

## VIDA Y RAZONABILIDAD

### LIFE AND REASONABILITY

Luis Castillo Córdova\*

---

**Resumen:** Una pregunta relevante que puede ser planteada del derecho fundamental a la vida predicado del concebido no nacido, es la siguiente: ¿constitucionalmente está permitido u ordenado que el Estado distribuya gratuitamente en sus centros de salud la llamada “píldora del día siguiente”? Esta pregunta fue atendida por el Tribunal Constitucional peruano en su sentencia al EXP. 02005-2009-PA/TC, y con su respuesta creó una norma constitucional adscripta que ordenaba al Ministerio de Salud abstenerse de distribuirla en los centros públicos de salud. Este trabajo se destina a analizar la validez material de la norma creada por el Tribunal Constitucional en la sentencia antes referida. El análisis concluirá la corrección de las razones que sostienen la norma en cuestión, lo que a su vez permitirá sostener su validez material. El análisis que se desarrolla se construye tanto desde la teoría que acepta como reales los conflictos entre derechos fundamentales, como desde aquella otra que los niega; y muestra cómo desde una u otra teoría se concluye la validez material de la norma adscripta creada por el Alto Tribunal peruano.

**Palabras clave:** Derecho a la vida, píldora del día siguiente, interpretación constitucional, norma constitucional adscripta, Tribunal Constitucional

---

*Abstract: This paper is intended to explain the constitutional content of fundamental right to live of the unborn human being. Particularly we want to establish if a measure referring to the unborn human live can be reasonable and therefore acceptable. We would try to answer this question through the*

---

\* Doctor en Derecho por la Universidad de La Coruña (España). Profesor ordinario principal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura (Perú), en la que dicta las asignaturas de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Argumentación Jurídica. Profesor en la Maestría de Derecho Público de la Universidad de Piura; en la Maestría de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Maestría de Derecho Constitucional en la Universidad de la Sabana (Colombia). [luis.castillo@udep.pe](mailto:luis.castillo@udep.pe)

*Constitutional Case EXP. 02005-2009-PA/TC, devoted to analyze the constitutional validity of the State decision allowing the free distribution of the morning after pill. Constitutionality test correctness will be doubly justified, using the theory of conflict between fundamental rights, as well as using the opposite theory that denies that such a conflict between rights could exist.*

**Keywords:** *Right to Live, Morning-after Pill, Constitutional Interpretation, Attached Rule, Constitutional Court*

---

**Sumario.** *I. Introducción. II. Un previo y necesario encuadre constitucional. II.1. Normas constitucionales directamente estatuidas y adscriptas. II.2. El TC como creador de normas constitucionales. II.3. El carácter adscripto de las normas constitucionales creadas por el TC. II.4. La validez de las normas creadas por el TC. III. Las cuestiones que serán abordadas. IV. Las normas constitucionales adscriptas creadas en la sentencia. V. La norma directamente estatuida a la que se adscriben. VI. Las razones que justifican las normas constitucionales adscriptas. VI.1. Las razones que justifican la norma N38. 2. Las razones que justifican la norma N50. VII. Análisis de la corrección de las razones. VII. 1. Análisis de la corrección de las razones que sostienen N38. VI.I. 2. Análisis de la corrección de las razones que sostienen N50. VIII. La referencia al caso concreto. VIII.1. Las premisas normativa y fáctica. VIII.2. La inferencia. VIII.3. La justificación de la razonabilidad de la medida de suspensión de la distribución gratuita de la PDS. a) Argumentos según la teoría conflictivista. b) Razones según una teoría no conflictivista. IX. Conclusiones. Referencias.*

## **I. INTRODUCCIÓN**

En estas páginas se analizará la posición del Tribunal Constitucional (en adelante TC) del Perú, respecto del derecho a la vida del concebido no nacido. El análisis se realizará en torno a la sentencia del TC (en adelante STC) al EXP. 02005-2009-PA/TC, que resuelve una demanda de amparo en la que se solicitaba que:

«el Ministerio de Salud se abstenga de iniciar el programa de distribución de la denominada “Píldora del Día Siguiente” en todas las entidades públicas, asistenciales, policlínicos y demás centros hospitalarios en los cuales se pretenda su entrega gratuita» (STC 02005-2009-PA/TC, fundamento 1).

Este análisis perseguirá dar respuesta al problema jurídico que para el derecho fundamental a la vida plantea esta pretensión: si la distribución de la llamada píldora del día siguiente (en adelante PDS) por entidades públicas, vulnera o no (el contenido constitucionalmente protegido de) el derecho a la vida. La respuesta a este problema jurídico reclama la previa

determinación de un conceptual marco constitucional, como a continuación se pasa a formular.

## **II. UN PREVIO Y NECESARIO ENCUADRE CONSTITUCIONAL**

Hoy se reconoce que tanto los jueces<sup>1</sup> en general como particularmente el TC<sup>2</sup>, cumplen una efectiva labor de creación de derecho dentro del Estado constitucional. Aquí no se pondrá en discusión este poder creador, sino que se lo tomará como punto de partida para edificar un marco dogmático dentro del cual puedan ser analizadas las distintas afirmaciones que sobre el concebido ha presentado el TC peruano en la STC 02005-2009-PA/TC.

### ***II.1. Normas constitucionales directamente estatuidas y adscriptas***

Con base en la ya clásica diferenciación entre disposición y norma, (Guastini & Escudero, 2011, pp. 133-156) y en la definición de interpretación como el instrumento por el cual a partir de disposiciones se concluyen normas, (Guastini, 2008, pp. 3-6) es posible abrazar la diferenciación de normas constitucionales sobre derechos fundamentales propuesta por Robert Alexy. Según este filósofo alemán, hay que diferenciar las normas iusfundamentales directamente estatuidas, de las normas iusfundamentales adscriptas a las directamente estatuidas (Alexy, 1993, pp. 63-73). Las primeras se concluyen desde la literalidad del texto de la disposición individualmente considerada; mientras que «[u]na norma adscripta vale y es una norma de derecho fundamental si para su adscripción a una norma de derecho fundamental estatuida directamente es posible dar una fundamentación iusfundamental correcta» (Alexy, 1993, p. 71). Con base en esta definición es posible sostener una definición constitucional adscripta: una norma adscripta vale y es una norma de derecho constitucional, si para su adscripción a una norma constitucional directamente estatuida, es posible dar una fundamentación constitucionalmente correcta. Esta es una definición de norma constitucional adscripta válida no solamente para normas constitucionales referidas a derechos fundamentales.

---

<sup>1</sup> Acaso por la consideración actual de «los jueces como los actuales “señores del derecho”». Cfr. Zagrebelsky, 2007.

