Constitucional el 17 de octubre de 2006, después de rechazar una indicación para no admitir la demanda a trámite por incompetencia del referido tribunal, formulada por los ministros (magistrados) Hernán Vodanovic, Jorge Correa y Francisco Fernández, así como otra indicación al respecto de la Ministra Marisol Peña.

Mediante escrito de 27 de octubre de 2006, la ex Ministra Secretaria General de la Presidencia de la República, Paulina Veloso Valenzuela, formuló las observaciones de la Presidenta de la República al requerimiento de los diputados. Dicho escrito fue ratificado posteriormente por el Vicepresidente de la República.

Entre las mencionadas observaciones destacan los argumentos relativos a la improcedencia del requerimiento, habida cuenta de que el Tribunal Constitucional carecía de competencia para pronunciarse respecto de una mera resolución. Además, la referida ex Ministra señaló que lo verdaderamente atacado por la demanda era el registro sanitario de la llamada píldora del día después, razón por la cual era extemporánea porque los correspondientes registros

¹⁰⁵ Ibid., p. 3

sanitarios habían sido concedidos en los años 2001, 2003 y mayo y agosto de 2006¹⁰⁶. Solicitó que la demanda fuera declarada improcedente o, en subsidio que se rechazara en todas sus partes por no quebrantar norma alguna de la Carta Fundamental.

Adicionalmente, nueve senadores solicitaron tener presente sus consideraciones sobre los vicios de inconstitucionalidad de la Resolución Exenta N° 584, así como los argumentos por los cuales sostenían que el Tribunal Constitucional era competente en este asunto.

Por su parte, el Contralor General de la República subrogante, Gastón Astorquiza Altaner, sostuvo que al Estado le asistía el deber constitucional de asegurar a todas las personas, incluidas las menores de edad, el libre e igualitario acceso a las acciones de salud, entre ellas las relacionadas con el control de la fertilidad¹⁰⁷. Igualmente, afirmó que examinado el ordenamiento legal y lo dispuesto en la Resolución N° 520 de 1996, de la misma Contraloría General, que establecía reglas de exención del trámite de toma de razón, cabía colegir que las Normas Técnicas y Guías Clínicas sobre Regulación de la Fertilidad se referían a materias que no estaban sometidas al indicado control preventivo de juridicidad y, en consecuencia, podían ser aprobadas a través de una resolución exenta.

El estudiante José Fernando Correa Madrid, invocando el derecho de petición y lo dispuesto en el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, solicitó declarar que la Resolución Exenta N° 584 y la autorización para distribuir la píldora de contracepción de emergencia eran contrarias a la Constitución, acompañando algunos documentos, que el Tribunal Constitucional dispuso tener presente.

El señor Patricio Zapata Larraín solicitó ser recibido y considerado su estudio titulado Potestad Reglamentaria

¹⁰⁶Ibid., p. 4.

¹⁰⁷Ibid., p. 10.

Presidencial, Resoluciones Ministeriales y Tribunal Constitucional. En su opinión, el Tribunal Constitucional era competente para conocer y decidir el problema planteado. El Tribunal ordenó tenerlo presente¹⁰⁸.

El señor Carlos Williamson Benaprés, Rector Subrogante de la Pontificia Universidad Católica de Chile, acompañó copias de un documento que recogía cuatro estudios realizados por académicos de dicha Universidad en relación con las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, y solicitó que el Tribunal los tuviera presente. Así lo ordenó el Tribunal Constitucional.

Los demandantes solicitaron también tener por acompañado el informe médico-biológico sobre la píldora del día después, realizado por el profesor Fernando Orrego Vicuña. Pidieron, además, que se tuviera presente el Informe en Derecho de los profesores Alejandro Silva Bascuñán y Francisco Cumplido Cereceda, el Informe en Derecho de don José Joaquín Ugarte Godoy así como el Informe en Derecho de don Jorge Precht Pizarro. Los tres estudios concluían que el Tribunal Constitucional era competente para ejercer el control de constitucionalidad de toda normativa proveniente del ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, en especial de las resoluciones exentas, para que “tal preceptiva no se inmiscuya en el dominio legal ni viole de otro modo a la Carta Fundamental”¹⁰⁹. El Tribunal ordenó tenerlos presente.

Finalmente, el profesor emérito de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, don Enrique Silva Cimma, en su doble condición de ex Contralor General de la República y ex Presidente del Tribunal Constitucional, ejerciendo el derecho de petición, solicitó tener presente un escrito en el que concluía que la Resolución Exenta N° 584 no solamente infringía las disposiciones del artículo 10°

¹⁰⁸ Ibid., p.10.

¹⁰⁹ Ibid., p. 11.

de la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República sino que, además, quebrantaba las normas que atribúan la regulación de tal materia a la potestad especial del Presidente de la República. Por lo tanto, dicha materia no podía ser objeto ni de decreto exento ni mucho menos de resolución de tal índole. Si bien aseveró que podía estar de acuerdo con el contenido perseguido por esa resolución, había que respetar el principio de legalidad que la Constitución contemplaba¹¹⁰.

Es importante señalar que tanto el Fondo de Población como la Organización Mundial de la Salud presentaron, en diciembre de 2006, sendos informes sobre la anticoncepción oral de emergencia al Tribunal Constitucional. Sin embargo, en la sentencia de 11 de enero de 2007 no se hace ninguna referencia a ellos.

Los fundamentos de la sentencia y el fallo

Como se ha señalado, los demandantes argumentaron que la Resolución Exenta N° 584 era en realidad un reglamento supremo. Dicha resolución, exenta de toma razón por la Contraloría General de la República, tampoco había sido publicada en el diario oficial.

El Tribunal Constitucional señaló que era su deber examinar la cuestión planteada, verificando la calificación jurídica de la Resolución Exenta N° 584, en la medida en que se denunciaba que regulaba materias propias de un reglamento supremo, propio del Presidente de la República, y que se cuestionaba su constitucionalidad por afectar valores y principios constitucionales como la dignidad humana¹¹¹. En su opinión, en aplicación del artículo 6° constitucional tenía el

¹¹⁰ Ibid., p. 12.

¹¹¹ Ibid., considerando I. Identificación de la controversia sometida a la decisión de este tribunal, tercero, p. 14.

deber inexcusable, como todo órgano del Estado, de garantizar el orden institucional de la República¹¹².

El Tribunal Constitucional sostuvo que era el principal órgano encargado de velar porque la ley o el acto administrativo no vulneraran los límites constitucionales¹¹³, y que la Constitución, considerada en su preceptiva, valores y principios, debía necesariamente facultar al Tribunal Constitucional “para decidir si los órganos públicos actúan dentro de su competencia, lo que se traduce en que tanto el legislador, el administrador, como los jueces deben actuar sólo en las materias que les son asignadas por la Constitución o la ley, de acuerdo al principio de juridicidad y supremacía de la Constitución, contenido en los artículos 6 y 7 de la Carta Fundamental”¹¹⁴. Por ello, el Tribunal Constitucional determinó que “una resolución que contiene materias propias de un reglamento, cualquiera que sea el nombre que se le coloque, es de competencia privativa del Presidente de la

¹¹² Artículo 6 de la Constitución. Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que prescriba la ley.

¹¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de enero de 2007, considerando II. Acerca de la competencia de este Tribunal Constitucional para pronunciarse sobre el requerimiento, noveno, p. 19.

¹¹⁴ Ibid., duodécimo, p. 24. Artículo 7 de la Constitución. Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.

República, y así deberá declararlo esta Magistratura”¹¹⁵. Para el Tribunal Constitucional sostener la tesis de que no era competente para conocer el presente caso, suponía excluir del examen constitucional cualquier norma sobre la base de la nomenclatura empleada, a pesar de que dicha norma abarcara materias que el Constituyente había querido someter a control del Tribunal Constitucional¹¹⁶.

Una vez que el Tribunal Constitucional estableció su competencia para pronunciarse sobre la constitucionalidad de una resolución exenta, pasó a analizar las características de las resoluciones exentas y de los decretos, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley N° 19.880, Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado. En atención a la citada norma, en ambos casos, se trataba de actos administrativos, siendo el decreto supremo “la orden escrita que dicta el Presidente de la República sobre asuntos propios de su competencia” y las resoluciones “los actos de análoga naturaleza que dictan las autoridades administrativas dotadas de poder de decisión”.

El Tribunal Constitucional citó a varios autores que se habían ocupado de los decretos y de las resoluciones (Patricio Aylwin, Enrique Silva Cimma, Alejandro Silva Bascuñán, Emilio Pfeffer Urquiaga, Carlos Carmona Santander, Hugo Caldera Delgado y Germán Bolona Nelly). Sin embargo, de esas citas bibliográficas no se desprende una distinción tajante entre los decretos y resoluciones en lo que respecta a la materia que regulan¹¹⁷.

Adicionalmente, el Tribunal Constitucional citó la causa rol N° 153, en la que había determinado que el Decreto

¹¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de enero de 2007, II. Acerca de la competencia de este Tribunal Constitucional para pronunciarse sobre el requerimiento, decimotercero, p. 24.

¹¹⁶ Ibid., considerando III. Naturaleza jurídica y características de las resoluciones, decimocuarto, p. 24.

¹¹⁷ Ibid., vigésimo primero, pp. 27-28.

Supremo N° 66 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo de 1992 era un reglamento y no un decreto simple, pues era de carácter general y no se agotaba con su cumplimiento¹¹⁸. En ese mismo caso se había hecho referencia al artículo 35 de la Constitución, en virtud del cual: “Artículo 35. Los reglamentos y decretos del Presidente de la República deberán firmarse por el Ministro respectivo y no serán obedecidos sin este esencial requisito. Los decretos e instrucciones podrán expedirse con la sola firma del Ministro respectivo, por orden del Presidente de la República, en conformidad a las normas que al efecto establezca la ley”.

Adicionalmente, el Tribunal Constitucional recordó que en la causa rol N° 153 había resuelto que el decreto impugnado no reunía las formalidades exigidas por la Constitución pues, en realidad, se trataba de un reglamento que no aparecía firmado por el Presidente de la República, por lo que debía concluirse que el acto estaba viciado en la forma y adolecía de nulidad. El Tribunal Constitucional sostuvo que en reiteradas oportunidades había invocado el principio de primacía de la realidad sobre el nominalismo¹¹⁹.

En cuanto a las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, el Tribunal Constitucional afirmó que eran de aplicación general “para los órganos públicos y la población involucrada, rasgo que debe ser asociado a la índole imperativa u obligatoria que tienen para los destinatarios de ellas (...)”¹²⁰. En apoyo al carácter reglamentario de las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, el Tribunal Constitucional citó los informes que habían presentado algunos juristas al proceso, como los de Enrique Silva Cimma, Alejandro Silva Bascuñán, Francisco Cumplido Cereceda, Jorge Precht, José Joaquín Ugarte y Patricio Zapata.

¹¹⁸ Ibid., vigésimo segundo, pp. 28-29.

¹¹⁹ Ibid., vigésimo sexto, pp. 31.

¹²⁰ Ibid., considerando IV. Naturaleza jurídica de reglamento de la norma que se impugna, vigésimoctavo, p. 32.

El Tribunal Constitucional afirmó que de la simple lectura de la resolución exenta impugnada era posible concluir que, en realidad, reunía los elementos que configuraban un decreto supremo reglamentario, pues se trataba de un acto administrativo que contenía un conjunto de normas de alcance nacional o de aplicación general, de carácter permanente en la medida en que no se agotaba o perdía su vigencia por su aplicación a un caso determinado. El referido tribunal sostuvo que por tratarse de un decreto reglamentario debía haber sido suscrito por la Presidenta de la República y sometido al trámite de toma de razón en la Contraloría General de la República¹²¹.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional chileno acogió la demanda y declaró que la Resolución Exenta N° 584 del Ministerio de Salud, de 1 de septiembre de 2006, era inconstitucional. Como el sustento de la declaratoria de inconstitucionalidad era un vicio de forma, el Tribunal Constitucional señaló que no emitiría pronunciamiento sobre las inconstitucionalidades planteadas por cuestiones de fondo.

Los votos en discordia

Los ministros Juan Colombo Campbell, Hernán Vodanovic Schnake, Jorge Correa Sutil y Francisco Fernández Fredes votaron porque se desestimara la demanda.

El magistrado Juan Colombo Campbell señaló que de la lectura de las normas del Decreto con fuerza de ley (DFL) N° 1 y de la Ley N° 19.880, se infería con nitidez que el Ministerio de Salud sólo se había limitado a actuar dentro del marco dispuesto por dichas disposiciones. Por ello, su actuación se enmarcaba dentro de las atribuciones denominadas por el artículo 32 N° 6 de la Constitución como “potestad

¹²¹ Ibid., trigésimo tercero, p. 36.

reglamentaria de ejecución”¹²². La ley y el acto administrativo de ejecución de la misma, conformaban un todo jurídico armónico; por ello tratar de desvincular las normas habilitantes de las normas reglamentarias objetadas, era negar una realidad jurídica evidente.

Por su parte, los magistrados Hernán Vodanovic, Jorge Correa Sutil y Francisco Fernández Fredes votaron por desestimar la demanda, porque ni en el numeral 16) del artículo 93º de la Constitución ni en ningún otro precepto constitucional, se otorgaba competencia al Tribunal Constitucional para pronunciarse respecto de la constitucionalidad de resoluciones a requerimiento de parlamentarios. Por lo tanto, le estaba vedado hacerlo.

Adicionalmente, los referidos magistrados cuestionaron que, en el caso en discusión, se tratara de un decreto en lugar de una resolución exenta. En primer lugar, sostuvieron que si bien la Constitución no definía dichas normas, el artículo 3º de la Ley N° 19.880, de Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, lo hacía de la siguiente manera: el decreto supremo era la orden escrita que dictaba el Presidente de la República o un Ministro por orden del Presidente de la República, sobre asuntos propios de su competencia, y la resolución era el acto de análoga naturaleza que dictaban las autoridades administrativas dotadas de poder de decisión. Para estos magistrados la norma era clara: la distinción entre los decretos y las resoluciones no radicaba en el contenido de ellos, ni en su naturaleza (análoga según el propio precepto), sino en quien los suscribía¹²³. Como la Resolución Exenta N° 584 no estaba suscrita por el Presidente de la República, ni por orden de éste, no era un decreto supremo.

¹²² Ibid., A) Voto del magistrado Juan Colombo Campbell, primero, p. 38.

¹²³ Ibid., B) Voto de los magistrados Hernán Vodanovic Schnake, Jorge Correa Sutil y Francisco Fernández Fredes, I., 2. Lo que se pide revisar es una resolución y las resoluciones no se transforman en decretos supremos por su falta de juridicidad, p. 41.

Según estos ministros, el criterio para distinguir entre decretos y resoluciones, basado en la autoridad de la que emanaba la norma, era el que utilizaba la más consultada doctrina antes de dictarse la referida ley. En apoyo a esta tesis los magistrados citaron la obra de Enrique Silva Cimma, Patricio Aylwin, Alejandro Silva Bascuñán, Carlos Carmona, Emilio Pfeffer Urquiaga y Guillermo Varas, todos los cuales afirmaban que el decreto supremo era aquel suscrito por el Presidente de la República o por un Ministro actuando por orden de aquél.

En segundo lugar, debía tenerse presente que, si la Resolución Exenta N° 584 se excedía en razón de su materia, o estaba suscrita por quien no tenía facultades para dictarla, o de cualquier otro modo vulneraba la Constitución o las leyes que debía respetar, eso no cambiaba su carácter de resolución. Las resoluciones ilegales o inconstitucionales no dejaban de ser resoluciones, en todo caso había que anularlas, dejarlas sin efecto o preterirlas en su aplicación por los tribunales de justicia a favor de normas de mayor jerarquía¹²⁴. De la misma forma –sostuvieron estos ministros– nadie podía pretender que una ley contraria a la Constitución, bajo la teoría de la realidad, fuera una reforma constitucional, una sentencia ilegal se convirtiera en ley o un contrato celebrado con dolo pasara a ser una ley encubierta que modificaba el Código Civil.

Los ministros que votaron por desestimar el requerimiento de los diputados, señalaron que tampoco procedía considerar que la Resolución Exenta N° 584 era un decreto supremo, aduciendo la naturaleza general y abstracta de sus disposiciones y que generaba derechos permanentes para los particulares, como argumentaba el fallo y el informe del profesor Francisco Cumplido. Ello por cuanto muchas eran las fuentes jurídicas que producían normas generales y abstractas y no se transformaban por ese hecho en reglamentos supremos. Es más, la generalidad y la abstracción no eran características ajenas a las resoluciones, pues las que contenían instrucciones, como

¹²⁴Ibid., p. 42.

la que se cuestionaba, típicamente tenían esas características. Lo que diferenciaba a las resoluciones y decretos no era su naturaleza –la que era análoga según la calificaban la ley y la doctrina– sino el órgano del cual una y otra emanaban¹²⁵.

Por otro lado, los mencionados magistrados sostuvieron que a diferencia de los decretos reglamentarios, la Resolución Exenta N° 584 no contenía normas que obligaran a la población usuaria de los sistemas de salud sino sólo a los profesionales de dicho sistema a desempeñar sus funciones públicas de determinada manera. Sin embargo, incluso si una instrucción contenida correctamente en la resolución de un ministro o jefe de servicio violaba la Constitución, no correspondía al Tribunal Constitucional analizar tal cuestión¹²⁶.

En opinión de los disidentes, la causa rol 153 no servía como precedente en este caso pues se trataba de una materia diversa. En aquella oportunidad el caso que se había analizado era el de un decreto supremo que tenía carácter reglamentario porque era obligatorio, de aplicación general y no se agotaba en su cumplimiento. Lo resuelto en esa causa servía para distinguir los decretos particulares de los reglamentos, ambos supremos por provenir del mismo sujeto emisor, pero no servía para diferenciar los reglamentos de las instrucciones, pues lo que distinguía a estos dos últimos no era su naturaleza, análoga según la ley y la doctrina, sino la autoridad de la que emanaban¹²⁷.