<sup>2</sup> El TC peruano ha dicho de sí mismo que «las sentencias del TC, dado que constituyen la interpretación de la constitución del máximo tribunal jurisdiccional del país, se estatuyen como fuente de derecho y vinculan a todos los poderes del Estado» (STC 3741-2004-PA/TC, fundamento 42).

## ***II.2. El TC como creador de normas constitucionales***

Las normas constitucionales directamente estatuidas son decisiones del constituyente que se concluyen directamente de las disposiciones constitucionales sistemáticamente consideradas (Castillo, 2007, pp. 238-240). Las normas constitucionales adscriptas ya no son mérito del constituyente, sino consecuencia de la interpretación que lleve a cabo alguno de los órganos encargados de interpretar vinculadamente a la constitución (Castillo, 2014, p. 574). Si bien todos podemos interpretar la constitución (Häberle, 2003, pp. 149-162) no todos pueden hacerlo vinculadamente. De entre los órganos públicos que en ejercicio de una función pública interpretan vinculadamente a la constitución destaca el TC por su posición de supremo intérprete de la constitución (Castillo, 2011a, pp. 23-25).

La interpretación que realiza el TC de las disposiciones constitucionales siempre significará la concreción de una norma constitucional directamente estatuida. Bien vistas las cosas, esta concreción compartirá la naturaleza del objeto concretado cuando se trata de una concreción directa e inmediata. Así, si el objeto concretado es una norma, la concreción necesariamente tendrá carácter normativo.

Estas dos son las razones por las que se ha de reconocer que las interpretaciones que formula el TC de una disposición constitucional será siempre una norma: primero, porque su interpretación tiene carácter vinculante, lo cual es un efecto propio de una norma (Bernal Pulido, 2007, p. 127); y segundo, porque al ser una directa concreción de una norma, compartirá la naturaleza de ésta. Desde aquí puede ser concluido que la manera que tiene el TC de crear normas es a través de sus interpretaciones.

A las normas así creadas se les ha de reconocer rango constitucional. La razón también es doble. Primero, el rango que tiene la norma concretada es constitucional, de modo que la concreción directa e inmediata que de ella se formule tendrá ese mismo rango; y segundo, porque si el TC es el supremo intérprete y controlador de la constitución, las cuestiones que deba decidir necesariamente deben tener relevancia constitucional y no infraconstitucional. Esta segunda razón impide reconocer como interpretaciones propias del TC aquellas que sean sucesivas o derivativas y no directas e inmediatas de la constitución. De esta forma, se ha de reconocer que el TC es creador de derecho constitucional.

### ***II.3. El carácter adscripto de las normas constitucionales creadas por el TC***

Las normas constitucionales de rango constitucional creadas por el TC han de ser tenidas como normas adscriptas a una norma constitucional directamente estatuida. Una vez creadas por el TC pasan a formar parte del sistema jurídico y lo integran en el nivel normativo constitucional; y existen adheridas a la norma constitucional directamente estatuida de las cuales es una concreción. Desde ese momento la norma directamente estatuida existe necesariamente acompañada de la concreción normativa formulada.

Desde un punto de vista lógico, la concreción tiene dos modos de existir: ajustada o desajustadamente con el objeto concretado. Esto mismo es predicable de la norma constitucional adscripta en relación a la norma constitucional directamente estatuida. Si la norma adscripta es una concreción de la norma directamente estatuida, aquella puede ser formulada ajustándose a ésta, o puede ser formulada contradiciéndola. Si la norma constitucional adscripta se formula en consonancia con la norma constitucional directamente estatuida, quiere decir que existen buenas razones para sostener y justificar la interpretación (concreción normativa) formulada por el TC.

Si la interpretación que se recoge en la norma adscripta es contraria al contenido jurídico de la norma directamente estatuida concretada, significará que no existen razones para ser sostenida. Si aplicásemos el concepto de norma adscripta concluida desde la definición alexyana, tendríamos que admitir necesariamente que al no ser posible dar razones constitucionales correctas para sostener una tal interpretación, entonces realmente no ha nacido la norma constitucional adscripta. Esto, sin embargo, no es así debido a la fuerza con la que el TC, supremo intérprete de la constitución, formula las interpretaciones de la constitución: tales interpretaciones siempre se pegan a la norma directamente estatuida, de modo que nunca dejan de nacer verdaderas normas adscriptas por el carácter vinculante de la interpretación, y por la naturaleza normativa del objeto concretado a través de la interpretación<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Esto quedó de manifiesto en la STC 04293-2012-PA/TC, en la que se dejó sin efecto el precedente vinculante creado por el mismo Tribunal en la STC 3741-2004-PA/TC. Este precedente vinculante fue una interpretación que se sostenía en razones incorrectas, por lo que —aplicando la definición de Alexy—, no debió ser reconocida como norma constitucional adscripta. No obstante, fue una norma que rigió plenamente algunos años, hasta que en la segunda de las mencionadas sentencias, se dejó sin efecto por contrarias a la constitución.

Esta advertencia reclama formular una precisión al concepto alexyano de norma constitucional adscripta: de toda interpretación que de la constitución formule el TC, siempre nace una norma constitucional que, por la fuerza jurídica de quien la estatuye se adscribe irremediamente a la norma directamente estatuida. La norma así nacida es siempre una norma constitucional desde el punto de vista formal, porque el criterio empleado para definir su constitucionalidad es uno formal: la fuerza del órgano que la estatuye es de tal intensidad que la interpretación llega a pegarse a la norma directamente estatuida.

No obstante, una norma adscripta formalmente constitucional, puede ser inconstitucional desde un punto de vista material cuando contradiga a la norma constitucional directamente estatuida a la cual se adscribe. En este caso, las razones dadas por el TC necesariamente serán incorrectas. Así, razones incorrectas que sostienen una norma adscripta formalmente constitucional, la convierten en una norma materialmente inconstitucional. Esta es una modalidad de norma constitucional inconstitucional (Bachof, 2008, pp. 65 y ss). De esta forma habrá que sostener que en estricto la definición que formula Alexy se circunscribe a la de una norma adscripta materialmente constitucional; su definición no alcanza a cubrir a las normas adscriptas solo formalmente constitucionales y materialmente inconstitucionales.

#### ***II.4. La validez de las normas creadas por el TC***

La existencia de normas adscriptas formalmente constitucionales pero materialmente inconstitucionales, exige preguntarnos por su vinculación. Aquí han de ser sostenidas dos reglas. Una de ellas concierne a su validez: toda norma adscripta formalmente constitucional (toda concreción de una norma directamente estatuida) ha de ser tenida como válida hasta que el TC la deje sin efecto, salvo que las razones que la sostienen sean manifiestamente incorrectas (es decir, cuando no es posible dar ninguna razón a favor de su corrección, en cuyo caso la norma se considerará inválida y no vinculará).