Asimismo, manifestaron que hasta el presente fallo el Tribunal Constitucional había entendido que su competencia estaba limitada a los decretos supremos suscritos por el Presidente de la República o dictados por orden suya.

¹²⁵ Ibid., B) Las resoluciones no se transforman en decretos si tienen carácter general y abstracto, III., p. 44.

¹²⁶ Ibid., B), III., p. 45.

¹²⁷ Ibid., B), III., p. 46.

La expedición del Decreto 48 de 2007

Como el Tribunal Constitucional declaró inconstitucionales las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad por razones de forma, el Poder Ejecutivo expidió el Decreto 48 de 2007, publicado el 3 de febrero de 2007, a través del cual aprobó las nuevas Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, compuestas por las Normas Técnicas y Guías Clínicas sobre Fertilidad. En esta oportunidad el Decreto fue firmado por la Presidenta de la República, y la Contraloría General tomó razón del mismo.

3.4 Recurso de protección presentado por una municipalidad contra la Ministra de Salud para impedir que la AOE sea distribuida a las adolescentes entre 14 y 17 años

Los días 4 y 5 de septiembre de 2006, la Ministra de Salud de Chile, María Soledad Barría Iroume, hizo declaraciones a la prensa informando que la píldora del día después estaría disponible en el sistema público y municipal para todas las personas que lo requirieran, de acuerdo con las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad. La Ministra anunció que dicho anticonceptivo sería entregado a las adolescentes mayores de 14 años.

A raíz de esas declaraciones, el 6 de septiembre de 2006, el señor Pablo Zalaquet Said, Presidente de la Corporación Municipal de Educación y Salud de la Florida, actuando en nombre y representación de dicha corporación, presentó un recurso de protección contra la Ministra de Salud señalando que la acción de distribuir AOE a adolescentes era un acto ilegal y arbitrario que amenazaba gravemente ciertas garantías constitucionales. La mencionada corporación municipal tenía a su cargo 11 centros de atención de salud.

La corporación municipal sostuvo que la mencionada distribución de AOE era un acto ilegal, pues según lo dispuesto

en el artículo 7 de la Constitución chilena y del Decreto Ley N° 2.763 de 1979, el control de la natalidad, así como la interrupción del embarazo no constituían ni una función ni una facultad del Ministerio de Salud¹²⁸. Atendiendo a las definiciones de salud, enfermedad y embarazo contenidas en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, señaló que el embarazo no era una enfermedad, por lo tanto “queda fuera del alcance del Ministerio de Salud la entrega de medicamentos destinados a solucionar o prevenir una situación que no corresponde al concepto de enfermedad”¹²⁹. Afirmó que “una persona embarazada o una persona que quiere evitar un embarazo en general es una persona sana y saludable, razón por la cual el Estado carece de facultades a su respecto”¹³⁰.

Por otro lado, la demandante sostuvo que, según el artículo 19, N° 26 de la Constitución, sólo por “ley” podían afectarse los derechos y garantías contemplados en el título tercero de la Constitución, pues el principio de reserva legal excluía cualquier injerencia de la potestad reglamentaria¹³¹.

¹²⁸ Artículo 7 de la Constitución. Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.

Asimismo se citan el Decreto N° 136 y el Decreto N° 140, publicados el 21 de abril de 2005.

¹²⁹ Zalaquet Said, Pablo, Recurso de protección contra la Ministra de Salud, I. Acto ilegal y arbitrario, Ilegalidad, p. 7.

¹³⁰ Ibid., p. 8.

¹³¹ Artículo 19 de la Constitución. La Constitución asegura a todas las personas:

26. La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

Asimismo, la recurrente afirmó que se trataba de un acto arbitrario pues desconocía los derechos y obligaciones que entre los padres y los hijos establecía el ordenamiento jurídico chileno. Para sustentar este argumento citó el artículo 19, N° 10 de la Constitución chilena, en virtud del cual los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos, y corresponde al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho¹³². Invocó también artículos del Código Civil.

En razón de estas normas, la corporación municipal adujo que eran los padres quienes debían guiar a sus hijos en su desarrollo integral, correspondiéndoles temas como la terminación o la evitación del embarazo, debiendo el Estado actuar sólo cuando los padres se vieran impedidos. Según la mencionada corporación, el legislador había entregado primariamente a los padres y, subsidiariamente a la justicia, la determinación de ciertos aspectos de la vida de los menores, no pudiendo el Ministerio de Salud ejercer atribuciones a este respecto, como la entrega de AOE a menores, sin previo conocimiento y consentimiento de sus padres o del juez competente, en su caso. No había, en una medida de este tipo, “una razón de salud pública destinada a evitar la proliferación de enfermedades de transmisión sexual, sino sólo a evitar o terminar con un embarazo”¹³³.

En apoyo de este argumento también se citan los artículos 63 N° 2 y 64 de la Constitución.

¹³² Artículo 19 de la Constitución. La Constitución asegura a todas las personas:

10. El derecho a la educación.

La educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida. Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho (...).

¹³³ Zalaquet Said, Pablo, recurso de protección contra la Ministra de Salud, I. Acto ilegal y arbitrario, Arbitrariedad, p. 19.

La Corporación Municipal de Educación y Salud de la Florida afirmó que la distribución de AOE vulneraba los siguientes artículos constitucionales:

- a) El derecho a la igualdad ante la ley, que garantizaba el artículo 19, N° 2 de la Constitución. Citando una sentencia del Tribunal Constitucional chileno –en la que estableció que un trato igual para situaciones disímiles no resultaba razonable, y que la razonabilidad era el estándar de acuerdo con el cual debía apreciarse la medida de igualdad o desigualdad– la corporación afirmó que no se podía tratar igual a los menores de 18 años que a los mayores de edad. Aunque desde el punto de vista penal una adolescente mayor de 14 años podía consentir en tener relaciones sexuales, en una materia que no era de índole delictiva no era posible aplicar criterios de responsabilidad penal¹³⁴.
- b) El derecho de propiedad, reconocido en el artículo 19, N° 24 de la Constitución. Según la Corporación, la propiedad podía ejercerse también respecto de derechos. Por ello, se veía afectada desde dos puntos de vista:
 - El derecho que tenían los padres sobre la educación de los hijos, que también se encontraba reconocido en el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Se señaló que la propiedad se ejercía sobre bienes corporales e incorporeales¹³⁵. Se citó la Declaración de los Derechos del Niño, cuyo principio 7° establece: El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación. Dicha responsabilidad incumbía, en primer término, a sus padres;
 - El derecho de la Corporación Municipal de Salud y Educación de la Florida para administrar sus

¹³⁴ Ibid., Garantías constitucionales vulneradas. 1.- Igualdad ante la ley, pp. 20.

¹³⁵ Ibid., Garantías constitucionales vulneradas. 2.- Derecho propiedad, p. 21-38.

consultorios y determinar las políticas correspondientes. En defensa de la autonomía de las municipalidades se invocó la Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades así como la Ley N° 19.378, Estatuto de Atención Primaria de la Salud Municipal. También se citaron dos dictámenes de la Contraloría General de la República sobre las atribuciones del Ministerio de Salud¹³⁶.

- c) La libertad de conciencia, regulada en el artículo 19, N° 6 de la Constitución y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en virtud de la cual los padres, y en su caso los tutores, tenían el derecho a que sus hijos recibieran la educación religiosa y moral y que estuviera de acuerdo con sus propias convicciones¹³⁷. El Estado ni ninguno de sus órganos podía desconocer el derecho de los padres de educar y guiar el desarrollo integral de sus hijos de acuerdo a su propia conciencia, creencia o credo, ámbito dentro del que se encontraba la terminación o evitación del embarazo, los métodos anticonceptivos y la educación sexual integral¹³⁸.
- d) Derecho a la integridad física y psíquica, regulada en el artículo 19, N° 1 de la Constitución. La integridad “comprende el resguardo de la persona, en toda su extensión, al ser completo su cuerpo y alma. Que se encuentran presentes en todos y cada uno de los seres

¹³⁶ Ibid., Garantías constitucionales vulneradas. 2.- Derecho propiedad, b) El derecho de la Corporación Municipal de Educación y Salud de la Florida para administrar sus consultorios y determinar las políticas correspondientes, pp. 27-32.

¹³⁷ Artículo 19 de la Constitución.- La Constitución asegura a todas las personas:

6. La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público (...).

¹³⁸ Zalaquet Said, Pablo, recurso de protección contra la Ministra de Salud, Garantías constitucionales vulneradas, 3. Libertad de conciencia, p. 42.

humanos”¹³⁹. La integridad moral, que formaba parte de la integridad personal, implicaba el derecho de cada ser humano a desarrollar su vida de acuerdo a sus convicciones. La integridad corporal y la salud no eran bienes disponibles. La decisión del Ministerio de Salud de administrar AOE constituía una amenaza a este principio, pues este método anticonceptivo, al no ser suministrado por un médico, iba a ser entregado a personas que presentarían intolerancia a sus componentes o que ignoraban los efectos que tenía dicho fármaco. Por ello, el FDA exigía prescripción médica a las adolescentes¹⁴⁰. Esta política pública traería consigo el aumento del contagio de VIH, pues la población frente a la existencia de este fármaco optaría por su utilización, sin tomar los debidos resguardos para evitar el contagio¹⁴¹. Adicionalmente, se señaló que aún persistían las dudas en un sector de la ciudadanía respecto al carácter abortivo de la AOE, su ingesta podía producir embarazos tubarios, aumentar el riesgo de cáncer y contribuir a propagar enfermedades de transmisión sexual¹⁴².

La Corporación Municipal de Educación y Salud de la Florida, solicitó una medida cautelar (orden de no innovar), a fin de evitar la distribución del anticonceptivo a adolescentes en tanto no se resolviera el recurso de protección. Esa medida fue concedida, apelada por el Ministerio de Salud y revocada a los pocos días.

¹³⁹ Ibid., Garantías constitucionales vulneradas, 4. Derecho a la integridad física y psíquica, p. 45.

¹⁴⁰ Ibid., p. 46.

¹⁴¹ Ibid., p. 47.

¹⁴² Ibid., p. 48.

3.5 Recurso de protección contra la Ministra de Salud para evitar la distribución de AOE a las adolescentes entre 14 y 17 años

El 7 de septiembre de 2006, Cristian Andrés Lagos Fernández y Jorge Eduardo Catalán Riffo, en su calidad de padres de menores entre 14 y 18 años, presentaron un recurso de protección por violación del artículo 19 inciso 2 de la Constitución, que garantiza el legítimo y preferente derecho de los padres para educar a sus hijos, en contra de la Ministra de Salud, al haber autorizado “por la simple vía de decreto”¹⁴³, la entrega de Postinor 2 a menores a partir de los 14 años sin autorización de sus padres o personas adultas a su cuidado; “y en contra de todos aquellos que aparezcan responsables de tal amenaza, perturbación e infracción”¹⁴⁴. Fundamentaron el recurso en el artículo 1 inciso 2) de la Constitución, que establece que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad”, y que es deber del Estado dar protección a la familia y propender al fortalecimiento de ésta¹⁴⁵.

Los demandantes afirmaron que una situación era que a determinada edad las relaciones sexuales “no tengan efectos de índole penal, y otra muy diferente, es que se autorice y legalice una conducta que modifica los normales lazos entre hijos y sus padres y que se encuentran regulados tanto en la Constitución como en variadas leyes contenidas en el Código Civil, la Ley

¹⁴³ Lagos Fernández, Cristian Andrés y Catalán Riffo, Jorge Eduardo, Recurso de protección, p. 1. Se trataba en realidad de la Resolución Exenta N° 584, por las que se aprobaron las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad, que fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional chileno.

¹⁴⁴ Ibid., p. 1.

La demanda también hace referencia al anuncio de la distribución de Postinor 2 a las adolescentes, hecho por la Ministra de Salud el 4 de septiembre de 2006.

¹⁴⁵ Artículo 1 de la Constitución. Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. La familia es el núcleo fundamental de la sociedad (...) Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta (...)

de Menores, en la Ley de Matrimonio Civil y demás que se analizarán”¹⁴⁶.

Los demandantes solicitaron que se dejara “sin efecto la medida o los actos realizados por los recurridos, y se obligue a la autoridad de entregar tal anticonceptivo sólo con la visación, autorización o conocimiento de los padres o tutores legales de los menores ya indicados”¹⁴⁷.

Los recurrentes solicitaron una medida cautelar (orden de no innovar), a fin de evitar la distribución del anticonceptivo a adolescentes en tanto no se resolviera el recurso de protección. Esa medida fue concedida, apelada por el Ministerio de Salud y revocada a los pocos días.

Sentencia de la Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 10 de noviembre de 2006

Los recursos de protección presentados por la Corporación Municipal de Educación y Salud de la Florida así como el presentado por los señores Cristian Andrés Lagos Fernández y Jorge Eduardo Catalán Riffo fueron rechazados por la Quinta Sala de Apelaciones de Santiago, mediante sentencia de 10 de noviembre de 2006.

Dicha sentencia desestimó la alegación de inadmisibilidad de la demanda formulada por la Ministra de Salud, quien sostuvo que la citada corporación municipal no podía formular el recurso de protección por exceder sus competencias. La Quinta Sala de Apelaciones consideró que debía desestimar tal alegación porque no se sustentaba en argumentos relativos

¹⁴⁶ Lagos Fernández, Cristian Andrés y Catalán Riffo, Jorge Eduardo, Recurso de protección, p. 2.

¹⁴⁷ Ibid., p. 6.

al ejercicio de la acción sino con los argumentos relativos al fondo de lo discutido¹⁴⁸.

La Quinta Sala de la Corte de Apelaciones señaló que para que el recurso de protección prosperara había que verificar si los actos de la Ministra de Salud eran ilegales o arbitrarios, y si además afectaban los derechos constitucionales mencionados. En ese sentido, sobre los argumentos de fondo afirmó que:

- a) Las pretensiones basadas exclusivamente en intereses morales, religiosos, sociales o las encaminadas a sustituir decisiones de la administración que no importaran afectación de los derechos de las personas, “no constituyen pretensiones procesales o pertinentes a esta acción cautelar de carácter constitucional puesto que su naturaleza es de otra índole”¹⁴⁹;
- b) No cabía duda de que la autoridad de gobierno tenía facultades legales para desarrollar políticas concernientes al control de la natalidad, como lo hacía desde hace varios años, y tampoco se podía pensar que se trataba de un acto arbitrario, que careciera de fundamentos o de análisis;
- c) No se afectaba el derecho preferente de los padres a educar a sus hijos, pues en materia de sexualidad y regulación de la fertilidad siempre podrían hacerlo de la manera en que les pareciera más adecuada, incluso expresamente podrían formarlos para que no usaran en ninguna circunstancia anticoncepción de emergencia, “sin que su afán de contrariar la política gubernamental pueda acarrearles consecuencia negativa alguna”¹⁵⁰. Tampoco se había probado que los padres no podrían educar preferentemente a sus hijos;
- d) Si bien se citaban en los recursos de protección normas que regulaban las relaciones entre padres e hijos, y aún

¹⁴⁸ Sentencia de la Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 10 de noviembre de 2006, Vistos, 3°, p. 3.

¹⁴⁹ Ibid., Vistos, 4°, p. 4.

¹⁵⁰ Ibid., Vistos, 7°, p. 5.

cuando el Derecho era un sistema, por la naturaleza de dichos recursos, lo único que debía tenerse en cuenta era la eventual afectación de los derechos constitucionales;

- e) En cuanto a la libertad de conciencia, que suponía la posibilidad de sostener creencias sin intervención del Estado, no se advertía cómo podría afectarse con un instructivo sobre fertilidad “que de ningún modo impone a los menores obligaciones relativas a su contenido”¹⁵¹;
- f) El derecho de propiedad, en cualquiera de sus formas, siempre tenía una significación patrimonial, característica que no era predicable respecto del derecho a educar a los hijos. La corporación municipal tampoco tenía el derecho de propiedad sobre la función que desarrollaba, simplemente la ejecutaba;
- g) No se había aportado pruebas que demostraran que se vulneraba la igualdad y la integridad física y síquica. Respecto de la integridad síquica “se han hecho afirmaciones muy generales a este respecto, más bien se han citado opiniones que ni siquiera han sido documentadas”¹⁵²;
- h) No se daba un trato distinto a personas que se encontraban en una misma situación, por tanto no se vulneraba la igualdad. La corte tuvo presente que el anticonceptivo de emergencia se vendía en farmacias con receta médica, por lo cual no se podían identificar razones que justificaran que no fuera proporcionado distribuirlo en el sistema estatal con la intervención de profesionales.

Por las razones expuestas la Quinta Sala de Apelaciones rechazó los recursos de protección presentados contra la Ministra de Salud.

¹⁵¹ Ibid., Vistos, 7°, p. 5.

¹⁵² Ibid., Vistos, 9, p. 6.

Sentencia de la Corte Suprema de 30 de enero de 2007

La Corte Suprema resolvió ambos recursos de protección, después de que el Tribunal Constitucional declarara inconstitucional la Resolución Exenta N° 584, por la que se aprobaron inicialmente las Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad.

La Corte Suprema declaró que omitía pronunciarse sobre los recursos de protección que cuestionaban la Resolución Exenta N° 584, pues ésta ya no existía como acto impugnado, al haber sido declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional. Sólo confirmó la sentencia de 10 de noviembre de 2006, en cuanto a que el recurso de protección no podía prosperar por las declaraciones de la Ministra de Salud a la prensa, ya que “una mera opinión es insuficiente para configurar al menos una amenaza a las garantías constitucionales que se han estimado amagadas por la autoridad recurrida”¹⁵³.

4. Ecuador

4.1 Proceso de amparo para impedir la comercialización del producto dedicado Postinor 2: sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de mayo de 2006

José Fernando Rosero presentó una demanda de amparo constitucional ante el Juez Tercero de lo Civil de Guayaquil, contra el Director del Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical “Leopoldo Izquieta Pérez” y contra el Ministro de Salud, solicitando la suspensión definitiva del otorgamiento del Registro Sanitario para la comercialización y expendio de Postinor 2, pues ponía fin a un embarazo no deseado contra expresas disposiciones constitucionales y penales.

¹⁵³ Sentencia de la Corte Suprema de 30 de enero de 2007, motivo 12, p. 2.

Dicha demanda fue resuelta mediante la Resolución N° 0014-2005-RA de la Tercera Sala del Tribunal Constitucional de Ecuador. De la citada sentencia se desprende que el informe del proceso de registro sanitario del producto Postinor 2, del Instituto Leopoldo Izquieta, fue presentado al proceso judicial. En relación a este documento el Tribunal Constitucional señaló que era muy importante porque contenía información que no se podía soslayar “al provenir del propio órgano emisor del acto que se impugna”¹⁵⁴.

El informe del proceso de registro del Postinor 2/ Levonorgestrel 0.75 mg comprimidos, estaba dividido en tres partes: análisis técnico legal, análisis físico y análisis farmacológico. En esta última parte se indicaba textualmente que el referido fármaco “también puede producir cambios endometriales que dificultan la implantación. No es eficaz iniciado el proceso de implantación”¹⁵⁵.

El Tribunal Constitucional ecuatoriano afirmó que el artículo 49 de la Constitución, ubicado dentro de la sección de grupos vulnerables, establecía en relación a los niños y adolescentes que “[e]l Estado les asegurará y garantizará el derecho a la vida desde su concepción”¹⁵⁶.

Si bien el Tribunal Constitucional admitió que no existía en el ordenamiento jurídico ecuatoriano una norma que definiera cuándo se producía la concepción, afirmó que:

Esta Sala consciente de todo el debate científico y social, no puede aseverar que la concepción se produce desde la fecundación del óvulo, pero tampoco puede estar seguro de lo contrario. Es decir, que en análisis de la presente materia se ha generado una duda razonable que nos obliga en nuestra calidad de jueces constitucionales a realizar la interpretación de la norma contenida en el artículo 49 de la Constitución

¹⁵⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de mayo de 2006, considerando sétimo, p. 4.

¹⁵⁵ Ibid., considerando sétimo, p. 5.

¹⁵⁶ Ibid., considerando octavo, p. 5.

con un alcance a favor de la persona y del derecho a la vida, por disposición del artículo 18 segundo inciso de la Constitución que dice: *En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia (...)*. Se trata pues de aplicar el universal principio del *in dubio pro homine*, esto es que en caso de duda, se debe estar a favor de la persona¹⁵⁷.

Por ello, el Tribunal Constitucional señaló que al analizar el artículo 49 de la Constitución, el juez constitucional debía realizar una interpretación que garantizara la vida del ser humano, desde el momento mismo de su formación, y para ello aún frente a la duda, asumir por prudencia que ella se producía desde la fecundación del óvulo, momento en que se transmitía toda la información genética del ser humano, sin que ella pudiera ser modificada en lo posterior. Por lo tanto, se debía concluir que al actuar el medicamento Postinor 2 en una de sus fases como agente para impedir la implantación del cigoto, es decir, luego de fecundarse el óvulo, se atentaba contra la vida del nuevo ser humano¹⁵⁸.

Hay en la sentencia del Tribunal Constitucional una breve referencia al supuesto conflicto entre los derechos reproductivos de las mujeres¹⁵⁹ y el bien jurídico constitucional de la vida. Como todo conflicto entre principios constitucionales, éste debió resolverse a través de la ponderación, que debe implicar un determinado nivel de argumentación jurídica. No obstante, resolver el supuesto conflicto entre principios constitucionales le tomó al Tribunal un solo párrafo, en el que afirma que “resulta de forma indubitable que en este caso se debe dar prioridad al bien constitucional de la vida, sobre el valor de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y de la

¹⁵⁷ Ibid., considerando décimo, p. 6.

¹⁵⁸ Ibid., considerando duodécimo, p. 7.

¹⁵⁹ La sentencia se refiere a los derechos sexuales y reproductivos. Sobre la conveniencia de tener claro que se trata de derechos distintos véase Villanueva Flores, Rocío, “Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos”, en *Revista IIDH* N° 43, San José, 2006, pp. 393-403.

libertad individual, pues si ninguna persona puede disponer de su propia vida, mal podría decidir sobre la vida ajena o sobre la del que está por nacer. Además que sin el derecho efectivo a la vida, no sería posible el ejercicio de los demás derechos constitucionales”¹⁶⁰.

Adicionalmente, el Tribunal Constitucional ecuatoriano señaló que el Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical “Leopoldo Izquieta Pérez”, de acuerdo a las normas que lo regulaban, no debió limitarse a realizar un análisis técnico del producto sino que debió evaluar sus posibles consecuencias y efectos, razón por la cual se había contravenido el artículo 49 de la Constitución y se amenazaba con causar un grave e irreparable daño a un grupo de seres humanos, imposible de cuantificar¹⁶¹.

Por otro lado, afirmó que en virtud del artículo 95 de la Constitución se permitía presentar la acción de amparo a cualquier persona por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, pues los individuos estaban amparados por los derechos difusos, “que se caracterizan porque no es posible determinar un titular, y por lo tanto ninguna persona ni grupo de personas pueden reclamarlos de forma exclusiva, sino que corresponden a todos los miembros de la sociedad”¹⁶². En el presente caso, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, se trataba de la afectación al derecho a la vida del grupo de seres humanos no nacidos, y no

¹⁶⁰ Ibid., considerando duodécimo, p. 7.

¹⁶¹ Ibid., considerando decimocuarto, p. 8.

¹⁶² Ibid., considerando decimoquinto, p. 9.

Artículo 95 de la Constitución. Cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley. Mediante esta acción, que se tramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave (...).

cuantificables, reconocido en el artículo 23, numeral 1) de la Constitución¹⁶³, amenazado por el consumo del Postinor 2. Por ello, el Estado debía asumir incondicionalmente su protección, garantizando el interés superior de los no nacidos y protegiendo el derecho difuso a la vida desde la concepción¹⁶⁴.

El Tribunal Constitucional ecuatoriano dejó expresa constancia que, con fundamento en esta resolución, era obligación de las autoridades públicas, cuando se tratara de asuntos de su competencia, pronunciarse sobre los efectos dañinos o no de otros productos que hubieran ingresado, ingresaran o pudieran ingresar al mercado para su libre comercialización, que contuvieran levonorgestrel, pues éste producía la imposibilidad de implantación del cigoto. Adicionalmente, indicó que los productos entre cuyos componentes se encontraba el Levonorgestrel y a los que el Instituto Izquierda Pérez hubiera concedido el registro sanitario, “habrían recibido una autorización para comercialización, sobre la base de registros sanitarios que pudieran estar indebidamente concedidos”¹⁶⁵.

En razón a lo expuesto, el Tribunal Constitucional resolvió “conceder la acción de amparo constitucional propuesta por el señor José Fernando Roser Rohde, suspendiendo definitivamente la inscripción de medicamento y certificado de registro sanitario N° 25.848-08-04, del producto Postinor-2/Levonorgestrel 0,75 comprimidos, con una vigencia desde el 5 de agosto de 2004”. En la parte resolutive de la sentencia, el mencionado tribunal también señaló que para el cumplimiento de la resolución el Juez podía hacer uso de todas las medidas

¹⁶³ Artículo 23 de la Constitución. Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:

1. La inviolabilidad de la vida. No hay pena de muerte.

¹⁶⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de mayo de 2006, considerando décimo quinto, p. 11.

¹⁶⁵ Ibid., considerando décimo sexto, p. 12.

legales que fueran menester, incluyendo el auxilio de la fuerza pública.

Debe indicarse que la Defensoría del Pueblo de Ecuador presentó un informe en el presente proceso de amparo. Este informe fue el resultado del trabajo de una comisión de expertos nombrada por la Defensoría del Pueblo, y que se pronunció a favor de la AOE¹⁶⁶. Por otro lado, se presentaron tres informes de *amicus curiae* por el Comité de América Latina y El Caribe para la Defensa de los Derechos de las Mujeres (CLADEM), por el Centro de Derechos Reproductivos de Nueva York, y por un grupo de abogados independientes, respectivamente. Sin embargo, la referida sentencia del Tribunal Constitucional de Ecuador no hace ninguna referencia a estos documentos.

El recurso de aclaración y ampliación de la Resolución N° 014-2005-RA

Después de dictada la sentencia, el abogado Fernando Roser Rohde, así como las representantes de la organización CEPAM, Quito, CLADEM y del Consejo Nacional de la Mujer (CONAMU), presentaron recursos de aclaración y ampliación de la Resolución N° 0014-2005-RA. En el caso del demandante, solicitó que el Tribunal Constitucional se pronunciara sobre la inconstitucionalidad de los registros sanitarios de los otros productos que contienen levonorgestrel. Sin embargo, el 6 de junio de 2006, la Tercera Sala del Tribunal Constitucional señaló que la aclaración de una resolución procedía cuando ésta fuera oscura, y la ampliación cuando no hubiera resuelto alguno de los puntos controvertidos, siendo la resolución emitida clara y completa. Por lo tanto, la pretensión del demandante de modificar la sentencia del

¹⁶⁶ La comisión estuvo conformada por Virginia Gómez de la Torre, Directora Ejecutiva del Centro Ecuatoriano para la Promoción y Acción de la Mujer (CEPAM), Geny Londoño, integrante de la Coordinadora Política de Mujeres Ecuatorianas, doctor Andrés Calle, Vice Presidente de la Federación Latinoamericana de Sociedades de Obstetricia y Ginecología (FLASOG) y la doctora Lola Valladares, abogada especialista en temas de derechos de las mujeres.

Tribunal Constitucional –a través de un escrito de aclaración y ampliación– no fue admitida pues según la Tercera Sala no podía resolver sobre los registros sanitarios de otros productos ya que no conocía sus particularidades, habiéndose limitado a llamar la atención de las autoridades públicas para que, dentro del ámbito de sus competencias, se pronunciaran sobre los posibles efectos dañinos que pudieran ocasionar. El Tribunal Constitucional afirmó que no podía sobrepasar lo impugnado, que en el caso había sido el Registro Sanitario del producto Postinor 2.

5. México

5.1 Recurso de atracción para conocer una demanda de amparo presentada contra la disposición que modificó la norma que regula los servicios de planificación familiar, para incluir la anticoncepción oral de emergencia: sentencia de la Suprema Corte de Justicia de 27 de octubre de 2006

La facultad de atracción está regulada en el artículo 107°, fracción V, último párrafo de la Constitución mexicana así como en los artículos 182°, fracción III de la Ley de Amparo y 21°, fracción III, inciso b) de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Estos artículos establecen que la Suprema Corte de Justicia podrá resolver asuntos de competencia de los Tribunales Colegiados, siempre que estos asuntos tengan importancia y trascendencia de índole legal, y que dada su relevancia, novedad o complejidad, requieran de un pronunciamiento del máximo tribunal del país.

El 27 de octubre de 2005 el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de México, determinó no “ejercer la facultad de atracción para conocer y resolver el recurso de revisión 37/2005”. Dicho recurso de revisión se originó porque un juez de distrito sobreseyó el juicio iniciado a propósito de una demanda de amparo presentada con ocasión de la modificación

a la Norma NOM-055-SSA2-1993, que regula los servicios de planificación familiar, que incluyó a la AOE como método anticonceptivo¹⁶⁷. La disposición legal había sido publicada en el Diario Oficial de la Federación el 21 de enero de 2005. La demanda fue presentada por varias personas naturales y una persona jurídica.

El juez de distrito argumentó que los demandantes no habían acreditado interés jurídico en el asunto, además de no presentarse un agravio actual, personal y directo para los quejosos, razón por la cual resolvió el sobreseimiento. Por ello, los demandantes solicitaron a un Tribunal Colegiado de Circuito que revisara tal sobreseimiento. A su vez, el mencionado tribunal remitió el asunto a la Suprema Corte, solicitando el ejercicio de la facultad de atracción.

La mayoría de los ministros de la Suprema Corte de Justicia opinaron que las causas de improcedencia que se discutían en el presente caso y que concernían al interés jurídico, a la falta de agravio directo del quejoso así como a la naturaleza de la disposición reclamada (si se trataba de una norma general autoaplicativa o heteroaplicativa) habían sido ampliamente estudiados por la Suprema Corte de Justicia y se contaba con criterios muy definidos al respecto, por lo que no se justificaba ejercer la facultad de atracción.

Si bien el ministro ponente (ministro Juan Díaz Romero) elaboró un proyecto de acuerdo admitiendo el recurso de atracción, la opinión de la mayor parte del pleno fue rechazarlo.

¹⁶⁷ Artículo 103 de la Constitución. Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

I. Por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales.

Artículo 107, fracción IV, de la Constitución. En la materia administrativa el amparo procede, además, contra resoluciones que causen agravio no reparable, mediante algún recurso, juicio o medio de defensa legal (...).

Por siete votos contra uno, el tribunal pleno de la Suprema Corte de Justicia determinó no ejercer la facultad de atracción para conocer y resolver el recurso de revisión 37/2005 del índice del Sexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito.

6. Perú

6.1 Demanda de cumplimiento para exigir que el Ministerio de Salud distribuya AOE: sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de noviembre de 2006

Mediante Resolución Ministerial N° 399-2001-SA/DM, publicada el 17 de julio de 2001, se incorporó la AOE en el Programa de Planificación Familiar, disponiéndose a partir de entonces su distribución gratuita a través de los establecimientos del Ministerio de Salud. Esta resolución ministerial modificó las Normas de Planificación Familiar aprobadas por Resolución Ministerial N° 465-99-SA/DM.

En el Perú, la AOE se vende en farmacias desde el 2002 habiendo concedido la DIGEMID 15 registros sanitarios a distintas marcas de AOE. Se calcula que, al 30 de septiembre de 2006, se había vendido en boticas y farmacias del sector privado aproximadamente un millón setecientas catorce mil doscientas ochenta dosis de las distintas marcas de anticoncepción oral de emergencia¹⁶⁸.

En cambio, la orden para distribuir gratuitamente AOE a través de los establecimientos públicos sólo se dio en el 2004. Sin embargo, dada la controversia judicial los centros de salud del Estado no distribuían gratuitamente AOE.

¹⁶⁸ Datos obtenidos de la Asociación Peruana para la Prevención de Embarazos No Deseados (APPRENDE), octubre 2006.

La demanda de cumplimiento

En el 2002, Susana Chávez junto a un grupo de mujeres peruanas presentó una demanda de cumplimiento contra el Ministerio de Salud para que, en aplicación de las Normas de Planificación Familiar, distribuyera gratuitamente anticoncepción oral de emergencia, previa información a las usuarias¹⁶⁹.

Las mencionadas mujeres adujeron que las Normas de Planificación Familiar aprobadas por Resolución Ministerial N° 465-99-SA/DM, modificada por Resolución Ministerial 399-2001-SA/DM, incorporaban la anticoncepción oral de emergencia como método anticonceptivo, a pesar de lo cual el Ministerio de Salud no había cumplido con distribuir el citado anticonceptivo. Durante el proceso judicial, dichas resoluciones ministeriales fueron tácitamente derogadas por la Norma Técnica de Planificación Familiar, aprobada por Resolución Ministerial N° 536-2005/MINSA, que también incorpora la AOE.

Asimismo, las demandantes señalaron que las mujeres con recursos económicos podían acceder al mencionado anticonceptivo en los servicios privados de salud, mientras que a quienes no contaban con dichos recursos se les negaba tal acceso, al estar impedidas de obtener gratuitamente el anticonceptivo en los servicios estatales de planificación familiar. Ello configuraba una situación discriminatoria para las mujeres más pobres.

El Ministerio de Salud contestó la demanda sosteniendo, principalmente, que no se había distribuido anticoncepción oral de emergencia porque existía incertidumbre científica respecto a los mecanismos de acción, sus contraindicaciones eran numerosas y podía provocar reacciones adversas de

¹⁶⁹ El artículo 200 inciso 6) de la Constitución peruana regula la demanda de cumplimiento, “que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo (...)”. Véase también la Ley N° 28237, que aprueba el Código Procesal Constitucional.

moderada intensidad. Por ello, el Ministerio de Salud afirmó que antes de propender a su utilización había solicitado información técnica adecuada puesto que el producto requería de un alto nivel de información para ser utilizado en forma segura. En consecuencia, para el Ministerio de Salud no existía incumplimiento o inercia de su parte, sino más bien cautela y mesura en su implementación¹⁷⁰.

¹⁷⁰ Cabe señalar que el 12 de septiembre de 2003 el ex Ministro de Salud, doctor Álvaro Vidal Rivadeneyra constituyó mediante Resolución Suprema N° 007-2003-SA, una Comisión de Alto Nivel, constituida por 14 instituciones. Dicha comisión tuvo como objeto emitir un informe científico-médico y jurídico sobre la anticoncepción oral de emergencia. El mencionado informe, de 9 de diciembre de 2003, concluyó lo siguiente:

La evidencia científica actual ha establecido claramente que los mecanismos de acción de la AOE 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.

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 oral de emergencia.

La AOE, incorporada a las Normas de Planificación Familiar mediante Resolución Ministerial N° 399-2001-SA/DM, posee pleno sustento constitucional y legal.

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 de todo el país con el correspondiente registro sanitario.

El informe de la Comisión de Alto Nivel fue suscrito por 11 de los 14 representantes que integraron dicha comisión: los/las representantes del Ministro de Salud, de la Ministra de la Mujer y Desarrollo Social, del Defensor del Pueblo, del Decano del Colegio Médico del Perú, de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, del Presidente de la Academia Peruana de Salud, del Presidente de la Sociedad Peruana de Obstetricia y Ginecología, del Presidente de la Sociedad Peruana de Fertilidad Matrimonial así como de la Academia Nacional de Medicina. Igualmente, suscriben el informe el Decano del Colegio de Abogados de Lima y el Presidente de la Asociación Peruana de Facultades de Medicina. Inicialmente no suscribieron el informe el Ministerio de Justicia, la Conferencia Episcopal Peruana y la Pontificia Universidad Católica del Perú. Posteriormente, el Ministerio de Justicia cambió de posición, y mediante Oficio N° 516-2004-JUS/DM, de 10 de junio de 2004, que el ex Ministro de Justicia, doctor Baldo Kresalja, envió a la entonces Ministra de Salud, doctora Pilar Mazzetti, afirmó que si el estado actual de la medicina había determinado que los únicos

La demanda fue declarada mediante sentencia de 16 de junio de 2004, expedida por la Jueza del Séptimo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima. Dicha sentencia ordenó que el Ministerio de Salud cumpliera con lo establecido en la Resolución Ministerial N° 465-99-SA/DM, Normas de Planificación Familiar, y garantizara la provisión e información de la anticoncepción oral de emergencia, incorporada por la Resolución Ministerial N° 399-2001-SA/DM, en todos los establecimientos de salud a su cargo. Cabe señalar que la citada sentencia no analizó los mecanismos de acción de la anticoncepción oral de emergencia ni la situación de discriminación que se generaba por el hecho de que las mujeres con determinados recursos podían adquirirla en cualquier farmacia del país.