La segunda regla atañe a su eficacia y es de carácter formal/procedimental: una norma adscripta formalmente constitucional y materialmente inconstitucional vincula con carácter general a sus destinatarios. La excepción: un juez podrá inaplicar al caso concreto cuando para un caso concreto pueda dar más y mejores razones que las dadas por el mencionado Tribunal (Castillo, 2011, p. 27).

### III. LAS CUESTIONES QUE SERÁN ABORDADAS

Con base en este encuadre constitucional, a continuación serán formuladas y respondidas las siguientes cuestiones respecto de la STC 02005-2009-PA/TC:

(i) ¿Cuáles son las interpretaciones vinculantes que a modo de normas constitucionales adscriptas ha formulado el TC?

(ii) ¿A qué norma directamente estatuida se han adherido tales normas adscriptas?

(iii) ¿Cuáles son las razones que el TC ha presentado para sostener las normas adscriptas?

(iv) ¿Tales razones son correctas de modo que permiten sostener la constitucionalidad también material de las normas adscriptas que crea?

A resolver estas cuestiones se destinan los siguientes apartados.

### IV. LAS NORMAS CONSTITUCIONALES ADSCRIPTAS CREADAS EN LA SENTENCIA

En la STC 02005-2009-PA/TC pueden ser identificadas varias interpretaciones de la constitución. Aquí interesará hacer referencia a dos de ellas. Una está contenida en el siguiente fundamento de esta sentencia:

«Teniendo en cuenta todo lo expresado hasta aquí, y surgiendo la disyuntiva de tener que optar por uno de los principios de interpretación constitucional desarrollados *supra* respecto a la constitución del concebido; este Colegiado se decanta por considerar que la concepción de un nuevo ser humano se produce con la fusión de las células materna y paterna con lo cual se da origen a una nueva célula que, de acuerdo al estado actual de la ciencia, constituye el inicio de la vida de un nuevo ser. Un ser único e irrepetible, con su configuración e individualidad genética completa y que podrá, de no interrumpirse su proceso vital, seguir su curso hacia su vida independiente. La anidación o implantación, en consecuencia, forma parte del desarrollo del proceso vital, mas no constituye su inicio» (fundamento 38).

El contenido normativo que se desprende puede ser formulado de la siguiente manera:

N38: Está ordenado considerar que la concepción de un nuevo ser humano se produce con la fusión de las células materna y paterna, lo cual da origen a una nueva célula que, de acuerdo al estado actual de la ciencia, constituye el inicio de la vida de un nuevo ser.

Otro modo de formular la norma N38 es el siguiente:

N38: Está ordenado considerar que con la fecundación se inicia la vida de un nuevo ser personal<sup>4</sup>.

En esta misma sentencia el TC manifestó sobre el principio precautorio, lo siguiente:

«Respecto de este principio el TC ha señalado que “b) El ‘principio precautorio’ o también llamado ‘de precaución’ o ‘de cautela’ se encuentra estrechamente ligado al denominado principio de prevención. Este exige la adopción de medidas de protección antes de que se produzca realmente el deterioro al medio ambiente. Aquel opera más bien ante la amenaza de un daño a la salud o medio ambiente y la falta de certeza científica sobre sus causas y efectos. Es justamente en esos casos en que el principio de precaución puede justificar una acción para prevenir el daño, tomando medidas antes de tener pruebas de este” [STC 3510-2003-PA]. Adicionalmente ha señalado en la misma sentencia que “c) Si bien el elemento esencial del principio de precaución es la falta de certeza científica para aplicarlo, aun cuando no sea imprescindible demostrar plenamente la gravedad y realidad del riesgo, sí resulta exigible que haya indicios razonables y suficientes de su existencia y que su entidad justifique la necesidad de adoptar medidas urgentes, proporcionales y razonables. No siempre la prohibición absoluta de determinada actividad es la única vía para alcanzar determinado grado de protección, pues, dependiendo del caso, el mismo puede ser alcanzado, mediante la reducción de la exposición al riesgo, con el establecimiento de mayores controles y la imposición de ciertas limitaciones» (fundamento 50).

Desde aquí es posible concluir un contenido normativo que puede presentarse con la siguiente formulación deóntica:

N50: Está ordenado que aunque no exista certeza científica pero sí indicios razonables y suficientes de la producción de un riesgo sobre un derecho fundamental o un bien jurídico constitucional, se adopten las medidas urgentes, proporcionales y razonables para prevenir el riesgo<sup>5</sup>.

Las normas N38 y N50 de la STC 02005-2009-PA/TC, han de ser tenidas como normas constitucionales adscriptas. Como tales corresponde determinar a qué normas directamente estatuidas se han adherido.

---

<sup>4</sup> Aunque en estricto es posible diferenciar la fecundación de la singamia, en adelante se utilizarán como sinónimos con la finalidad de facilitar el discurso y su comprensión.

<sup>5</sup> El fundamento 50 de la STC 02005-2009-PA/TC, no es más que la reiteración de una interpretación constitucional formulada ya con anterioridad en el fundamento 4 de la STC 3510-2003-PA/TC. En estricto, pues, debería hablarse de la norma constitucional adscripta N4 de la STC 3510-2003-PA/TC; pero se ha decidido por lo primero para hacer referencia a una misma sentencia en las dos normas adscriptas que aquí se han concluido.



## V. LA NORMA DIRECTAMENTE ESTATUIDA A LA QUE SE ADSCRIBEN

Es posible sostener que la norma N38 se adhiere a la norma directamente estatuida que brota del art. 2.1 de la Constitución, que en lo referido al derecho a la vida así reza:

D2.1: Toda persona tiene derecho: A la vida (...). El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

Desde esta disposición es posible sostener una norma directamente estatuida que puede ser formulada en los siguientes términos deónticos:

N2.1: Está ordenado respetar el contenido constitucional del derecho a la vida y considerar al concebido como sujeto de derecho para todo cuanto le favorece.

La norma N38 de la STC 02005-2009-PA/TC se adscribe a la norma N2.1, y ésta queda formulada así:

N2.1: Está ordenado respetar el contenido constitucional del derecho a la vida y considerar al concebido como sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. *Está ordenado considerar que con la fecundación se inicia la vida de un nuevo ser personal*<sup>6</sup>.