La sentencia fue apelada por la Procuradora del Ministerio de Salud. La Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Lima resolvió la apelación planteada declarando la sustracción de la materia y, sin pronunciarse sobre el fondo, dispuso el archivamiento de la causa. La mencionada Sala, mediante sentencia de 23 de mayo de 2006, estimó que mediante la Resolución Ministerial N° 536-2005-MINSA, de 18 de julio de 2005, se había dejado sin efecto la Resolución Ministerial N° 465-99-SA/DM, al haberse aprobado la Norma Técnica de Planificación Familiar (NT N° 032-MINSA/DGSP-V01). En consecuencia, la Tercera Sala Civil concluyó que no existía un mandato vigente para distribuir AOE, requisito indispensable para que la demanda de cumplimiento fuera amparada.

efectos de la AOE hormonal eran anticonceptivos y si existían estudios suficientes y actuales que demostraban que no ocasionaba cambios en el endometrio que impidieran la anidación o la implantación, podía concluirse que se trataba de un método no abortivo y que su inclusión en las Normas del Programa Nacional de Planificación Familiar era constitucional.

El informe de la Comisión de Alto Nivel, se publicó como anexo del Informe Defensorial N° 78, La anticoncepción oral de emergencia, op. cit., pp. 79-84.

La sentencia del Tribunal Constitucional

Las demandantes presentaron un recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional. Mediante sentencia de 13 de noviembre de 2006; el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda de cumplimiento presentada por Susana Chávez y otras mujeres para exigir al Ministerio de Salud que distribuyera gratuitamente anticoncepción oral de emergencia. Afirmó que, en atención a lo dispuesto por la Resolución Ministerial N° 536-2005 MINSA, desde el punto de vista material o sustancial, el mandato de distribuir gratuitamente AOE seguía vigente porque la nueva norma mantenía el mandato establecido en la Resolución Ministerial N° 399-2001-SA/DM.

Antes de emitir sentencia, el Tribunal Constitucional recibió informes de *amicus curiae* de la Organización Mundial de la Salud y del Fondo de Población de Naciones Unidas. El informe de la OMS se centró en el carácter no abortivo de la AOE y el del UNFPA abordó el tema del acceso a la AOE desde la perspectiva de los derechos humanos, haciendo referencia a los tratados internacionales sobre derechos humanos de Naciones Unidas, a la interpretación que sobre ellos había realizado el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el Comité CEDAW y el Comité de los Derechos del Niño, así como a lo señalado por la Plataforma de Acción de El Cairo,

Asimismo, presentaron informes de *amicus curiae* la Defensoría del Pueblo, el Colegio Médico del Perú así como la Sociedad Peruana de Ginecología y Obstetricia. Todas las organizaciones e instituciones citadas coincidieron en un punto: la AOE actúa antes de la fecundación y no es abortiva. De todos estos informes da cuenta la sentencia del Tribunal Constitucional¹⁷¹.

Igualmente, antes de resolver, el Tribunal Constitucional consideró oportuno pedir opinión sobre la anticoncepción oral

¹⁷¹ Sentencia de 13 de noviembre de 2006, Expediente N° 7435-2006-PC/TC, Antecedentes, h) Posiciones institucionales sobre AOE, pp. 4-6.

de emergencia a la Iglesia Católica, a la Iglesia de Jesucristo de los Últimos Días y a la Asociación de los Testigos de Jehová, si bien afirmó el carácter laico del Estado peruano¹⁷². Cabe indicar que mientras la sentencia del Tribunal Constitucional hace referencia a las cartas de respuesta de las dos últimas iglesias mencionadas, no hay ninguna referencia a que la Iglesia Católica hubiera mandado una comunicación de respuesta al pedido del Tribunal Constitucional. Quizá por ello el citado tribunal simplemente consiga pasajes de la Encíclica *Evangelium vitae*, del Papa Juan Pablo II, de 25 de marzo de 1995. En cambio, de la lectura de la sentencia se aprecia claramente que la Iglesia de Jesucristo de los Últimos Días, en respuesta al pedido del Tribunal Constitucional, señaló que sus autoridades eclesiásticas habían aconsejado a sus miembros que “sólo bajo inusuales y extenuantes circunstancias, el uso de este método anticonceptivo puede ser justificado”¹⁷³, circunstancias como la violación o el incesto. Por su parte, la Asociación de los Testigos de Jehová contestó que como organización, “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”¹⁷⁴.

Teniendo en cuenta los diversos informes de *amicus curiae* así como las opiniones de las instituciones involucradas, el Tribunal Constitucional señaló que se había determinado que los efectos de la AOE son anticonceptivos¹⁷⁵. Además, el Tribunal Constitucional sostuvo que las demandantes habían probado que el Ministerio de Salud “no cumple el mandato

¹⁷² Ibid., Antecedentes, h.4) Posiciones institucionales de las Iglesias, pp. 7-9.

¹⁷³ Ibid., p. 8.

¹⁷⁴ Ibid., p. 9.

¹⁷⁵ Ibid., Fundamento 3, Análisis del caso concreto, p. 14.

de poner permanentemente a disposición de las ciudadanas y ciudadanos los insumos del AOE de manera gratuita, al igual que otros métodos anticonceptivos”¹⁷⁶. Por ello, declaró fundada la demanda de cumplimiento, indicando que el Ministerio de Salud debía cumplir con las normas que lo obligaban a poner la información sobre AOE al alcance de los ciudadanos y a distribuir dicho anticonceptivo gratuitamente.

¹⁷⁶ Ibid., p. 14.

Capítulo III

Procesos judiciales en trámite contra la AOE

1. Argentina¹⁷⁷

1.1 Demanda de amparo para que se declare la inconstitucionalidad de varios artículos de la Ley N° 25.673, que crea el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable

“Mujeres por la Vida”, asociación civil sin fines de lucro, filial Córdoba, representada por Cristina González de Delgado, ha presentado una demanda de amparo contra el Estado Nacional, solicitando que se notifique al Presidente de la Nación y al Ministro de Salud, con el objeto de que se declare la inaplicabilidad en todo el territorio de la República argentina la Ley Nacional N° 25.673, que crea el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, debiendo para ello declarar la inconstitucionalidad de varios de los artículos de dicha ley. Como fundamento invoca la violación del derecho a la vida, del derecho a la salud y del derecho de los padres y representantes legales a la educación de sus hijos menores de edad e incapaces, todos estos derechos con rango constitucional.

¹⁷⁷ En este trabajo se hace referencia a dos procesos judiciales sobre AOE en curso. Sin embargo, hay dos procesos más en sendas provincias de la Patagonia argentina. En el año 2007 se ha presentado una demanda en la provincia de Tierra de Fuego, en la que el defensor oficial, en defensa de los niños por nacer, ha presentado una demanda de amparo, y una jueza provincial ha dictado una medida cautelar suspendiendo la prescripción y distribución de levonorgestrel 1.5 mg. Las autoridades de la provincia y de la Nación (Ministerio de Salud) han apelado esta decisión, por lo que el proceso judicial debe pasar a la justicia federal. Además, hay otro proceso en Río Negro contra la ley de dicha provincia que dispone la distribución de AOE en los servicios de salud públicos.

Es importante destacar que el 8 de marzo de 2007 el Ministerio de Salud lanzó oficialmente la distribución gratuita en todo el país de levonorgestrel en sus dos presentaciones.

La demanda fue presentada dentro de los quince días de entrada en vigencia de la Ley N° 25.673.

Entre los artículos cuya inconstitucionalidad se cuestiona se encuentra el artículo 6 b), que estatuye:

La transformación del modelo de atención se implementará reforzando la calidad y cobertura de los servicios de salud para dar respuestas eficaces sobre salud sexual y procreación responsable. A dichos fines se deberá:

b) A demanda de los beneficiarios y sobre la base de estudios previos, prescribir y suministrar los métodos y elementos anticonceptivos que deberán ser de carácter reversible¹⁷⁸, no abortivos y transitorios, respetando los criterios o convicciones de sus destinatarios, *salvo contraindicación médica específica y previa información brindada sobre las ventajas y desventajas de los métodos naturales y aquellos aprobados por la ANMAT* (destacado nuestro).

La demandante cita la sentencia expedida en el caso Portal de Belén para señalar que, de acuerdo con la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “todo método que impida el anidamiento debería ser considerado como abortivo” (fundamento 10), y “que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva” (fundamento 12). Por lo tanto, sostiene que la Ley N° 25.673 incluye la distribución de métodos abortivos cuando han sido autorizados por ANMAT, como la píldora “Imediat N” o “Norgestrel Max”, a pesar de haber sido prohibidos por la Corte Suprema. Adjunta el prospecto del Imediat N y publicidad del fármaco Norgestrel Max.

En cuanto a la violación del derecho a la salud la demandante señala que el embarazo no es una enfermedad, por lo que su prevención no es un acto médico (los médicos sólo previenen enfermedades), y que “todos los contraceptivos

¹⁷⁸ Mediante Ley N° 26.130, de 9 de agosto de 2006, se ha establecido que las personas mayores de edad pueden acceder a la ligadura de trompas o a la vasectomía en los servicios del sistema de salud.

tienen contraindicaciones y provocan efectos secundarios tan graves que, en algunos casos, llegan a la muerte de las usuarias”¹⁷⁹. Asimismo, la demanda de amparo incluye cifras sobre la situación del sector salud en Argentina, para señalar que no está justificado desviar recursos para planificación familiar, cuando deberían ser destinados a la “prevención y cura de enfermedades verdaderas”¹⁸⁰.

Esta demanda pretende no solamente evitar la distribución de AOE sino de todos los anticonceptivos orales y de los dispositivos intrauterinos. Para demostrar el daño a la salud de los anticonceptivos orales, adjunta el prospecto de “Tridette” en el que se hace referencia a diversos efectos secundarios y se señala que antes de iniciar el tratamiento se debe efectuar un examen ginecológico y que cada seis meses se debe repetir el control médico. Mujeres por la Vida se pregunta: en la situación de colapso de la medicina en Argentina, ¿quién garantizará el examen ginecológico semestral? Por otro lado, se adjunta el folleto del DIU ParaGard, donde se lee “la perforación y sus complicaciones pueden requerir cirugía y, en algunos casos, llevar a enfermedades graves o producir la muerte”¹⁸¹.

En cuanto al derecho a la patria potestad en materia de educación y planificación familiar, la demandante señala que ese derecho, con rango constitucional, ha sido “eliminado brutalmente por la Ley N° 25.673, reemplazando a los padres por el Estado Nacional, las provincias y municipios, el sistema educativo de gestión pública y privada, y la totalidad del sistema sanitario-público, de las obras sociales y privado”¹⁸².

¹⁷⁹ Mujeres por la Vida, Acción de amparo, medida cautelar, IV. Legitimación activa. Derechos constitucionales vulnerados, d. 2. El derecho a la salud, p. 9.

¹⁸⁰ Ibid., p. 9.

¹⁸¹ Ibid., d.2. El derecho a la salud. Daños de los dispositivos intrauterinos, p. 13.

¹⁸² Ibid., VI. Ilegalidad y arbitrariedad manifiesta, p. 25.

Mujeres por la Vida solicitó una medida cautelar de suspensión de la ejecución del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable en todo el territorio de la República argentina, en tanto se dictara sentencia definitiva en el proceso de amparo.

Mediante resolución de 30 de diciembre de 2002, la juez federal de primera instancia concedió la medida cautelar. Esta resolución fue apelada por el abogado del Estado, cuestionando la legitimación procesal de la demandante y por considerar, entre otros, que la citada resolución era arbitraria. La sentencia 593, de fecha 19 de marzo de 2003, de la Cámara Federal de Apelaciones revocó la medida cautelar y rechazó *in limine* la acción promovida por Mujeres por la Vida, atendiendo a su manifiesta falta de legitimación activa, por la improcedencia de la vía de amparo y por la inexistencia de ilegalidad o inconstitucionalidad manifiesta de la Ley N° 25.675.

A su vez, Mujeres por la Vida apeló ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación la referida sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones, pero sólo en la parte relativa al rechazo *in limine* de la acción de amparo (no en cuanto a la revocación de la medida cautelar).

A través de la resolución de 31 de octubre de 2006, la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó la sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones, lo que implica que es admisible la demanda de amparo de Mujeres por la Vida y que el proceso continúa.

1.2 Demanda de amparo para revocar las autorizaciones, prohibir la fabricación, distribución y comercialización de todos los fármacos o anticonceptivos orales, inyectables y dispositivos intrauterinos, ordenando el decomisado y destrucción de los productos o ejemplares que se encuentren en todos los lugares del país

La “Fundación 25 de marzo”, representada por el sacerdote católico, Fernando Altamira, presentó una demanda de amparo

en la ciudad de Córdoba, contra el Ministerio de Salud y Acción Social para:

- a) Revocar las autorizaciones, prohibir la fabricación, distribución y comercialización de todos los fármacos o anticonceptivos orales, inyectables y dispositivos intrauterinos, ordenando el decomisado y destrucción de los productos o ejemplares que se encuentren en todos los lugares del país;
- b) Ordenar que el Ministerio de Salud “desactive, anule y prohíba para siempre todo programa de anticoncepción de emergencia en cualquier institución nacional de salud, así como las drogas utilizadas para esos fines”¹⁸³;
- c) Declarar la inconstitucionalidad de todo programa de anticoncepción de emergencia que exista o que pudiera existir en el futuro.

Según lo señalado en la demanda, los estatutos de la Fundación 25 de marzo, establecen que ésta puede “fomentar la familia numerosa, entre otros medios a través de la educación en todos sus niveles, enseñanza de los sanos principios de la moral, lucha contra las esterilizaciones, resaltar el fin primario del matrimonio, etc.”¹⁸⁴ así como “propender a la protección de los llamados derechos de incidencia colectiva en los términos del Art. 43 de la Constitución Nacional que de alguna manera se relacionen con el objeto social, los valores y principios católicos, el Derecho Natural, y el bien común de la patria”¹⁸⁵.

La demandante sostiene que todo anticonceptivo es también abortivo, por lo tanto se vulnera la Constitución Nacional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño, el Código Civil y el

¹⁸³ Fundación 25 de Marzo, demanda de amparo contra el Ministerio de Salud y Acción Social, I) Primera parte: aspectos formales y procesales, B) Demanda y objeto de la presente, p. 2.

¹⁸⁴ Ibid., E) Legitimación activa, p. 3.

¹⁸⁵ Ibid., p. 3.

Código Penal. Además, afirma que se atenta contra la ley de Dios, según la cual se protege la vida desde la concepción y contra el Derecho Natural, puesto “que la finalidad primera y principal del matrimonio es la procreación de los hijos y no la anticoncepción y el aborto”¹⁸⁶. La simple posibilidad de riesgo de aborto exige aplicar el principio *indubio pro vita*.

En la demanda se cita la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, expedida en el caso Portal de Belén, que señaló que todo método que impidiera el anidamiento debía ser considerado como abortivo. Asimismo, se señala que el Laboratorio Gabor admitió, en una presentación ante la Cámara Federal de Córdoba, que los efectos abortivos se dan en todos los anticonceptivos.

La demanda hace referencia a cuatro efectos de las píldoras anticonceptivas y de los inyectables, sosteniendo que algunos son anticonceptivos y otros abortivos, pero los mismos no son dissociables. Los supuestos efectos son los siguientes:

- a) Inhibir la ovulación, efecto que de acuerdo con la FDA se daría, tratándose de los anticonceptivos de solo progestágeno, en la mitad de las mujeres;
- b) Espesar el moco cervical, que es simultáneamente anticonceptivo y abortivo pues el espermatozoide puede fecundar al óvulo con retraso y llegar al endometrio ya muerto o cuando ya no es receptivo para la implantación;
- c) El factor tubárico, que es también anticonceptivo y abortivo, y “consiste en la modificación —a causa de esas sustancias— del normal funcionamiento de las trompas de Falopio, cuyo movimiento natural (si se quiere: a modo de aspiradora) ayuda al desplazamiento del óvulo para que se dé la concepción dentro de los plazos previstos por Dios, y, luego de la fecundación, para que el niño concebido (óvulo fecundado) sea dirigido también dentro de los plazos na-

¹⁸⁶ Ibid., II) Segunda parte: la cuestión de fondo o sustancial: todo anticonceptivo es también abortivo (lo mismo vale para los DIU, pero en mayor grado aún), A) Ordenamientos jurídicos conculcados, p. 11.

turales hacia el endometrio y se anide”¹⁸⁷(...). “El óvulo fecundado, o llegará al endometrio ya muerto, o a punto de morir y cuando ya no es apto para implantarse, y/o cuando el endometrio ya no es receptivo para impedir la anidación”¹⁸⁸;

- d) El factor endometrial, que consiste en impedir que el óvulo fecundado se implante en el endometrio, por lo cual es un método puramente abortivo.

A estos cuatro efectos, la Fundación 25 de marzo, añade el “factor sobre el cuerpo lúteo”¹⁸⁹, al que atribuye un efecto abortivo post anidación, pues las drogas anticonceptivas impiden que el cuerpo lúteo desarrolle normalmente sus funciones, atentando contra la continuidad del embarazo, siendo la nueva vida abortada por desprenderse del tejido endometrial.

La demanda también contiene acápites dedicados a cómo actúan los modelos de DIU, cómo actúa la anticoncepción de emergencia, cuándo empieza la vida de las personas, daño al bien común de la patria, e incluye una breve crítica a la definición de embarazo de la OMS.

La jueza dictó una medida cautelar suspendiendo la venta de todos los anticonceptivos orales y del DIU mientras se sustanciaba el proceso, pero bajo la condición de que veinte abogados con matrícula federal prestaran caución juratoria, lo que nunca se logró. Actualmente, la causa está en período de prueba. El Ministerio de Salud citó como tercero a ANMAT También se han presentado todos los laboratorios involucrados.

¹⁸⁷ Ibid., D) Cómo actúan todos los anticonceptivos (drogas anticonceptivas), 6), p. 15.

¹⁸⁸ Ibid., p. 15.

¹⁸⁹ Ibid., 6 bis, p. 15.

2. Colombia

2.1 Demanda de nulidad de la Resolución 266285 de Instituto Nacional de Medicamentos y Alimentos INVIMA, por la cual se concede el registro sanitario de Postinor 2

En junio de 2002 el señor Carlos Humberto Gómez Arámbula presentó una demanda de nulidad contra la Resolución 266285, de 14 de septiembre de 2000, del Ministerio de Salud-Instituto Nacional de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, por la cual se había concedido el registro sanitario por el término de 10 años al producto Postinor 2, a solicitud del importador Asociación Probienestar de la Familia Colombiana PROFAMILIA.

La demanda fue presentada ante el Consejo de Estado. El demandado fue el INVIMA mientras que la Asociación Probienestar de la Familia Colombiana PROFAMILIA fue declarada tercero con interés.

El demandante ha afirmado que la Resolución 266285 vulnera el preámbulo así como los artículos 1°, 11°, 13°, 14° y 16° de la Constitución; el artículo 3° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 4° de la Convención sobre Derechos Humanos; el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño; el artículo 91° del Código Civil y el artículo 3° del Código del Menor.

El señor Carlos Humberto Gómez Arámbula afirma que la fecundación se produce aproximadamente tres minutos después del acto sexual¹⁹⁰. Además, sostiene que al autorizar la venta del producto Postinor 2, que produce aborto, se aumenta “la comisión del mismo porque elimina una barrera que existe en la mente humana, pues aunque prohibido por la Ley Divina el delito es permitido por la Ley del Hombre y

¹⁹⁰Gómez Arámbula, Carlos Alberto, Demanda de nulidad. Concepto de violación, p. 2.

ante el proceso de secularización que se está viendo en nuestra sociedad, están sacando a Dios de todos los campos, se verá que tranquilamente sin ningún remordimiento de conciencia se elimine una vida humana (...)"¹⁹¹. También afirma que uno de los objetivos básicos buscados por la Asamblea Nacional Constituyente al promulgar la Constitución de 1991, fue asegurar a sus integrantes la vida (preámbulo), que era "un bien dado por Dios, y por ello, el hombre no puede limitar su término, tal y como lo quiere el acto administrativo demandado, pues la vida aparece desde el momento mismo en que se unen el espermatozoide masculino y el óvulo femenino, minutos después del acto sexual, como lo ha determinado la ciencia médica"¹⁹². Asimismo, el demandante citó la Carta Encíclica "El evangelio de la vida" del Papa Juan Pablo II.

El demandante solicitó, como medio de prueba, que se oficiara al Instituto de Medicina Legal para que emitiera opinión en relación a si el Postinor 2: a) actuaba después de la unión entre el espermatozoide y el óvulo, b) impedía que se anidara o implantara el embrión humano en el útero materno, y c) dañaba o daba muerte al embrión humano¹⁹³.

El 5 de agosto de 2004 el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, emitió su informe señalando que el medicamento Postinor 2 tenía varios niveles de acción.

Primero disminuye la financia del moco vaginal y cervical lo cual dificulta el ascenso del espermatozoide hasta el tercio medio de la trompa de Falopio sitio donde se lleva a cabo la fecundación. Segundo disminuye la contractilidad dentro de ésta, dificultando su encuentro. Por último el levonorgestrel cambia la superficie del endometrio haciéndolo hostil para la implantación. El levonorgestrel no causa ningún daño directo al embrión humano. Valga decir que en estudios realizados en mujeres que han utilizado este método, pruebas

¹⁹¹ Ibid., p. 3.

¹⁹² Ibid., p. 4.

¹⁹³ Ibid., Pruebas, p. 16.

de embarazo de alta sensibilidad son reportadas negativas lo que indica que no se ha producido el embarazo, luego no ha habido aborto¹⁹⁴.

Por su parte PROFAMILIA señala que no es posible el juicio de legalidad de un acto administrativo a partir de cánones religiosos, sino a la luz de argumentos netamente jurídicos. Como sustento del uso de la anticoncepción oral de emergencia, PROFAMILIA invocó las disposiciones constitucionales que protegen la dignidad y los derechos fundamentales de la mujer (artículos 1° y 5°), la que establece la obligación del Estado de proteger el pleno ejercicio de sus derechos (artículo 2°), la que prohíbe toda discriminación contra la mujer así como las que reconocen la igualdad de derechos y oportunidades a hombres y mujeres (artículo 43°) y el derecho a decidir cuándo y cuántos hijos tener (artículo 42°). Adicionalmente, invocó el artículo 15° inciso b) del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que reconoce el derecho de toda persona a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones, e hizo referencia a la Observación General N° 14, el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales así como a las Recomendaciones Generales N° 19 (La violencia contra la mujer), 21 (La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares) y 24 (La mujer y la salud) del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer¹⁹⁵.

PROFAMILIA, en atención a lo señalado por el Instituto Colombiano de Medicina Legal y Ciencias Forenses, ha afirmado que estaba probado que el Postinor 2 no era abortivo.

Además de citar textualmente el informe del Instituto Colombiano de Medicina Legal y Ciencias Forenses, PROFAMILIA hace referencia a las siguientes opiniones

¹⁹⁴ Informe del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, 5 de agosto de 2004.

¹⁹⁵ PROFAMILIA, Alegatos de conclusión. Fundamento jurídico y fáctico 3-7.

de personas e instituciones sobre la anticoncepción oral de emergencia:

- a) La Academia Colombiana de Medicina, que mediante escrito de 20 de setiembre de 2004 afirmó:

En el debate sobre los mecanismos de acción de la anticoncepción de emergencia hormonal, quienes se oponen al uso de este método han dicho que la AE impide la implantación del embrión, que puede afectar el desarrollo del embrión preimplantacional y que induce al aborto.

Estas afirmaciones son incorrectas y no hay evidencia científica que las apoye. Lo que dicen los resultados de las investigaciones pueden resumirse así:

- El mecanismo de acción demostrado para la anticoncepción de emergencia hormonal es la inhibición de la ovulación, lo que se ha observado tanto en la mujer como en la mona y la rata. Además es posible que el LNG inhiba la penetración y la capacitación de los espermatozoides en el tracto genital de la mujer.

- No se han encontrado alteraciones del endometrio en mujeres tratadas con LNG, en las dosis usadas para anticoncepción de emergencia. (...) ¹⁹⁶.

- b) El doctor Efraím Otero Ruiz, médico cirujano de la Universidad Javeriana, especializado en Endocrinología en las Universidades de Columbia (New York) y California (Berkeley), ex Ministro de Salud Pública (1986), ex director de COLCIENCIAS (1973-1983) y ex Presidente de la Academia Nacional de Medicina (1990-1992), quien señaló en un escrito de 11 de noviembre de 2004 que:

(...) Los numerosos estudios por eminentes colegas de los Estados Unidos y de todo el continente, especialmente los de Croxatto en la Universidad Católica de Santiago (Chile), publicados en 2004 en la Revista *Human Reproduction*

¹⁹⁶ Ibid., p. 9.

concluyen acertadamente, después de cuidadosos experimentos en primates, que “estos hallazgos no respaldan la hipótesis que la contracepción de emergencia con levonorgestrel previene el embarazo al interferir con los eventos post fertilización”, en otras palabras, que no actúa como abortivo. Lo mismo han confirmado los estudios de Luis Valladares, Jefe de Laboratorio de Hormonas y Receptores del INTA, Universidad de Chile, en diciembre de 2003. Y los Durand, Cravioto y otros seis investigadores mexicanos –publicados en la Revista Contraception en el 2001– sobre los efectos del levonorgestrel sobre la actividad del folículo ovárico inhibiendo la ovulación y no comprometiendo ni la función del cuerpo lúteo ni la histología endometrial¹⁹⁷.

- c) El Centro de Derechos Reproductivos, con sede en Nueva York, que a través de su Presidenta doctora Nancy Northup, mediante escrito de 30 de julio de 2004, indicó que:
- d)

... hay varios estudios que han proporcionado evidencia directa de que la AE actúa como otros anticonceptivos hormonales, al inhibir el desarrollo y la maduración folicular o la liberación del propio óvulo, impidiendo o retardando así la ovulación¹⁹⁸.

- e) El Instituto Chileno de Medicina Reproductiva, que a través de su Presidente, doctor Horacio Croxatto Avoni, afirmó:

Varias investigaciones han puesto en evidencia que el levonorgestrel interfiere con dos procesos fundamentales para la generación del embrión. Uno es la ovulación, proceso por el cual el óvulo sale del ovario, y el otro es la capacidad de fecundar de los espermatozoides que han sido depositados por el coito en los órganos genitales de la mujer. Ambas interferencias tienden a impedir que el espermatozoide y el óvulo se encuentren y de este modo impiden la fecundación y

¹⁹⁷Ibid., pp. 10-11.

¹⁹⁸Ibid., pp. 11.

la formación de un embrión y no habiendo embrión no puede haber aborto.

Todas las investigaciones diseñadas para determinar si el levonorgestrel podría impedir que un embrión humano ya formado se implante en el útero han usado aproximaciones indirectas y ninguna ha dado un resultado que permita sustentar en forma inequívoca que el levonorgestrel impida la implantación y por ende cause la muerte del embrión. La más reciente, que analiza la expresión de los genes en el endometrio con una tecnología muy avanzada, indica que levonorgestrel como todo análogo de la progesterona, produce en el útero condiciones favorables a la implantación. Más aún, dos investigaciones diseñadas para determinar en forma directa si el levonorgestrel impide la implantación del embrión han demostrado en forma inequívoca que no lo hace.

El levonorgestrel no impide todos los embarazos en las mujeres cuando lo usan como anticonceptivo de emergencia; solamente previene el 85% de los embarazos cuando la mujer lo usa en las primeras 24 horas después de ocurrido el acto sexual y su eficacia va disminuyendo mientras más se demore en tomarlo, llegando a un 31% si lo usa en el quinto día después de la relación sexual. Después del quinto día la eficacia es nula. Esto se explica porque si lo usa después que se ha formado el embrión ya no es efectivo para impedir el embarazo¹⁹⁹.

- f) La Federación Internacional de Planificación de la Familia, Región Hemisferio Occidental, a través de la doctora Carmen Lucía de Melo Barroso, quien señaló en relación a las píldoras de anticoncepción oral de emergencia que:

(...) los estudios más recientes demuestran que actúan al inhibir la motilidad de los espermatozoides o al inhibir o retrasar la liberación del óvulo desde el ovario.

- g) El doctor Pío Iván Gómez Sánchez, médico cirujano y especialista en epidemiología de la Universidad del Rosario,

¹⁹⁹ Ibid., pp. 11-12.

especialista en ginecobstetricia de la Universidad Nacional de Colombia y fellow en salud sexual y reproductiva de la Universidad de Laval, Québec, Canadá, ex asesor de agencias nacionales e internacionales en planificación familiar, profesor de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional de Colombia y coordinador de la Unidad de Planificación Familiar del Departamento de Obstetricia y Ginecología de la referida universidad, quien opinó que:

(...) El mecanismo de acción que se ha encontrado en las múltiples investigaciones al respecto es que impide la ovulación o produce una disfunción de la misma impidiendo así la fecundación. Adicionalmente se ha encontrado acción inhibitoria de la capacidad penetrativa de los espermatozoides y alteración de la capacitación de los mismos. Este último proceso que se realiza en el tracto genital femenino tiene como fin mejorar la capacidad de fecundación de los espermatozoides y se ve alterado por el Levonorgestrel. Por lo anterior, se deduce que su mecanismo de acción es en últimas evitar la fecundación.

Los estudios comparativos entre mujeres voluntarias no han encontrado en las biopsias endometriales diferencias importantes que permitan sugerir que el endometrio sea hostil a la implantación del blastocisto cuando se ha usado POSTINOR 2. (...) ²⁰⁰.

2.2. Acción popular instaurada contra el Instituto Nacional de Medicamentos y Alimentos, INVIMA, y el Ministerio de Protección Social y de Salud

El señor Ricardo Cifuentes Salamanca, en representación de la Corporación Foro Ciudadano, ha instaurado una acción popular contra el INVIMA y el Ministerio de Protección Social y de la Salud, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Sub Sección B. Alega que

²⁰⁰Ibid., p.13.

el empleo de los medicamentos que se conocen en el mercado como “píldora del día después”, compuestos por levonorgestrel, aniquila la vida que es el bien jurídico máspreciado²⁰¹. Fundamenta su demanda en los artículos 11° y 20° de la Constitución colombiana, en el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la Convención sobre los Derechos del Niño, en los artículos 91° y 2359°²⁰² del Código Civil, en el artículo 122° del Código Penal, en el artículo 4° literal n) de la Ley N° 472 de 1998, y en lo señalado en la sentencia C-133 de 1994²⁰³.

Debe indicarse que el artículo 88 de la Constitución colombiana establece que “[l]a ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definan en ella. (...)”.

²⁰¹ Corporación Foro Ciudadano, demanda de acción popular instaurada contra el Instituto Nacional de Vigilancia d Medicamentos y Alimentos, I. Hechos de la demanda, p. 2.

²⁰² Artículo 2359. Titular De La Acción Por Daño Contingente. Por regla general se concede acción en todos los casos de daño contingente, que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar acción.

²⁰³ Como se ha señalado, el fallo más reciente sobre la penalización absoluta del aborto y la protección a la vida del que está por nacer es la sentencia C-355/06 de la Corte Constitucional de Colombia. En ella, la Corte Constitucional también analiza el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño, en relación a la protección del *nasciturus*. Sobre el artículo 4.1 de la Convención Americana, la Corte Constitucional ha sostenido que ninguna de las posibilidades interpretativas del citado artículo permite afirmar que el derecho a la vida o el deber de adoptar medidas legislativas por parte del Estado sean de naturaleza absoluta. Por el contrario, según la Corte Constitucional, al carecer los derechos reconocidos en la citada convención de un carácter absoluto es preciso realizar una ponderación cuando surjan colisiones entre ellos (fundamento 6). Respecto de la Convención de los Derechos del Niño, la Corte Constitucional ha afirmado que de los trabajos preparatorios de la referida convención se desprende que se ha dejado a los Estados Parte la facultad de adoptar la definición de “niño”, que se extiende al campo de vida protegido por la Constitución (fundamento 6).

El artículo 4 de la Ley N° 472, por la que se desarrolla el artículo 88 de la Constitución, estatuye que:

Artículo 4. Derechos e intereses colectivos. Son derechos e intereses colectivos, entre otros, los relacionados con:

g) La seguridad y salubridad públicas; (...)

n) Los derechos de los consumidores y usuarios.

Foro Ciudadano señala que no es cierto que el anticonceptivo de emergencia evite el embarazo pues el efecto antimplantatorio produce en realidad la expulsión del concebido no nacido²⁰⁴, y que el consumidor tiene derecho a que se le proporcione información veraz al respecto y no se le induzca a error al señalarse que dicho anticonceptivo evita el embarazo,

La Corporación Foro Ciudadano también citó lo señalado por el médico Francisco Páez del Colegio de Bioética (no se indica de dónde), en el sentido de que la píldora del emergencia hormonal o del día siguiente “interrumpía la evolución natural de un embarazo, es decir la implantación y desarrollo del embrión”²⁰⁵. Como fuente de esta afirmación figura una dirección electrónica, a la actualmente ya no se puede acceder. Igualmente, se hace referencia a dos estudios, uno de 1989 y otro del doctor Herten and Van Look, que habrían determinado el efecto antimplantatorio de la AOE. No obstante, en ningún caso hay una cita textual que permita verificar que ésa fue una de las conclusiones de los estudios. Adicionalmente, respecto del primer estudio no se señala quién lo realizó (sólo se dice que fue publicado en la Revista *Contraception*); y, respecto del segundo, no se indica dónde fue realizado, en qué año o dónde fue publicado²⁰⁶.

²⁰⁴Corporación Foro Ciudadano, demanda de acción popular, I. Hechos de la demanda, p. 4.

²⁰⁵Ibid., p. 4.

²⁰⁶Ibid., p. 5. Hay una referencia más completa al estudio de von Herten del año 2002, en la apelación que presentó APROFA en Chile contra la sentencia de primera instancia que declaró fundada la demanda de nulidad contra el registro sanitario de Postinor 2. En dicha apelación se señala que el “el estudio de von Herten incluyó 2712 mujeres

La corporación demandante también reproduce una declaración de un farmacéutico que se negó a vender Postinor 2 y otra de la Conferencia Episcopal española, de abril de 2001, en contra de la llamada píldora del día siguiente²⁰⁷.

Para sustentar la procedencia de la acción popular, la Corporación Foro Ciudadano citó el artículo 91º del Código Civil, en virtud del cual, la ley protege la vida del que está por nacer y, “el juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquier persona, o de oficio, las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra”. En atención a ello, afirmó que la defensa del derecho a la vida del no nacido, incoada por cualquier persona, era un caso de acción popular, que encajaba perfectamente bajo la defensa de los derechos colectivos a la salubridad pública y de los derechos de los consumidores. En opinión de la referida corporación, la vida del no nacido se vulnera en todo el territorio nacional con la venta abierta de la píldora del día después, “orientada al público en general, es decir a la colectividad”²⁰⁸.