Por su parte, la norma N50 de la STC 02005-2009-PA/TC, tiene un contenido normativo que puede ser adherido a toda norma iusfundamental directamente estatuida. Bien puede adherirse a la norma N2.1:

N2.1: Está ordenado respetar el derecho a la vida. *Está ordenado que aunque no exista certeza científica pero sí indicios razonables y suficientes de la producción de un riesgo sobre la vida, se adopten las medidas urgentes, proporcionales y razonables para prevenir el riesgo.*

Corresponde ahora analizar la validez de las normas N38 y N50. Para ello se ha de indagar por las razones que la justifican, a fin de saber si estamos ante razones correctas.

---

<sup>6</sup> Una norma así permite pensar en una disposición con el siguiente enunciado lingüístico: D2.1: Toda persona tiene derecho: A la vida (...). El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece. La concepción se inicia con la fecundación.

## VI. LAS RAZONES QUE JUSTIFICAN LAS NORMAS CONSTITUCIONALES ADSCRIPTAS

### VI.1. Las razones que justifican la norma N38

En lo que respecta a la norma N38, un primer grupo de fundamentos dados por el TC se reúnen en un acápite que lleva por título “La vida como derecho fundamental”, en el cual es posible reconocer tres razones. La primera razón (R1) consiste en afirmar que los derechos fundamentales son exigibles no por su positivización, sino por el significado de la dignidad de quien los titulariza<sup>7</sup>; para inmediatamente añadir, como segunda razón (R2), que por esa dignidad se ha de considerar a la persona como valor supremo que exige la vigencia irrestricta del derecho a la vida<sup>8</sup>, así como su defensa y promoción por parte del Estado<sup>9</sup> por erigirse en presupuesto ontológico. Y como tercera razón (R3), muestra el TC una serie de tratados internacionales vinculantes para el Perú en los que reconoce el derecho a la vida como derecho humano<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> Según la STC 02005-2009-PA/TC:

«tal exigibilidad [de los derechos fundamentales] no sólo aparece desde el reconocimiento positivo sino, quizá con mayor fuerza, a partir de la connotación ética y axiológica de los derechos fundamentales, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado en él como fin supremo de la sociedad y del Estado» (fundamento 8).

<sup>8</sup> Refirió el TC que:

«la persona está consagrada como un valor superior, y el Estado está obligado a protegerla. El cumplimiento de este valor supremo supone la vigencia irrestricta del derecho a la vida, pues este derecho constituye su proyección; resulta el de mayor connotación y se erige en el presupuesto ontológico para el goce de los demás derechos» (STC 02005-2009-PA/TC, fundamento 9).

<sup>9</sup> Según el TC:

«[I]a vida, entonces, ya no puede entenderse tan solo como un límite al ejercicio del poder, sino fundamentalmente como un objetivo que guía la actuación positiva del Estado, el cual ahora se compromete a cumplir el encargo social de garantizar, entre otros, el derecho a la vida y a la seguridad» (STC 02005-2009-PA/TC, fundamento 10).

<sup>10</sup> Las normas internacionales mencionadas por el TC fueron: el art. 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los arts. 4.1 y 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y el párrafo 3 del preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959.

Un segundo grupo de fundamentos jurídicos aparecen unidos bajo la denominación «la ontogénesis humana desde la perspectiva de la ciencia» y aquí, en estricto, es posible reconocer una sola razón. Tal razón (R4) consiste en la advertencia de que en la ciencia médica existen diversas teorías para dar respuesta a la pregunta de cuándo empieza la vida, de las cuales dos son las más importantes: «*Teoría de la Fecundación*, basada principalmente en la existencia, ya en esta instancia, de una nueva individualidad genética; y la *Teoría de la Anidación*, fundamentada en la viabilidad del embrión y la certeza del embarazo» (STC 02005-2009-PA/TC, fundamento 14).

En un tercer grupo de fundamentos jurídicos, denominado como «el concebido como sujeto de protección jurídica», el TC repasa de las principales normas infraconstitucionales relacionadas con el concebido. Y concluye (R5) que si bien es claro que en nuestro ordenamiento jurídico la vida es protegida desde la concepción al así disponerlo la norma internacional<sup>11</sup>, y en la norma interna, ya sea constitucional<sup>12</sup> como legal<sup>13</sup>, ninguna de ellas establece en qué momento del proceso vital se produce la concepción, salvo una norma reglamentaria que establece que la etapa del niño por nacer va desde la fecundación hasta antes del nacimiento<sup>14</sup>; por lo

---

<sup>11</sup> Según la Convención Americana sobre Derechos Humanos: «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» (art. 4.1).

<sup>12</sup> Dice el art. 2.1 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».

<sup>13</sup> El art. 1 del Código Civil dispone que la persona humana «es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo».

<sup>14</sup> Se trata:

«del documento denominado ‘La Salud Integral; Compromiso de Todos – Modelo de Atención Integral de Salud’, aprobado por Resolución Ministerial n° 729-2009-SA/DM de 20-VI-2003, como ‘marco conceptual referencial que establece las acciones y estrategias para garantizar la satisfacción de las necesidades de salud de las personas, la familia y la comunidad’. En este documento (...) se dispone entre otros aspectos, la implementación de programas de Atención Integral, y para ello, el punto 1.1 ‘Grupos Objetivo para los Programas de Atención Integral’ prevé que ‘Cada Programa de Atención Integral de Salud por Etapa de la Vida, contiene un grupo objetivo diferenciado por cada etapa de vida los cuales se constituyen de la siguiente manera: \*Programa de Atención Integral de Salud del Niño, que comprende desde la fecundación hasta los 9 años...’. La misma disposición señala la necesidad de que cada programa a fin de optimizar la atención se divida en sub grupos por etapas de la vida; y, en lo que corresponde a

que resulta necesario que el TC asigne un significado jurídico (no científico), al término *concepción*.

En este tercer grupo de fundamentos el TC también acude a la doctrina jurídica nacional para darle significado al término “concepción”, y se encuentra que tal doctrina se divide entre la teoría de la fecundación y la de la anidación. Esto le permite formular una razón más (R6): con base en la ciencia médica, corresponde al jurista dar una respuesta a las concretas controversias, y como la ciencia médica se encuentra dividida, entonces, el jurista ha de resolver las controversias empleando los principios de interpretación constitucional *pro homine* y *favor débilis*<sup>15</sup>.

Finalmente, un cuarto grupo de fundamentos jurídicos se denomina «aplicación de los principios de interpretación constitucional: La posición del TC respecto a la concepción». En este grupo de fundamentos, el TC define el principio *pro homine*<sup>16</sup> y el principio *favor débilis*<sup>17</sup>, definiciones que puede contar como una razón más: R7<sup>18</sup>.