Hay que destacar que la corporación demandante no estaba muy segura de que la acción popular fuera la vía procesal en el presente caso pues afirmó que:

Es posible que este Tribunal considere que no existe vulneración a derecho colectivo alguno y que la presente

tratadas con LNG (levonorgestrel) en las que se observó **un solo caso** de embarazo ectópico entre los 44 embarazos observados. Dado que en la población general la frecuencia de embarazo ectópico es uno de cada 150 a 200 embarazos, y que en este estudio el número de embarazos estimados es de 216, la frecuencia de embarazos ectópicos con presencia de LNG **es igual a la población general. En consecuencia, no hay diferencias en la frecuencia de embarazo ectópico en el grupo de mujeres que ha usado lng 0,75 mg y las mujeres que conforman la población general**”, Asociación De Protección A La Familia (APROFA), y otras, Apelación de la sentencia de 30 de junio de 2003, II. Sobre el fondo, Peritaje del Dr. Carlos Valenzuela, pp. 9-10.

²⁰⁷ Corporación Foro Ciudadano, demanda de acción popular, I. Hechos de la demanda, pp. 7-10.

²⁰⁸ Ibid., IV. Concepto de vulneración de los derechos colectivos, p. 12.

demanda no se trata de acción popular, por cuanto la vida es un derecho fundamental. En aplicación del último inciso del artículo 5° de la Ley 472 de 1998, solicito se sirva adecuar la petición a la acción que corresponda, teniendo en cuenta que la demanda se fundamenta en la acción prevista en los artículos 91° y 2359° del C.C., a fin de que se produzca decisión de fondo y como lo ordena la ley. Considerando que se encuentran vinculados los derechos colectivos a la salubridad pública e igualmente los derechos de los consumidores y usuarios²⁰⁹.

PROFAMILIA, representada por María Isabel Plata, en la respuesta a la demanda de acción popular, cita el Boletín Informativo HRP de la OMS, en el que se señala los mecanismos de acción de la anticoncepción oral de emergencia, además de citar las investigaciones que demuestran que la AOE no tiene efecto antimplantatorio²¹⁰. Igualmente, cita las opiniones sobre la AOE de la Academia Nacional de Medicina, del doctor Efraim Otero Ruiz, y del doctor Pío Iván Gómez Sánchez²¹¹.

Por otro lado, PROFAMILIA planteó excepciones por la inexistencia de legitimidad por activa en la medida en que el accionante no había acreditado que la organización que representaba estuviera siendo afectada por la vulneración de derechos colectivos, o que actuara como apoderado de personas afectadas por la vulneración o amenaza de un derecho colectivo²¹². En defensa de su posición PROFAMILIA citó la

²⁰⁹Ibid. p. 13.

²¹⁰PROFAMILIA, contestación a la demanda de acción popular, *Antecedentes de la anticoncepción de emergencia AE en el mundo y su introducción en Colombia*, pp. 10-16. Son los mismos estudios que PROFAMILIA citó en la tutela contra el Postinor 2, excepto el estudio de Kesseru y otros, que no fue citado en la respuesta de la acción popular, véase infra p. 20-22.

²¹¹PROFAMILIA, contestación a la demanda de acción popular, *Antecedentes de la anticoncepción de emergencia AE en el mundo y su introducción en Colombia*, pp. 18-20.

²¹²Ibid., p. 22.

Sentencia C-215 de 1999, en la que se interpretó el artículo 12° de la Ley 472 de 1998, en el sentido de que dicha ley preveía dos situaciones: i) La instauración de una acción popular directamente por la persona afectada por la violación de derechos o intereses colectivos; ii) La presentación de dicha acción por medio de apoderado judicial en virtud del poder que le sea conferido por el interesado”²¹³.

También citó la Sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, por la que negó por improcedente la acción de tutela interpuesta por el ciudadano Juan Carlos Barrera Rojas contra el Ministerio de la Protección Social, la Vicepresidencia de la República, el INVIMA y Profamilia, en la que se señaló: “2.4 La problemática planteada por Juan Carlos Barrera Rojas, es abstracta porque afirma que las entidades accionadas desconocen el derecho a la vida del ser concebido que se origina con la fecundación del óvulo por el espermatozoide, lo que quiere decir, que no existe claridad sobre la titularidad del derecho en cuyo favor se interpone la tutela”.

Por otro lado, PROFAMILIA argumentó que no existían sujetos cuyo derecho a la vida pretendiera defender el accionante y que la acción popular era restrictiva y excepcional, tal como lo había establecido el Consejo de Estado²¹⁴.

Es importante anotar que PROFAMILIA cuestionó la información que la demanda de acción popular contiene contraria a la AOE afirmando: “El actor agrega conceptos e información limitándose a reproducir textos que encontró en Internet, como reconoce en el acápite de pruebas de la demanda, sin que exista prueba alguna de la veracidad del contenido de dichos textos y mucho menos de la idoneidad de sus autores; por el contrario, se evidencia dentro de la selección de los mismos la motivación religiosa del accionante que lo

²¹³ Ibid., *En cuanto a la demanda, Excepciones*, p. 22.

²¹⁴ Ibid., p. 25.

lleva al extremo de citar como fuente científica a la Conferencia Episcopal Española”²¹⁵.

3. Perú

3.1 Demanda de amparo para impedir la distribución gratuita de AOE pero no su venta

El 29 de octubre de 2004, la organización no gubernamental Acción de Lucha Anticorrupción Sin Componenda, representada por un abogado, presentó una demanda de amparo contra el Ministerio de Salud con el objeto de que se abstuviera de distribuir gratuitamente AOE a través de los establecimientos públicos de salud, pues no se había consultado al respecto al Congreso de la República. Dicha organización señala que los actos administrativos para promocionar el uso de la AOE, a costa del engaño y mala información a la población, son actos inconstitucionales que resultan en un evidente peligro de asesinato masivo²¹⁶. Dejó claro que no se trataba de medicamento ni de vacuna preventiva o curativa de alguna enfermedad, sino de fomentar intereses de grupos económicos nacionales e internacionales, que hacen de la ciencia un negocio desconociendo los derechos de la humanidad²¹⁷. Cabe señalar que la demanda no tiene por objeto impedir la venta de AOE en farmacias.

La organización demandante sostiene que se trata de un evidente peligro de asesinato masivo al tratarse de un método abortivo, que vulnera el derecho a la vida del concebido,

²¹⁵ Ibid., Contestación de la demanda, I. En cuanto a los llamados Hechos de la demanda, p. 43.

²¹⁶ Acción de Lucha Anticorrupción sin Componenda, demanda de amparo, II. Objetivo del petitorio, p. 2.

²¹⁷ Ibid., III. Fundamentos de hecho, 3, p. 6.

reconocido en el artículo 2, inciso 1) de la Constitución²¹⁸ y en el artículo 1 del Código Civil. Afirma que la violación del derecho del embrión motiva la intervención de sociedades civiles y/o personas naturales con valores éticos y/o cristianos “que en aras de una corriente pro vida y de la dignificación del ser humano, asuman la defensa de este nuevo ser que no puede ejercer por sí mismo su libertad de vivir (...)”²¹⁹.

Como medios probatorios de su demanda, la organización Acción de Lucha Anticorrupción Sin Componenda adjuntó recortes periodísticos de la prensa peruana así como dos pronunciamientos contra el referido anticonceptivo.

La contestación de la demanda por parte de la abogada del Ministerio de Salud estuvo centrada, principalmente, en que la citada organización no tenía legitimación procesal para demandar pues pretendía defender un derecho ajeno a sus fines sociales²²⁰, en que se había excedido el plazo para presentar la demanda de amparo²²¹ y en que no se había agotado la vía administrativa previa al no haberse efectuado ninguna reclamo previo ante el Ministerio de Salud²²². Al final del escrito de contestación de la demanda se cita el Informe científico-médico y jurídico elaborado por una Comisión del Ministerio de Salud²²³ y el Informe Defensorial N° 78 “La anticoncepción oral de emergencia”, que concluyen que la AOE

²¹⁸ Artículo 2 de la Constitución. Toda persona tiene derecho:

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

²¹⁹ Acción de Lucha Anticorrupción sin Componenda, demanda de amparo, III. Fundamento jurídico, 4, p. 8.

²²⁰ Ministerio de Salud, contestación a la demanda de amparo, I. Petitorio. A) Excepción de falta de legitimidad para actuar, pp. 1-2.

²²¹ Ibid., B) Excepción de caducidad. p. 6.

²²² Ibid., C) Excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, pp. 7-8.

²²³ Véase infra, nota a pie de página 121.

no es abortiva y que debe ser distribuida gratuitamente a través de los servicios públicos de salud²²⁴.

Mediante sentencia de 17 de agosto de 2005, el Juez del Vigésimo Noveno Juzgado Civil de Lima declaró fundada en parte la demanda, señalando que se habían cumplido todos los requisitos para que procediera la demanda de amparo. La sentencia establece que la vida del concebido se inicia con la fusión del espermatozoide con el óvulo, y que el derecho a la vida se encuentra protegido por el artículo 4.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “aunque dicha postura en modo alguno implica restarle validez científica (...) a posiciones de tendencias distintas, por lo que todo el contenido de nuestro sustento en lo sucesivo se deslizará sobre dicho lineamiento”²²⁵. Según dicha sentencia el levonorgestrel también impide la implantación del óvulo fecundado, aunque no hay referencia bibliográfica alguna para sustentar esa afirmación²²⁶.

A pesar de aceptar el supuesto tercer efecto, la sentencia ordenó que el Ministerio de Salud se abstuviera “de ejecutar la distribución a nivel nacional de la denominada píldora del día siguiente, en tanto no se garantice la implementación de una adecuada política de información dirigida a la población, respecto de todos los alcances y efectos del referido fármaco (...)”²²⁷, y declaró improcedente la demanda en el extremo que plantea la consulta por parte del Ministerio de Salud al Congreso.

La sentencia fue apelada ante la Corte Superior de Lima. La Mesa de Vigilancia Ciudadana en Derechos Sexuales y Reproductivos, el Colegio Médico del Perú, la Defensoría del

²²⁴ Acción de Lucha Anticorrupción sin Componenda demanda de amparo, Otrosí digo, p. 9-10.

²²⁵ Sentencia del Vigésimo Noveno Juez Civil de Lima, de 17 de agosto de 2005, considerando 6.1., p. 9.

²²⁶ Ibid., considerando 6.3., p. 12.

²²⁷ Ibid., Fallo, p. 17.

Pueblo así como el Fondo de Población y la Organización Mundial de la Salud (conjuntamente), presentaron informes de *amicus curiae*. Todos coinciden en señalar que la AOE no tiene efecto abortivo pues actúa antes de la fecundación.

De acuerdo a la legislación peruana tres votos conformes hacen resolución, tratándose, como en este caso, de resoluciones que ponen fin a la instancia²²⁸. Ello no se logró pues las tres magistradas que conforman la Segunda Sala Civil opinaron, en síntesis, lo siguiente:

- 1) Declarar infundada la demanda en cuanto a la amenaza que se invoca sobre la AOE, ordenando que el Ministerio de Salud incluya en sus programas “información relativa al efecto antianidatorio así como todos los datos que conlleven a tomar una decisión voluntaria, libre y consciente (...)”²²⁹.
- 2) Revocar la sentencia en cuanto al extremo que se declara fundada la demanda; ordenando al Ministerio de Salud que consigne en las Guías Nacionales de Atención Integral de la Salud Sexual y Reproductiva, “que los anticonceptivos orales de emergencia (Levonorgestrel de 0.75 mg) producen una ligera alteración del endometrio, la misma que no es determinante para impedir la implantación, sin que ello implique una suspensión en su distribución”²³⁰;
- 3) Revocar la sentencia en cuanto declara fundada en parte la demanda, declararla fundada en todos sus extremos y, en consecuencia, ordenar que el Ministerio de Salud se abstenga de ejecutar la distribución a nivel nacional de AOE²³¹.

²²⁸ Artículo 141 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuyo texto único ordenado ha sido aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS.

²²⁹ Resolución de la Segunda Sala Civil de 6 de septiembre de 2007, p. 1.

²³⁰ Ibid., pp. 1-2.

²³¹ Ibid., p. 2.

Se llamó a un cuarto vocal para que dirimiera la causa y se alcanzaran tres votos conformes. Sin embargo, hasta el momento ya se han pronunciado en total cinco vocales, sin haberse obtenido tres votos conformes pues, aunque con variantes, dos consideran que se declare fundada la demanda, dos infundada y una quinta ha opinado porque se declare improcedente.

No deja de ser preocupante que no se haya dictado una sentencia que resuelva que la demanda de amparo contra la distribución gratuita de AOE es infundada, habida cuenta de que el Tribunal Constitucional, mediante sentencia de 13 de noviembre de 2006, ha señalado que los efectos de la AOE son anticonceptivos.

Capítulo IV

Una revisión de los argumentos planteados en los procesos judiciales sobre anticoncepción oral de emergencia

En los capítulos II y III de este trabajo se ha hecho referencia a un total de quince procesos judiciales sobre AOE en Argentina, Colombia, Chile, Ecuador, México y Perú. Sólo uno de ellos, la demanda de cumplimiento en el Perú, ha tenido por finalidad que el Estado cumpla con poner a disposición de las mujeres de escasos recursos, la anticoncepción oral de emergencia. Los restantes catorce han tenido por objeto:

- a) Prohibir la distribución y comercialización de una determinada marca de píldoras de AOE (Argentina, Chile y Ecuador);
- b) Declarar la nulidad de la resolución que autorizó el registro de una marca de AOE (Chile y Colombia);
- c) Prohibir la distribución y comercialización de AOE (Colombia);
- d) Prohibir la distribución gratuita de AOE por parte del Ministerio de Salud, pero no la venta de ese anticonceptivo (Perú);
- e) Impedir la distribución de AOE a adolescentes (Chile);
- f) Declarar la inconstitucionalidad de varios artículos de la Ley N° 25.673, que crea el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable (Argentina)²³²;
- g) Declarar la inconstitucionalidad de las Normas Nacionales de Regulación de la Fertilidad, cuestionando la entrega de AOE a adolescentes a partir de los 14 años, la entrega gratuita de AOE en los servicios de salud municipalizados y el procedimiento para la aprobación de dichas normas nacionales (Chile);

²³² También se incluye el tema de los adolescentes.

- h) Establecer que la aplicación de las Normas de Planificación Familiar vulnera derechos fundamentales (México);
- i) Revocar las autorizaciones, prohibir la fabricación, distribución y comercialización de todos los fármacos o anti-conceptivos orales, inyectables y dispositivos intrauterinos, ordenando el decomisado y destrucción de los productos o ejemplares que se encuentren en todos los lugares del país²³³ (Argentina);
- j) Prohibir la venta de Postinor 2 en el territorio nacional, alegando la protección de derechos colectivos de los no nacidos, a través de una acción popular (Colombia).

Los procesos judiciales planteados contra la AOE permiten identificar argumentos comunes contra tal anticonceptivo. También posibilitan evaluar los argumentos de defensa planteados por los demandados, mayormente los ministerios de salud y las entidades administrativas encargadas del registro de medicamentos, así como los expuestos en los informes presentados por terceros en los procesos judiciales.

1. Los argumentos planteados contra la AOE

1.1. La violación del derecho a la vida: la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el principio *pro homine* (*pro persona*)

Las demandas judiciales contra la AOE coinciden en afirmar que es abortiva porque le atribuyen un supuesto tercer efecto antianidatorio o antimplantatorio. Por ello, en dichas demandas se sostiene que la AOE viola el derecho a la vida consagrado en el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que otorga protección al que está por nacer.

²³³ También se incluye el tema de los adolescentes.

Debe señalarse que de las sentencias que prohibieron la distribución y comercialización de Postinal (Chile), Imediat (Argentina) y Postinor 2 (Ecuador) se desprende que los demandados (ministerios de salud o entidades encargadas del registro de medicamentos), admitieron que tales productos tenían el mencionado tercer efecto.

Como se ha señalado en el Capítulo I, la Organización Mundial de la Salud sostiene que la AOE actúa antes de la fecundación. Esa información se encuentra publicada en el Boletín HRP de octubre de 2005. Es importante que en los procesos judiciales en trámite dicho boletín sea adjuntado, tal como ha sucedido en los procesos judiciales llevados a cabo en el Perú y en Colombia.

En las últimas demandas planteadas en Argentina, ya no sólo contra la AOE sino contra todos los métodos anticonceptivos hormonales, se han adjuntado los prospectos de algunas píldoras de emergencia en los que se señala que podrían tener efecto antimplantatorio. Como lo ha afirmado la OMS, ése era un *posible* o *hipotético* tercer efecto al que aludían las investigaciones previas al año 2000. La OMS explica que ese tipo de información se consigna en los encartes que los laboratorios colocan a sus productos anticonceptivos pues tratan “siempre de cubrir la gama más amplia posible de efectos, reales y supuestos, a fin de cubrir responsabilidades ante posibles demandas y reclamos”²³⁴.

Habida cuenta de que la AOE actúa antes de la fecundación, carece de objeto debatir sobre el inicio de la vida. Como lo ha afirmado el UNFPA “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

²³⁴OMS, Informe de *amicus curiae* presentado ante el Tribunal Constitucional peruano, en la demanda de cumplimiento presentada por un grupo de mujeres contra el Ministerio de Salud, 3.3 Controversias sobre la AOE: la posición de la OMS antes del año 2000 p. 5.

manera, en lo relativo a la AOE, resulta irrelevante la definición de embarazo y en todo caso cualquier discusión sobre el aborto”²³⁵. Por esa misma razón tampoco es pertinente invocar la Convención sobre los Derechos del Niño para proteger los derechos del no nacido, como sucedió en Chile en la demanda que, sin éxito, se presentó para declarar la nulidad del registro sanitario de Postinor 2.