---

los niños, establece como el primero de ellos al de ‘Niño por nacer: desde la fecundación hasta antes del nacimiento’». STC 02005-2009-PA/TC, fundamento 21.

<sup>15</sup> Así dijo el TC:

«Corresponde a la ciencia describir y explicar el proceso de reproducción humana y cada una de las etapas del iter vital del ser humano; y, sobre esa base, apoyándose en lo que la ciencia médica señala, correspondería al mundo jurídico resolver las controversias que se le presenten. Como la ciencia médica se encuentra dividida, y no puede arribar a una respuesta definitiva, el mundo jurídico también se encuentra dividido. Es por ello que, para la solución del presente caso, adquieren singular relevancia algunos principios de interpretación de los derechos fundamentales, como el *pro homine* y el *favor débiles*» (STC 02005-2009-PA/TC, fundamento 24).

<sup>16</sup> Según el TC, el principio *pro homine*:

«es un principio hermenéutico que al tiempo de informar el derecho de los derechos humanos en su conjunto, ordena que deba optarse, ante una pluralidad de normas aplicables, siempre por aquella norma *iusfundamental* que garantice de la manera más efectiva y extensa posible los derechos fundamentales reconocidos; es decir aquella que despliegue una mayor eficacia de la norma. O como reiteradamente ha señalado la jurisprudencia del TC, el principio *pro homine* implica que los preceptos normativos se tengan que interpretar del modo que mejor se optimice el derecho constitucional y se reconozca la posición preferente de los derechos fundamentales (STC N. ° 1049-2003-PA, fundamento 4). Asimismo pero de manera inversa, también implica que debe preferirse la norma o interpretación más restringida cuando de los que se trata es de fijar restricciones al ejercicio de los derechos, sean éstas de carácter permanente o extraordinario. Esta directriz de preferencia de normas o de interpretación alcanza a ser aplicable incluso en los casos de duda sobre si se

## 2. Las razones que justifican la norma N50

Sobre la norma N50 una primera razón (R8) dada por el TC, la conforma «lo que los fabricantes y/o distribuidores del producto [la píldora del día siguiente], que operan en nuestro país con sus correspondientes autorizaciones, refieren respecto de aquél y la forma en la que actúan» (STC 02005-2009-PA/TC, fundamento 40). El alto Tribunal hace un recuento del contenido de las posologías que aparece en Glanique, Tibex, Postinor 2, Nortrel y Post Day, que son los nombres comerciales con los que se distribuye esta píldora en Perú. De ello concluye que «en todos los casos se hace referencia al denominado ‘tercer efecto’, esto es expresamente refieren, según el caso, que además de inhibir la ovulación o espesar el moco cervical, previenen, interfieren o impiden la implantación» (fundamento 41). Repara el TC en que «constituyen dichos insertos un pronunciamiento de las autoridades sanitarias peruanas, pues al momento de otorgar el Registro Sanitario a un medicamento, se está aprobando su comercialización “una vez pasado el proceso de evaluación”» (fundamento 43).

Con la finalidad de abundar en esta misma línea, el TC muestra una razón más (R9): «referir lo que respecto a los anticonceptivos de emergencia y, específicamente del producto Plan B (una de las formas como se presenta el producto en los Estados Unidos), señala la Agencia norteamericana para la Administración de Alimentos y Drogas FDA» (fundamento 45). Concretamente destaca que según la FDA, «si ocurriese la fertilización, Plan B puede impedir que el óvulo fertilizado se adhiera en el útero (implantación)» (fundamento 45.c). En adición, señala que la FDA tiene también registrado como anticonceptivo oral de emergencia al medicamento denominado Plan B One-Step, cuyo inserto refiere que «adicionalmente, puede inhibir la implantación (por alteración del endometrio)» (fundamento 46).

Y como razón final (R10), el TC ha definido el llamado principio precautorio, desde el reconocimiento de algunos elementos:

---

presenta una situación en que se encuentran en juego derechos fundamentales u otros derechos» (STC 02005-2009-PA/TC, fundamento 33).

<sup>17</sup> Este principio «manda que ante situaciones de derechos fundamentales en conflicto, debe tenerse especial consideración con aquella parte más débil, en una situación de inferioridad y no de igualdad con la otra» (STC 02005-2009-PA/TC, fundamento 34).

<sup>18</sup> El TC también se refiere al principio de interpretación institucional (Fundamentos 27 a 32), pero no queda claro que ayude a la justificación de la norma N38.

«a) la existencia de una amenaza, un peligro o riesgo de un daño; b) la existencia de una incertidumbre científica, por desconocimiento, por no haberse podido establecer evidencia convincente sobre la inocuidad del producto o actividad aun cuando las relaciones de causa-efecto entre éstas y un posible daño no sean absolutas, o incluso por una importante controversia en el mundo científico acerca de esos efectos en cuestión; y, c) la necesidad de adoptar acciones positivas para que el peligro o daño sea prevenido o para la protección del bien jurídico como la salud, el ambiente, la ecología, etc.» (fundamento 49).

Corresponde preguntarse por la corrección de las razones que el TC ha dado para sostener las normas constitucionales adscriptas N38 y N50 de la STC 02005-2009-PA/TC, tal y como se pasará a desarrollar.

## **VII. ANÁLISIS DE LA CORRECCIÓN DE LAS RAZONES**

El problema jurídico que se le presenta al Tribunal en este caso es si la decisión del Ejecutivo de distribuir gratuitamente la llamada PDS vulnera o no el derecho a la vida. Planteado así el problema, los argumentos que justifiquen una solución vienen exigidos desde dos cauces. El primero es de naturaleza jurídica y tiene que ver con el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la vida. En este cauce existe un asunto relevante a resolver: ¿desde cuándo se titulariza el derecho a la vida? El segundo cauce es de naturaleza fáctica y tiene que ver con las consecuencias que sobre la vida genera la PDS. En este último cauce la pregunta relevante en la que se concreta el problema jurídico planteado es la siguiente: ¿tiene la PDS algún efecto negativo sobre la vida? El TC ha respondido la primera pregunta mediante la norma N38 y la segunda mediante la norma N50, con las razones antes mostradas y que ahora conviene analizar.

### ***VII. 1. Análisis de la corrección de las razones que sostienen N38***

El análisis de la corrección de las razones que sostienen a la norma N38 empieza cuestionando si el TC ha hecho bien en preguntarse por el momento de inicio de la vida. Se le ha criticado que haya pretendido cerrar un debate científico decidiendo que la vida se inicia con la fecundación (Llaja, 2009, p. 28). Pero la formulación de la cuestión y su contestación no solo se justifica por el hecho ya advertido de que es necesario hacerlo para resolver el problema jurídico presentado en el caso, sino se justifica también por la advertencia de que el TC no ha intentado resolver un asunto científico, sino uno de naturaleza jurídica que sí es de su competencia.

En efecto, al problema jurídico que se pretende resolver le es aplicable el art. 2.1 de la Constitución, el cual dispone que el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La norma directamente estatuida N2.1 arriba formulada, tiene elementos abiertos que exigen ser concretados. Uno de esos elementos es el término *concebido*. Si toda persona tiene derecho a la vida, y el concebido es sujeto de derecho para lo que le favorece, entonces, el concebido será sujeto del derecho a la vida. Siendo esto así es legítimo que el TC decida dar un significado jurídico a un hecho como el de la unión del óvulo y el espermatozoide, o la implantación del cigoto en el útero.

Esto no significará que el Tribunal se irrogue competencias que no le correspondan, pues no zanja ninguna discusión científica. A la ciencia médica no le corresponde dar significados jurídicos a los hechos, sino que se limita a describirlos (Zambrano & Castro Videla, 2015, pp. 13-14). Así como al derecho no le corresponde describir cómo se desenvuelve el cigoto desde su formación, a la ciencia médica no le corresponde decir desde cuando hay persona, ni mucho menos cuál protección jurídica se le ha de dispensar. Estas son cuestiones que corresponde decidir al derecho. De modo que cuando el derecho —ya a través de una norma, ya a través de una decisión jurisdiccional— decide en qué momento de ese proceso de fecundación y nacimiento biológico de una criatura humana empieza a existir la “persona” como sujeto de derecho, no se irroga nada que no le corresponda. Tiene, pues, relevancia jurídica preguntarse por el momento en el que acontece la concepción. Por eso se le ha de reconocer corrección a la razón R5.

En el intento de concretar el significado jurídico no científico de la concepción, el TC se percata con acierto de que en la ciencia médica se han dado dos respuestas a la cuestión del inicio de la vida: que la concepción se produce con la fecundación de la célula femenina a través de la célula masculina; o que la concepción se produce con la anidación del cigoto en el endometrio. En efecto, como incluso el voto singular de los magistrados Landa y Calle (STC 02005-2009-PA/TC, voto singular, fundamento 13) lo confirman, estas dos son las doctrinas más difundidas en el ámbito científico, lo que corrobora la corrección de la razón R4.

Que el concebido es “persona” no parece estar en discusión desde que el Constituyente mismo ha dispuesto que el concebido es sujeto de derecho (para todo cuanto le favorece). En efecto, un elemento esencial del concepto de “persona” es la calidad de ser humano que ha de tener el sujeto al que se le reconoce personalidad, así todo ser humano ha de ser tenido como “persona” (cfr. Fernández, 2001, p. 328); y por tanto el concebido es vida humana, un ser humano, una “persona”; persona por

nacer<sup>19</sup>, pero “persona” a fin de cuentas. Por otro lado, un elemento esencial al concepto de “persona” es precisamente su consideración como sujeto de derecho, es decir, tener reconocida la capacidad jurídica para titularizar derechos subjetivos; y, como lo ha dispuesto el mencionado art. 2.1 de la Constitución (junto al art. 1 del Código Civil), el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece (Fernández, 2001, p. 329).

La persona es depositaria de un valor, reconocido —no creado— por el Constituyente al disponer que «la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado» (Constitución, art. 1). La persona vale como fin, en ese sentido tiene un valor supremo. Si ella es fin, entonces está ordenado disponer los medios de modo que promueva su máxima realización; y esto, desde el punto de vista jurídico, se obtiene promoviendo las circunstancias para que alcance el mayor grado de realización posible a través del goce o adquisición de los bienes humanos que subyacen a los derechos humanos constitucionalizados, es decir, a través del pleno ejercicio de los derechos fundamentales (Castillo, 2010, pp. 93-95), y particularmente a través de la plena vigencia del derecho a la vida que, bien vistas las cosas, es presupuesto de la existencia de aquello que tiene condición de fin (cfr. Pereira, 2011, pp. 593-594). De esta forma, se ha de reconocer corrección a R1 y R2<sup>20</sup>.

Al haberse constatado que el concebido es sujeto de derecho y que por tal razón se le ha de considerar como persona, que exige —por su valor— que los poderes públicos promuevan las cosas de modo que sus derechos puedan ser ejercidos de modo pleno (Martínez-Pujalte, 1997, pp. 118-119), corresponde concretar esta exigencia para uno de esos derechos: el derecho a la vida. Esta concreción exige sostener que está exigido promover las cosas de modo que se permita al concebido ejercer lo más plenamente posible las atribuciones que el contenido constitucional de su derecho a la vida le depara. Esta exigencia debida y por ello exigencia de justicia, influye notablemente a la hora de determinar jurídicamente desde cuándo existe el *concebido*. La influencia mencionada se concreta exigiendo que el intérprete proporcione contenido jurídico a una expresión científica, de la mano de principios de interpretación que en caso de duda favorezcan más y mejor a la plena vigencia del derecho a la vida por parte de su titular.

En consecuencia, si desde una perspectiva jurídica resulta relevante saber desde cuándo se ha de considerar iniciada la vida para prestarle la

---

<sup>19</sup> Se trata de la expresión del Código Civil de Vélez Sarsfield de 1870.

<sup>20</sup> Correcta también es R3, aunque en este marco argumentativo no tiene fuerza.



máxima protección posible, y habiendo duda científica desde cuándo se inicia la vida (duda generada por dos teorías científicas que dan respuestas distintas a la misma pregunta), entonces, el valor supremo del sujeto de derecho que es el concebido exige decantarnos por aquella teoría que en caso de duda favorece más y mejor la plena vigencia del derecho a la vida. Y en este caso la que cumple este cometido es la teoría de la fecundación. Si científicamente es aceptable que la vida se inicie con la fecundación y la fecundación es un estadio anterior a la implantación, que es el otro momento respecto del cual se puede sostener científicamente el inicio de la vida, entonces, la promoción de las circunstancias que permita la plena vigencia del derecho a la vida exige abrazar la teoría de la fecundación. Esto atañe más al principio *pro homine* que al principio *favor débiles*, que exige que ante el reconocimiento del concebido como persona, interpretemos los hechos descritos por la ciencia de la manera que más favorezca a la protección de la vida, lo que se conseguirá abrazando la teoría de la fecundación. Queda sostenida la corrección de R6 y de R7<sup>21</sup>.