No obstante, como información que puede ser útil para otros temas, conviene tener presente que, tal como lo afirmó el Instituto de Salud Pública de Chile en el proceso de nulidad del registro de Postinor 2, en el caso Baby Boy la Comisión Interamericana de Derechos Humanos concluyó que la palabra “en general” fue incorporada al artículo 4.1 de la referida convención, como un acuerdo de aquellos miembros cuyas leyes nacionales permitían el aborto y la pena de muerte. En aquella oportunidad la CIDH afirmó que, sobre la base de los antecedentes legislativos de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre así como de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no era posible interpretar que tales instrumentos conferían un derecho absoluto a la vida desde la concepción²³⁶. De igual forma, conviene tener presente que, tal como ha sostenido la Corte Constitucional de Colombia, de los trabajos preparatorios de la Convención sobre los Derechos del Niño, se desprende que se ha dejado a los Estados Parte la facultad de adoptar la definición de niño, que se extiende al campo de vida protegido por la Constitución²³⁷.

²³⁵ UNFPA, Informe de *amicus curiae* presentado ante el Tribunal Constitucional peruano en el proceso de cumplimiento presentado por un grupo de mujeres peruanas contra el Ministerio de Salud, 10. A manera de conclusión, p.17.

²³⁶ Resolución N° 23/81, de 6 de marzo de 1981, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (caso 2141-Baby Boy).

²³⁷ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-355/06, fundamento 6.

Por otro lado, en las sentencias expedidas por la Suprema Corte de Justicia de Argentina así como por el Tribunal Constitucional de Ecuador contra la AOE se invoca el principio *pro homine* (pro persona). En el primer caso, para señalar que el tercer efecto antimplantatario constituía una amenaza al bien jurídico vida, y en el segundo para sostener que dicho principio obligaba a hacer una interpretación a favor de la persona y del derecho a la vida. En la demanda de nulidad contra el registro del Postinor 2 en Chile, el demandante aludió al principio pro vida a favor de los concebidos y no nacidos, aduciendo que cualquier duda sobre el efecto abortivo del Postinor 2, o cuestionamiento científico, debía ser interpretado con un criterio que beneficiara a los derechos humanos. En realidad, se refería también al principio *pro homine* (pro persona).

Según el principio *pro homine* (pro persona) “ante eventuales diferentes interpretaciones de un dispositivo legal, se debe optar por aquella que conduzca a una mejor protección de los derechos fundamentales, descartando así las que restrinjan o limiten su ejercicio”²³⁸. Este principio se invoca para optimizar la protección de los derechos fundamentales²³⁹, a fin de “permitir el mejor ejercicio del derecho dentro de los límites a los que se les ha sujeto”²⁴⁰. En esta tarea de interpretación tienen un rol muy relevante los tratados internacionales en materia de derechos humanos (de allí la insistencia en invocar el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), pues una interpretación de la Constitución en sentido material (*pro homine*) “integra la Norma Fundamental con los tratados de derechos humanos, tanto a nivel positivo

²³⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional peruano recaída en el Expediente N° 1103-1998-AA/TC, fundamento jurídico 3, d, p. 4. Véase también la sentencia recaída en el Expediente 0795-2002-AA/TC, fundamento 1., p. 1.

²³⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional peruano recaída en el Expediente N° 4853-2004-PA/TC, III. Fundamentos, 6.3., párrafos 36 y 39, pp. 15 y 16.

²⁴⁰ Carpio Marcos, Edgar, *La interpretación de los derechos fundamentales*, Palestra, Lima, 2004, p. 35. Este autor también desarrolla distintas manifestaciones del principio *pro homine*.

(...) como a nivel interpretativo (...)”²⁴¹. En definitiva, en virtud del principio *pro homine* las restricciones a los derechos deben interpretarse restrictivamente, ampliando “la exigibilidad de los derechos constitucionales mediante la aplicación del Derecho en la forma más favorable a ellos”²⁴².

Sin embargo, aceptando que este principio sea aplicable al que está por nacer, no es pertinente invocarlo cuando se discute sobre AOE pues ésta actúa antes de la fecundación. No existe ningún estudio científico que demuestre el supuesto tercer efecto. Más bien, si hay un rasgo común en las citas de trabajos de investigación que hacen quienes se oponen a la AOE para sustentar el efecto antimplantatorio, es su falta de rigor. En el mejor de los casos, como en la demanda contra Imediat en Argentina, se adjuntó el informe de un profesor universitario que afirmaba que la AOE tenía efecto antimplantatorio. Se trataba de una opinión personal, respetable por cierto, pero carecía de evidencias para sustentar dicho tercer efecto. En otros casos, como en las demandas de nulidad y acción popular planteadas en Colombia, hay citas incompletas de supuestas investigaciones o se consigna información sin ninguna rigurosidad, que se ha obtenido en Internet. Por el contrario, las instituciones que han presentado informes a favor de la AOE en los procesos judiciales en Perú, Colombia y Chile (organismos internacionales, colegios profesionales, organizaciones de la sociedad civil), han hecho referencia a las investigaciones publicadas en prestigiosas revistas científicas (con citas bibliográficas completas), que demuestran que la AOE no tiene el referido tercer efecto. Ése el caso del Fondo de Población en el Perú, de PROFAMILIA en Colombia o de APROFA en Chile. En ese sentido, quienes ejercen la defensa judicial de la AOE también deberían considerar las investigaciones citadas; por ejemplo, por PROFAMILIA (en

²⁴¹ Sentencia del Tribunal Constitucional peruano recaída en el Expediente N° 1417-2005 AA/TC, Fundamento 2.1., p. 5.

²⁴² Rubio Correa, Marcial, *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, segunda reimpresión, Lima, 2006, pp. 369-370.

la contestación a la demanda de tutela planteada para evitar la distribución y comercialización de AOE en Colombia) para desvirtuar el pretendido tercer efecto antimplantatorio.

En relación al pretendido tercer efecto es importante tener en cuenta uno de los argumentos empleados por la Corte Suprema de Chile para rechazar la demanda de nulidad del registro sanitario de Postinor 2: que quien alega un hecho debe probarlo. Como se ha insistido en este trabajo, nadie ha probado nunca dicho tercer efecto.

1.2 La ausencia de relación entre la AOE y el derecho a la salud

En las demandas más recientes en Argentina y Chile se ha negado que la AOE esté vinculada al derecho a la salud. Este argumento ha servido para cuestionar la competencia del Ministerio de Salud en la distribución de dicho anticonceptivo pues se argumenta que con esa medida no se combate ninguna enfermedad. Por lo mismo, en Argentina se ha insistido en que el Estado no debería emplear el presupuesto de salud para planificación familiar.

El argumento mencionado es fácilmente rebatible a la luz de la definición de salud de la OMS, de los tratados internacionales sobre la materia así como de las observaciones y recomendaciones generales aprobadas por los comités de Naciones Unidas encargados de monitorear el cumplimiento de tales tratados.

Lo primero que hay que tener en cuenta es que, según la Constitución de la OMS, “la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de infecciones o enfermedades”²⁴³.

²⁴³ Constitución de la Organización Mundial de la Salud, adoptada en Nueva York el 22 de julio de 1946 por la Conferencia Institucional de la Salud.

Por su parte, en materia de derecho a la salud, son especialmente relevantes los artículos 12° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW).

El artículo 12° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), establece lo siguiente:

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:
 - a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
 - b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
 - c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
 - d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

El artículo 12° de la CEDAW señala:

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de 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.
2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 *supra*, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados

en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.

Debe, asimismo, tenerse en cuenta que los artículos 14°, 2, b) y 16°, 1, e) de la CEDAW también hacen expresa referencia al derecho de la mujer a acceder a servicios en materia de planificación familiar.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, órgano encargado de supervisar el cumplimiento de las disposiciones del PIDESC ha interpretado el citado artículo 12°, a través de la Observación General N° 14, denominada “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud” (2000)²⁴⁴. Por su parte, el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, que supervisa el cumplimiento de la CEDAW, ha hecho lo propio respecto del artículo 12° de la referida convención, a través de la Recomendación General N° 24 (1999), “La mujer y la salud”²⁴⁵. Ambos documentos son indispensables no solamente para contrarrestar el argumento de que la AOE no tiene nada que ver con el derecho a la salud, sino para sustentar que el acceso a información en planificación familiar y a métodos anticonceptivos, la asignación de presupuesto público para ello así como la prohibición de adoptar medidas discriminatorias son obligaciones que los Estados deben cumplir para garantizar el derecho a la salud.

En ese sentido, debe señalarse que la Observación General N° 14 presta especial atención a la salud sexual y reproductiva, al considerarla como un elemento esencial del derecho protegido en el artículo 12 del PIDESC. Un parte de dicha observación general está especialmente dedicada a “La mujer y la salud”, pues se admite que hay “elementos determinantes de

²⁴⁴Observación General N° 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000.

²⁴⁵Recomendación General N° 24, *La mujer y la salud*, 20 período de sesiones, 1999, U.N. Doc. A/54/38/Rev.1.

la salud, como la distribución de los recursos y las diferencias basadas en la perspectiva de género” (párrafo 10).

Por ello, al abordar la cuestión relativa a “La mujer y la salud”, la Observación General N° 14 señala:

Para suprimir la discriminación contra la mujer es preciso elaborar y aplicar una amplia estrategia nacional con miras a la promoción del derecho a la salud de la mujer a lo largo de toda su vida. Esa estrategia debe prever en particular las intervenciones con miras a la prevención y el tratamiento de las enfermedades que afectan a la mujer, así como políticas encaminadas a proporcionar a la mujer acceso a una gama completa de atenciones de la salud de alta calidad y al alcance de ella, incluidos los servicios en materia sexual y reproductiva (párrafo 21).

Ello va unido al objetivo de reducir la mortalidad materna y a que “se supriman todas 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” (párrafo 21). La Observación General N° 14 también establece que los “Estados deben abstenerse de limitar el acceso a los anticonceptivos u otros medios de mantener la salud sexual y genésica, censurar, ocultar o desvirtuar intencionalmente la información relacionada con la salud, incluida la educación sexual y la información al respecto (...)”²⁴⁶, (párrafo 34). Específicamente, señala que los Estados deben velar porque las prácticas sociales no afecten el acceso a la planificación familiar (párrafo 35) y porque terceros no limiten el acceso a la información y a los servicios relacionados con la salud (párrafo 35).

²⁴⁶Según la Observación General N° 14, la salud genésica significa que la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección, así como el derecho de acceso a los pertinentes servicios de atención de la salud que, por ejemplo, permitirán a la mujer pasar sin peligros las etapas de embarazo y parto, véase la nota a pie de página 12.

Un aspecto muy importante en relación al cuestionamiento judicial a los registros sanitarios concedidos a las píldoras de AOE años atrás (Chile, Argentina y Colombia), es el relativo a la prohibición de medidas regresivas en materia de salud. En efecto, la Observación General N° 14 establece que “existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud. Si se adoptan cualesquiera medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte” (párrafo 32).

Una cuestión que no parece haber sido explorada suficientemente, y que tampoco se invoca como argumento en los escritos de defensa de los ministerios de salud, es la relativa al método Yuzpe, que habría sido empleado por varios servicios públicos de salud en América Latina desde hace algunos años. Como se explicó en el primer capítulo, dicho método se obtiene con pastillas anticonceptivas de uso regular. Si se pretende prohibir el empleo de productos dedicados de AOE en los servicios públicos de salud, esa medida también sería regresiva pues la AOE ya se habría utilizado antes de la aparición en el mercado de productos dedicados.

Otro argumento que conviene tener presente es el de la prohibición de la discriminación, consagrada en los textos constitucionales latinoamericanos así como en los tratados internacionales en materia de derechos humanos. La Observación General N° 14 también hace referencia a ella (párrafo 34), indicando que los Estados deben “garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados” (párrafo 43 a). Tratándose de la AOE es discriminatorio que tal anticonceptivo pueda adquirirse en farmacias, pero que se pretenda prohibir la

distribución gratuita a través de los servicios de planificación familiar (Perú y Chile), además de constituir una medida regresiva sólo para las mujeres de escasos recursos. De acuerdo con la Observación General N° 14, “un Estado Parte no puede nunca ni en ninguna circunstancia justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas enunciadas en el párrafo 43 *supra*, que son inderogables” (párrafo 47). Igualmente, cualquier medida regresiva incompatible con las obligaciones a que hace referencia el párrafo 43 viola el derecho a la salud “entre las violaciones resultantes de actos de comisión figura la revocación o suspensión formal de la legislación necesaria para el continuo disfrute del derecho a la salud” (párrafo 48).

Por su parte, la Recomendación General N° 24, señala que “de conformidad con el texto del artículo 12° de la CEDAW, los Estados eliminarán la discriminación contra la mujer en lo que respecta a su acceso a los servicios de atención médica durante todo su ciclo vital, en particular en relación con la planificación de la familia, el embarazo, el parto y el período posterior al parto” (párrafo 2).

Habida cuenta de que el acceso a la información y a los métodos anticonceptivos forma parte del derecho a la salud, el Estado tiene la obligación de destinar recursos para hacer efectivo tal derecho. Si ello no se cumple, el Estado viola el PIDESC. Así lo ha establecido la Observación General N° 14: “Un Estado que no esté dispuesto a utilizar el máximo de los recursos de que disponga para dar efectividad al derecho a la salud viola las obligaciones que ha contraído en virtud del artículo 12” (párrafo 47). De esta forma, “los gastos insuficientes o la asignación inadecuada de recursos públicos que impiden el disfrute del derecho a la salud por los particulares o grupos, en particular las personas vulnerables o marginadas” violan la obligación de cumplir con el derecho a la salud (párrafo 52).

La obligación de los Estados de destinar presupuesto público para planificación familiar también es abordada en la Recomendación General N° 24. Por un lado, se señala que los

Estados Partes deberían ejecutar una estrategia nacional amplia para fomentar la salud de la mujer durante todo su ciclo de vida, lo que incluye intervenciones dirigidas “a garantizar el acceso universal de todas las mujeres a una plena variedad de servicios de atención de la salud de gran calidad y asequibles, incluidos servicios de salud sexual y genésica” (párrafo 29), y, por el otro, que “los Estados Partes deberían asignar suficientes recursos presupuestarios, humanos y administrativos para garantizar que se destine a la salud de la mujer una parte del presupuesto total de salud comparable con la de la salud del hombre, teniendo en cuenta sus diferentes necesidades en materia de salud” (párrafo 31).

También vinculado al derecho a la salud, debe tenerse en cuenta que el acceso a la AOE contribuye a prevenir abortos y a reducir la mortalidad materna. En ambos casos se justifica que el Estado invierta recursos públicos en planificación familiar. La Observación General N° 14 establece que se viola la obligación de cumplir con el derecho a la salud si no se adopta un enfoque de la salud basado en la perspectiva de género y si no se reducen las tasas de mortalidad materna (párrafo 52). Por su parte, la Recomendación General N° 24 señala que debe darse “prioridad a la prevención del embarazo no deseado mediante la planificación de la familia y la educación sexual” (párrafo 31 c). La Recomendación General N° 19 del Comité CEDAW también establece que los Estados deben asegurar que se tomen medidas “para que las mujeres no se vean obligadas a buscar procedimientos médicos riesgosos como abortos ilegales, por falta de servicios apropiados en materia de control de la natalidad” (párrafo 24, m)²⁴⁷.

Adicionalmente, la Plataforma de Acción de El Cairo establece que uno de los objetivos de la planificación familiar es: “prevenir los embarazos no deseados y reducir la incidencia de los embarazos de alto riesgo y la morbilidad y mortalidad” (párrafo 7.14 b).

²⁴⁷ Recomendación General N° 19, La violencia contra la mujer, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 84 (1994).

Prevenir embarazos no deseados contribuye a evitar los abortos y a combatir la mortalidad materna. Por lo tanto, no debe admitirse el argumento expuesto en las demandas que están en curso en Argentina, Chile y Perú, en el sentido de que el embarazo no es una enfermedad por lo que su prevención no es un acto médico. Todo lo contrario, precisamente porque al prevenir embarazos no deseados se evita el daño a la salud y la muerte de las mujeres, es que los Estados deben tomar medidas al respecto. Así lo han establecido los comités encargados de interpretar el derecho a la salud regulado tanto en el Pacto PIDESC como en la CEDAW.

Otro argumento invocado en las demandas judiciales argentinas en curso, es el que alude a los posibles efectos negativos de los anticonceptivos hormonales en la salud de las mujeres, a partir de lo indicado en los respectivos prospectos. En la actualidad, luego de varias décadas en las que las mujeres han utilizado tales métodos, está claro que los prospectos de los anticonceptivos, como los de cualquier medicamento, hacen referencia a los *posibles* efectos, sin que exista evidencia científica alguna que demuestre que, en efecto, el empleo de los anticonceptivos causa efectos graves a la salud. Si tal evidencia existiera los documentos internacionales antes citados no establecerían la obligación de los Estados de garantizar el acceso de las personas a los métodos de planificación familiar. Adicionalmente, si los anticonceptivos hormonales causaran graves daños a la salud, las píldoras anticonceptivas de uso regular o los dispositivos intrauterinos no se venderían sin receta médica. Tratándose de la AOE, en algunos países como Canadá, Francia o Estados Unidos, también se vende sin receta médica.

Al referirme a la supuesta violación del derecho a la vida que acarrearía la distribución y comercialización de AOE, señalé que en dos sentencias que prohibieron la comercialización de un producto dedicado se invocó el principio *pro homine* ante la duda del efecto antimplantatorio. Sin embargo, el principio *pro homine* puede aplicarse más bien a la interpretación

del derecho a la salud. En efecto, dicho principio exige la interpretación más extensiva posible de dicho derecho, de tal forma que incluya el derecho que tienen las mujeres a acceder a la más amplia gama de métodos anticonceptivos, incluida la AOE.

1.3 La violación del derecho de los padres a educar a sus hijos

Las demandas más recientes en Argentina y Chile han planteado un argumento que no estaba presente en las primeras demandas contra la distribución de AOE: el derecho de los padres a educar a sus hijos/as.

Tal como ha afirmado la Quinta Sala de Apelaciones de Santiago, ese derecho no se ve afectado en virtud de una política pública por la que se permite el acceso de los y las adolescentes a servicios de salud reproductiva, en la medida en que los padres pueden seguir educando a sus hijas de la manera que consideren más adecuada, incluso formándolas para que no utilicen, en ninguna circunstancia, anticoncepción de emergencia. Sin embargo, es pertinente hacer referencia a lo señalado por la Observación General N° 14, por la Recomendación General N° 24, y, sobre todo, por Observación General N° 4 (2003) del Comité de los Derechos del Niño, encargado de la supervisión del cumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño²⁴⁸, en materia de adolescentes y salud reproductiva.