Así, es posible encontrar corrección en las razones que sostienen la norma constitucional adscripta N38; y con tal corrección aceptada, está exigido reconocer que tal norma no solamente es formalmente constitucional por haberse pegado al art. 2.1 de la Constitución por la fuerza de la interpretación vinculante del TC, sino que también está exigido reconocerle constitucionalidad material<sup>22</sup>.

## ***VI.I. 2. Análisis de la corrección de las razones que sostienen N50***

De las tres razones que el TC ha mencionado para sostener la norma N50, la única directamente vinculada con ella es la razón R10; y en su auxilio justificativo vienen algunas de las razones presentadas para sostener la norma N38. En efecto, cabe afirmar que si la persona vale como fin, y esto no es creado sino reconocido por el Constituyente, queda justificado promover las cosas lo más posible para asegurar la máxima realización de la persona precisamente por ser fin, es decir, para asegurar lo más posible la consecución de los bienes humanos que significan los derechos fundamentales. Entonces, estará justificado decantarse por el principio precautorio, en la medida que éste, tal como lo formula la razón R10, promueve una mayor y mejor protección a la persona, a través de una mayor y mejor protección de sus derechos fundamentales.

---

<sup>21</sup> En contra Zambrano & Castro Videla, 2015, pp. 17-21.

<sup>22</sup> Otras razones aún más fuertes, pueden ser dadas para sostener la constitucionalidad material de N38, pero aquí no serán dadas porque el propósito es analizar las dadas por el TC.

Tanto la operatividad como la determinación del ámbito de aplicación del principio precautorio, no solamente guardan una coherencia formal, sino también una justificación material. En referencia a su operatividad, es un principio que exige tomar medidas para prevenir daños aun cuando no exista la certeza científica de que tales daños puedan materializarse; bastaría, pues, desde el punto de vista científico que el daño sea probable y no cierto para que surja la exigencia de prevención. Y sobre su alcance el TC expresamente menciona la protección de bienes jurídicos como la salud, el ambiente, la ecología.

Pues bien, si este principio opera de la manera descrita, está justificado que se aplique a la protección de bienes jurídicos en sentido amplio, dentro de los cuales deben ser incluidos los derechos fundamentales. En la medida que se dirige a prevenir la ocurrencia de daños genera una mayor y mejor protección, es un principio que materialmente debería predicarse de aquello que tiene un especial valor, como es la persona; de esta forma, debería ser aplicado para conseguir la mejor protección de los derechos fundamentales y bienes jurídico-constitucionales. Esta justificación permite reconocer corrección a R10.

## **VIII. LA REFERENCIA AL CASO CONCRETO**

### ***VIII.1. Las premisas normativa y fáctica***

En la justificación del fallo, el TC ha interpretado la constitución y, consecuentemente, ha creado dos normas adscriptas que por la corrección de las razones que la sustentan, han de ser tenidas como normas formal y materialmente constitucionales: las normas N38 y N50 de la STC 02005-2009-PA/TC. Por ello, tales dos normas se adscriben a otras tantas normas constitucionales directamente estatuidas, sin contradecirlas. Ambas normas adscriptas conforman la premisa normativa del caso.

Además de la premisa normativa existe una premisa fáctica en el caso que puede ser formulada así: la PDS entraña un riesgo para el derecho a la vida, riesgo que aunque no está científicamente acreditado con certeza, sí muestra indicios razonables y suficientes de que existe, originando una razonable duda. La validez de esta premisa fáctica se sostiene desde las razones R8 y R9 referidas anteriormente. Tal riesgo consiste en impedir que el óvulo fertilizado se adhiera e implante en el útero.

Estas razones, aunque antecedieron a la formulación de N50, bien vistas las cosas, están destinadas a justificar la premisa fáctica. Al TC le es suficiente para crear la duda razonable de la existencia del referido

riesgo<sup>23</sup>, primero, que las posologías de las distintas presentaciones médicas de la PDS comercializadas en el Perú (aprobadas y autorizadas por el Ministerio de Salud) refieran la existencia del riesgo; y segundo, que otra de las modalidades en las que aparece la PDS, el llamado Plan B, presenta también la existencia del riesgo, según lo sostiene la FDA. Es relevante y suficiente la advertencia expresa por parte de las autoridades públicas nacionales y extranjeras de que la PDS puede impedir la implantación del cigoto en el endometrio, para dar por probado el riesgo y sostener que es real. Sin duda que R8 y R9 no alcanzan para sostener la certeza del riesgo; pero el cometido es uno distinto, crear la razonable duda de que el riesgo puede darse. Lo que exige reconocer corrección a R8 y R9, y con ella, la validez de la premisa fáctica.

### ***VIII.2. La inferencia***

La premisa normativa (que, como se dijo, se construye desde la conjunción de la N38 y la N50), puede ser formulada en los términos siguientes:

PN: Está ordenado considerar que la vida se inicia con la fecundación, y desde entonces deben ser promovidas las cosas para lograr la plena vigencia del derecho a la vida, lo que justifica que se tomen medidas razonables frente a riesgos de ataque a la vida, aun cuando no haya certeza científica, pero sí indicios razonables.

Mientras que la premisa fáctica puede ser así formulada:

PF: La PDS genera sobre la vida del concebido un riesgo del que si bien no existe certeza científica, sí existen indicios razonables.

Basados en ambas premisas, es posible formular la inferencia siguiente:

I: Se ha de tomar medidas razonables para enfrentar el riesgo que para el derecho a la vida del concebido representa la PDS.

---

<sup>23</sup> La referencia concreta de N50 al derecho a la vida del concebido, la muestra el TC de la manera siguiente: «este Tribunal considera que hay suficientes elementos que conducen a una duda razonable respecto a la forma en la que actúa el AOE sobre el endometrio y su posible efecto antimplantatorio, lo que afectaría fatalmente al concebido en la continuación de su proceso vital» (STC 02005-2009-PA/TC, fundamento 51).

Formulada así la inferencia, la cuestión se desplaza a determinar si la suspensión de la distribución gratuita de la PDS por parte del Ministerio de Salud, representa una medida razonable para enfrentar el riesgo que ella representa para el derecho a la vida del concebido.

En la STC 02005-2009-PA/TC, el TC ha sostenido que:

«Teniendo en cuenta, por un lado, que la concepción se produce durante el proceso de fecundación, cuando un nuevo ser se crea a partir de la fusión de los pronúcleos de los gametos materno y paterno, proceso que se desarrolla antes de la implantación; y, por otro, que existen dudas razonables respecto a la forma y entidad en que la denominada ‘Píldora del Día Siguiente’ afecta al endometrio y por ende el proceso de implantación; se debe declarar que el derecho a la vida del concebido se ve afectado por acción del citado producto. En consecuencia, el extremo de la demanda relativo a que se ordene el cese de la distribución de la denominada ‘Píldora del Día Siguiente’, debe ser declarado fundado» (fundamento 53).