La Observación General N° 14 establece que “los Estados Partes deben proporcionar a los adolescentes un entorno seguro y propicio que les permita participar en la adopción de decisiones que afectan a su salud, adquirir experiencia, tener acceso a la información adecuada, recibir consejos y negociar sobre las cuestiones que afectan a su salud. El ejercicio del

²⁴⁸ Observación General 4, La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño, CRC/GC/2003/4, 21 de julio de 2003.

derecho a la salud de los adolescentes depende de una atención respetuosa de la salud de los jóvenes que tiene en cuenta la confidencialidad y la vida privada y prevé el establecimiento de servicios adecuados de salud sexual y reproductiva” (párrafo 23). Por su parte, la Recomendación General N° 24, señala que el término “mujer” incluye a la niña y a la adolescente (párrafo 8), y que “los Estados Partes deben garantizar, sin prejuicio ni discriminación, el derecho a información, educación y servicios sobre salud sexual para todas las mujeres y niñas” (párrafo 18), garantizándoles sus derechos a la intimidad y confidencialidad.

La Observación General N° 4, denominada “La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño”, también insiste en varios párrafos en la importancia de que los Estados garanticen el acceso a servicios de planificación familiar a los y las adolescentes.

El Comité de los Derechos del Niño, a través de la Observación General N° 4, observa con inquietud que los Estados Partes no han prestado suficiente atención a las preocupaciones específicas de los adolescentes como titulares de derechos ni a la promoción de su salud y desarrollo (párrafo 3).

El Comité considera que los y las adolescentes tienen derecho a medidas especiales de protección y, en consonancia con la evolución de sus facultades, pueden ejercer progresivamente sus derechos (párrafo 1). En consecuencia, los padres tienen la obligación de tener en cuenta las opiniones de los adolescentes, de acuerdo con su edad, madurez y proporcionarles un entorno propicio en el que el adolescente pueda desarrollarse (párrafo 7). Sin embargo, reconoce que “si bien la mayoría de adolescentes crece en entornos familiares que funcionan debidamente, para algunos la familia no constituye un medio seguro y propicio”.

La Observación General N° 4 señala que los Estados Partes “tienen la necesidad de asegurar que ciertas disposiciones

jurídicas específicas estén garantizadas en derecho interno, entre ellas las relativas al establecimiento de la edad mínima para el consentimiento sexual, el matrimonio y la posibilidad de tratamiento médico sin consentimiento de los padres” (párrafo 9). Estas edades mínimas deben “reflejar fielmente el reconocimiento de la condición de seres humanos a los menores de 18 años en cuanto titulares de derecho en consonancia con la evolución de sus facultades y en función de la edad y madurez del niño” (párrafo 9)²⁴⁹. “Los adolescentes a quienes se considere suficientemente maduros para recibir asesoramiento fuera de la presencia de los padres o de otras personas, tienen derecho a la intimidad y pueden solicitar servicios confidenciales, e incluso tratamiento confidencial” (párrafo 11).

El Comité para los Derechos del Niño ha establecido que los adolescentes tienen el derecho a acceder a información adecuada que sea esencial para su salud y desarrollo, siendo obligación de los Estados Partes asegurar que se le proporcione “información sobre el uso y abuso del tabaco, el alcohol y otras sustancias, los comportamientos sociales y sexuales sanos y respetuosos, las dietas y las actividades físicas” (párrafo 26).

Al Comité de los Derechos del Niño le preocupan los embarazos precoces porque constituyen un importante factor en los problemas sanitarios relacionados con la salud sexual y reproductiva, con inclusión del VIH/SIDA (párrafo 20). Según el mencionado Comité “los Estados Partes deberían facilitar a los adolescentes acceso a información sexual y reproductiva, con inclusión de la planificación familiar y de los contraceptivos, los peligros del embarazo precoz, la prevención del VIH/SIDA y la prevención de las enfermedades de transmisión sexual (ETS). Además, los Estados Partes

²⁴⁹ El artículo 12, inciso 1) de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que “Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”.

deberían garantizar el acceso a información adecuada, independientemente de su estado civil y de que tengan o no el consentimiento de sus padres o tutores” (párrafo 28).

Asimismo, para combatir la mortalidad de las niñas adolescentes como consecuencia de las prácticas de aborto, el Comité de los 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, y a cuidados y asesoramiento generales y adecuados en materia de obstetricia” (párrafo 31).

Para preservar la intimidad de los adolescentes y la confidencialidad, así como la cuestión conexas del consentimiento fundamentado al tratamiento, el Comité de los Derechos del Niño establece que se deben dictar reglamentos en los que figure la edad requerida para ello o se haga referencia a la evolución de las facultades del niño (párrafo 33). De acuerdo al mencionado comité “si el adolescente es suficientemente maduro, deberá obtenerse el consentimiento fundamentado del propio adolescente y se informará al mismo tiempo a los padres de que se trata del interés superior del niño” (párrafo 32).

En atención a lo expuesto, la Observación General N° 4 señala que los Estados “deben cumplir en especial las siguientes obligaciones:

b) Garantizar el acceso de los adolescentes a la información que sea esencial para su salud y desarrollo y la posibilidad de que participen en las decisiones que afectan a su salud (en especial mediante un consentimiento fundamentado y el derecho a la confidencialidad), la adquisición de experiencia, la obtención de información adecuada y apropiada para su edad y elección de comportamientos de salud adecuados;

c) Garantizar que todos los adolescentes puedan disponer de instalaciones, bienes y servicios sanitarios con inclusión de servicios sustantivos y de asesoramiento en materia de

salud mental, sexual y reproductiva de calidad apropiada y adaptados a los problemas de los adolescentes” (párrafo 39).

Finalmente, la Observación General N° 4 señala que los Estados Partes deben proporcionar servicios de salud que sean adecuados a las especiales necesidades y derechos humanos de todos los adolescentes, y una de cuyas características sea la disponibilidad, en virtud de la cual “la atención primaria debe incluir servicios adecuados a las necesidades de los adolescentes, concediendo especial atención a la salud sexual y reproductiva (...)”, (párrafo 41, a)²⁵⁰.

Por su parte, la Plataforma de Acción de El Cairo hace hincapié en el hecho de que los servicios de salud reproductiva han descuidado en gran parte las necesidades en esta esfera de los adolescentes (párrafo 7.41). Sobre estos servicios señala:

Reconociendo los derechos y responsabilidades de los padres y otras personas legalmente responsables de los adolescentes de dar a éstos, de una manera coherente con la capacidad en evolución de los adolescentes, orientación y guía apropiadas en cuestiones sexuales y reproductivas, los países deben asegurar que los programas y las actitudes de los proveedores de servicios de salud no limiten el acceso de los adolescentes a los servicios apropiados y a la información que necesiten, incluso información sobre enfermedades de transmisión sexual y sobre los abusos sexuales. Al hacerlo, y con el fin de hacer frente, entre otras cosas, a los abusos sexuales, esos servicios deben salvaguardar los derechos de los adolescentes a la intimidad, la confidencialidad, el respeto y el consentimiento basado en una información correcta, y respetar los valores culturales y las creencias religiosas. En este contexto, los países deberían eliminar, cuando correspondiera, los obstáculos jurídicos, normativos y

²⁵⁰ Hay en la Observación General N° 4 del Comité para los Derechos del Niño otras referencias a la obligación del Estado de brindar acceso a los adolescentes a servicios de salud sexual y reproductiva en los párrafos 10, 28 y 40.

sociales que impiden el suministro de información y servicios de salud reproductiva a los adolescentes (párrafo 7.45).

Adicionalmente, es interesante destacar que, como ha señalado en Fondo de Población, “no hay ninguna evidencia que sugiera que el acceso de los adolescentes a los servicios de planificación familiar promueve la promiscuidad”²⁵¹.

Lo señalado sobre los adolescentes y los métodos anticonceptivos en la Observación General N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Recomendación General 24 del Comité CEDAW, en la Observación General N° 4 del Comité de los Derechos del Niño así como en la Plataforma de Acción de El Cairo, pudo haber sido muy útil para fundamentar la sentencia de la Quinta Sala de Apelaciones de Santiago, aunque no hay ninguna referencia a ellas en dicha sentencia. También puede ser útil en los procesos judiciales en Argentina en los que se cuestiona, por ejemplo, la entrega de información en materia de salud sexual y reproductiva. Por otro lado, es importante tener en cuenta lo que los distintos comités de Naciones Unidas han recomendado en materia de salud reproductiva en los informes que elaboran por país.

²⁵¹ UNFPA, Informe de *amicus curiae* presentado ante el Tribunal Constitucional peruano en el proceso de cumplimiento presentado por un grupo de mujeres peruanas contra el Ministerio de Salud, 4.1. La preocupación de las Naciones Unidas por el alto índice de embarazos de adolescentes y por las infecciones de transmisión sexual, p. 9.

2. Otras consideraciones

2.1 Los cuestionamientos a la falta de legitimación para obrar de quienes presentan demandas contra la AOE, a la extemporaneidad del recurso de amparo, a la inexistencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta así como a la idoneidad del proceso de amparo por existir otra vía procesal

Una de las estrategias de defensa frente a las demandas contra la AOE, ha sido plantear la falta de requisitos procesales para comparecer en juicio.

A partir de los procesos judiciales concluidos se desprende que tales argumentos de defensa se han empleado para contestar las demandas en los procesos de amparo, tutela o recursos de protección presentados en Argentina (contra Imediat), Colombia (contra la AOE), Chile (contra Postina), Ecuador (contra Postinor 2) y México (contra la AOE). Salvo en el caso colombiano (en el que la Corte Suprema resolvió que la tutela era improcedente porque no se trataba de una lesión a un ser humano específico y porque la protección al *nasciturus* no se otorgaba a través de la tutela), y en el mexicano, en los demás casos, las demandas judiciales han procedido. En el caso del proceso ordinario en Chile para declarar la nulidad del registro sanitario del Postinor 2, la Corte Suprema reconoció la legitimación procesal de la organización demandante, aunque rechazó la demanda porque no se probó el efecto antimplantatorio de la AOE.

De la información disponible sobre los procesos judiciales en trámite, se puede afirmar que los argumentos de defensa de tipo formal han sido planteados en el proceso de amparo contra la distribución gratuita de AOE en el Perú, así como en la acción popular presentada en Colombia para evitar la comercialización de la AOE. En el caso peruano, la sentencia de primera instancia rechazó los argumentos de defensa de tipo

formal, señalando que se había cumplido todos los requisitos para que procediera la demanda de amparo.

2.2 Los argumentos religiosos invocados en defensa de la AOE

No deja de llamar la atención que en algunas de las demandas en curso contra la AOE se hayan utilizado argumentos religiosos para cuestionarla. Es por ejemplo el caso de la demanda presentada por la Fundación 25 de marzo en Argentina, que afirma que la AOE atenta contra la ley de Dios, entre otras razones, porque impide que se dé la concepción dentro de los plazos previstos por él. Lo propio sucede en la demanda presentada por Carlos Humberto Gómez Arámbula en Colombia, quien señala que la sociedad actual saca a Dios de todos sus ámbitos y que la Constitución protege bienes dados por él; así como en la demanda de la Corporación Municipal de Educación y Salud en Chile, que alega que el derecho a la integridad protege el cuerpo y el alma, presentes en cada uno de los seres humanos.

Quizá estas referencias a argumentos religiosos contribuyan a explicar la oposición a la AOE. Sin embargo, hay que tener presente que en los Estados laicos el debate sobre la AOE debe plantarse en términos jurídicos, y que los tribunales de justicia deben resolver las demandas de acuerdo a la evidencia científica, en el marco del respeto a la Constitución así como a los tratados internacionales de protección de los derechos humanos.

2.3 ¿Quiénes presentan las demandas contra de la AOE?

Las demandas judiciales contra la AOE han sido planteadas por personas naturales y por personas jurídicas. Sin embargo, es curioso advertir que un número significativo de los

demandantes son hombres, ya sea demandando a nombre propio o en representación de una organización:

Argentina

Los representantes de las organizaciones Portal de Belén y Fundación 25 de marzo son hombres. La primera de ellas planteó un proceso de amparo y obtuvo una sentencia en virtud de la cual se prohibió la distribución y comercialización de Imediat. La segunda, ha presentado una demanda de amparo para que se prohíban los anticonceptivos orales, los inyectables y los dispositivos intrauterinos.

Colombia

La tutela para evitar la comercialización y distribución de AOE así como la demanda de nulidad del registro sanitario de Postinor 2, fueron planteadas por hombres. Además, la organización que ha iniciado la acción popular con propósitos semejantes a los de la tutela, también está representada por un hombre.

Chile

Cuatro de las seis organizaciones que plantearon un recurso de protección para impedir la comercialización de Postinal estaban representadas por hombres. El juicio ordinario para que se declarara la nulidad del registro sanitario de Postinor 2, fue planteado por una organización cuyo representante era un hombre. Los dos últimos recursos de protección centrados en el cuestionamiento a la distribución de AOE a adolescentes, han sido iniciados por una corporación municipal representada por un hombre, y por dos padres de familia varones.

Ecuador

La demanda de amparo planteada para impedir la comercialización de Postinor 2 fue presentada por un hombre.

Perú

La demanda de amparo que tiene por objeto impedir que el Ministerio de Salud distribuya gratuitamente AOE, ha sido planteada por una organización representada por un hombre.

En cambio, el único proceso judicial a favor de la AOE fue iniciado por un grupo de mujeres peruanas.

2.4. La importancia de los informes de *amicus curiae* y de terceros coadyuvantes o con interés

Las instituciones como las Defensorías del Pueblo, los colegios profesionales, las agencias internacionales y las organizaciones de la sociedad civil han contribuido de manera significativa a la defensa de la AOE, sobre todo con información que desvirtúa el supuesto tercer efecto de dicho anticonceptivo. Ése ha sido el caso de la Defensoría del Pueblo del Perú, que incluso preparó un informe específico sobre AOE, de la Defensoría del Pueblo de Colombia y de la Defensoría del Pueblo de Ecuador. También han jugado un papel importante los colegios y asociaciones de médicos en el Perú y Colombia, el Fondo de Población y la Organización Mundial de la Salud en el Perú y Chile, así como PROFAMILIA y APROFA en Colombia y Chile, respectivamente.

Sin embargo, a diferencia de las sentencias chilenas (Corte Suprema y Tribunal Constitucional) y de la expedida por el Tribunal Constitucional de Ecuador, la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional peruano es la única que da cuenta de cada uno de los informes presentados al proceso por las distintas instituciones que lo hicieron, permitiendo conocer la posición de cada una de ellas en relación con la AOE.

Valdría la pena explorar la posibilidad de que este tipo de informes pudiera ser presentado en los procesos judiciales en trámite, si es que ello no ha sucedido, pues permiten desarrollar argumentos o citar investigaciones científicas en materia

de AOE, con los que no siempre cuentan los ministerios de salud o los órganos administrativos encargados del registro de medicamentos.

3. Un balance final

Como se ha indicado, de los quince procesos judiciales sobre AOE, catorce han sido iniciados para evitar su distribución y comercialización, y sólo uno para obligar al Ministerio de Salud a distribuirla gratuitamente.

De los diez procesos judiciales concluidos, puede afirmarse que cuatro culminaron con una sentencia contraria a la AOE (uno en Argentina, dos en Chile y uno en Ecuador). De los cuatro restantes, cuyas resoluciones podrían ser consideradas favorables a la AOE, dos concluyeron con una sentencia que rechazó las demandas por cuestiones de forma (Colombia y México), y sólo en dos se obtuvo una sentencia favorable que se pronunció sobre el fondo del asunto (Chile y Perú). En los otros dos casos (Chile) la Corte Suprema omitió un pronunciamiento sobre el fondo, sosteniendo que la norma que originaba el recurso de protección había sido declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional.

Confiamos en que las lecciones aprendidas a lo largo de seis años de procesos judiciales (2001-2007), principalmente constitucionales, puedan servir para mejorar la estrategia de defensa en los procesos que aún se encuentran en trámite.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Asamblea General (2007 - 2009)

Thomas Buergenthal
Presidente Honorario

Sonia Picado S.
Presidenta

Mónica Pinto
Vicepresidenta

Margareth E. Crahan
Vicepresidenta

Pedro Nikken
Consejero Permanente

Mayra Alarcón Alba
Line Bareiro
Lloyd G. Barnett
César Barros Leal
Allan Brewer-Carías
Marco Tulio Bruni-Celli
Antônio A. Cançado Trindade
Gisèle Côté-Harper
Mariano Fiallos Oyanguren
Héctor Fix-Zamudio
Robert K. Goldman
Claudio Grossman
María Elena Martínez
Juan E. Méndez
Sandra Morelli Rico
Elizabeth Odio Benito
Nina Pacari
Máximo Pacheco Gómez
Hernán Salgado Pesantes
Wendy Singh
Rodolfo Stavenhagen

Los programas y actividades del Instituto Interamericano de Derechos Humanos son posibles por el aporte de agencias internacionales de cooperación, fundaciones, organizaciones no gubernamentales, agencias del sistema de Naciones Unidas, agencias y organismos de la Organización de los Estados Americanos, universidades y centros académicos. Las diferentes contribuciones fortalecen la misión del IIDH, reforzando el pluralismo de su acción educativa en valores democráticos y el respeto de los derechos humanos en las Américas.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Paolo G. Carozza
Luz Patricia Mejía
Felipe González
Florentín Meléndez
Víctor E. Abramovich
Clare Kamau Roberts
Paulo Sérgio Pinheiro

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Cecilia Medina-Quiroga
Diego García-Sayán
Manuel E. Ventura Robles
Sergio García-Ramírez
Leonardo Franco
Margarette May Macaulay
Rhadys Abreu Blondet

Roberto Cuéllar M.
Director Ejecutivo