El TC yerra al sostener la validez de la medida de suspensión de la distribución gratuita del PDS, con la sola afirmación de la premisa normativa y de la premisa fáctica. Hay, en este punto, una ausencia de justificación sobre la razonabilidad de una tal medida<sup>24</sup>, razonabilidad exigida precisamente por el resultado de la inferencia arriba apuntado. Esta ausencia de justificación no invalida por sí misma la respuesta del TC, si acaso pueden ser encontradas razones a favor de su razonabilidad. Corresponde, pues, indagar si es posible formular razones en ese sentido.

### ***VIII.3. La justificación de la razonabilidad de la medida de suspensión de la distribución gratuita de la PDS***

Tales razones provendrán de tomar en consideración otros derechos fundamentales relacionados con el derecho a la vida del concebido. Particularmente, «el derecho a la autodeterminación reproductiva», por emplear la terminología usada por el TC en este caso<sup>25</sup>. Tomando en

---

<sup>24</sup> En el mismo sentido, cfr. Alvites Alvites, 2009, p. 25; Morales Luna, 2009, p. 49.

<sup>25</sup> A decir del TC:

«El derecho a la autodeterminación reproductiva es un derecho implícito contenido en el más genérico derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este derecho consiste en la autonomía para decidir en los asuntos que sólo le atañen a la persona. Pero también puede afirmarse que el derecho a la autodeterminación reproductiva se desprende del reconocimiento de la dignidad de la persona humana y del derecho general de libertad que le es inherente» (STC 02005-2009-PA/TC fundamento 6).

consideración este derecho, las razones pueden ser encontradas según dos caminos distintos.

a) *Argumentos según la teoría conflictivista*

Un primer camino viene construido por la teoría conflictivista, según la cual habría que reconocer que efectiva y realmente ha entrado en conflicto el derecho a la vida del concebido y el derecho a la autodeterminación reproductiva de la mujer. Este conflicto se resolvería ponderando cuál derecho pesa más en el caso concreto (Morales Luna, 2009, p. 48), para lo cual es útil la fórmula del peso de Alexy<sup>26</sup>, fórmula que puede graficarse de la siguiente manera (Bernal Pulido, 2005, p. 101):

$$GPi,jC = \frac{IPiC \cdot GPiA \cdot SPiC}{WPjC \cdot GPjA \cdot SPjC}$$

En el caso, pueden ser tenidas las siguientes variables:

Pi: derecho a la vida del concebido

Pj: derecho a la autodeterminación reproductiva de la mujer

Con base en estas variables, la fórmula puede ser leída de la manera siguiente: el peso concreto del derecho a la vida del concebido en relación al derecho a la autodeterminación reproductiva de la mujer en el caso concreto, es igual al cociente que se obtiene de dividir por un lado el producto obtenido del grado de la afectación del derecho a la vida del concebido, por el peso abstracto del derecho a la vida del concebido, por el grado de seguridad de las premisas fácticas respecto del derecho a la vida en el caso concreto; y por otro, el producto obtenido del grado de realización del derecho a la autodeterminación reproductiva de la mujer en el caso concreto, por el peso abstracto del derecho a la autodeterminación reproductiva de la mujer, por la seguridad de las premisas fácticas referidas del derecho a la autodeterminación reproductiva de la mujer.

Además, la medida restrictiva cuya proporcionalidad se valorará es:

**M:** Distribuir gratuitamente el Ministerio de Salud la PDS.

Siendo M la indicada arriba, y utilizando los valores propuestos por Alexy para las variables distintas, se obtiene lo siguiente:

---

<sup>26</sup> «Fórmula que exprese el peso de un principio bajo las circunstancias del caso concreto, o de manera más breve, su peso concreto» (Alexy, 2004, p. 67).

**IPiC:** el grado de afectación del derecho a la vida es grave, debido a que se trata de impedir su anidación en el útero, sin la cual no será posible que la vida iniciada en la fecundación, prosiga. El valor numérico de la afectación grave es  $2^2$ , es decir, 4.

**GPIA:** el peso abstracto del derecho a la vida es siempre el mayor posible por tratarse de un derecho fundamental sin el cual no es posible predicar ningún otro derecho, como el derecho a la autodeterminación reproductiva. A esta variable le corresponde también el grado grave en su valor, es decir,  $2^2$ , que es 4.

**SPiC:** en el caso concreto no hay certeza de que el llamado tercer efecto de la PDS se produzca, por lo que el valor no puede ser “seguro”, sino que será o “plausible” (que equivale a  $2^{-1}$ ) o “no evidentemente falso” (que equivale a  $2^{-2}$ ). Optemos por el menor valor posible para dar un mayor margen de eficacia a la fórmula del peso. Así, en el caso concreto que la PDS afecte la anidación del cigoto es “no evidentemente falso”, correspondiéndole el valor de  $2^{-2}$ , es decir,  $\frac{1}{4}$ .

**WPjC:** el grado de realización del derecho a la autodeterminación reproductiva en ningún caso puede ser leve, debido a que se trata de impedir con la PDS el embarazo no decidido por la mujer. Para dar un mayor margen de eficacia a la fórmula del peso, vamos a atribuirle un grado grave, vale decir,  $2^2$ , 4.

**GPjA:** el peso abstracto del derecho a la autodeterminación reproductiva no puede ser igual al del derecho a la vida, y si a este se le ha dado el peso grave o intenso, a aquel se le tendrá que dar el valor leve o medio. Nuevamente, para favorecer la eficacia de la fórmula del peso, vamos a considerar el valor medio  $2^1$ , es decir, 2.

**SPjC:** el grado de seguridad de que consumiendo la PDS conseguirá hacer realidad la decisión de la mujer de no embarazarse no puede ser “seguro” desde que no está científicamente comprobado que la PDS consiga evitar la anidación del cigoto en el endometrio. Para favorecer la eficacia de fórmula del peso, asignémosle el mayor de los restantes valores: plausible, es decir,  $2^{-1}$ , que equivale a  $\frac{1}{2}$ .

Sustituyendo las variables en letras por su valor en números, se obtendría:

$$GPi,jC = \frac{4.4.1/4}{4.2.1/2} = \frac{4}{4} = 1$$

A pesar de la duda acerca del valor a asignar a las variables referidas al derecho a la vida, se ha optado por dar el menor posible a fin de favorecer la eficacia de la fórmula del peso como instrumento de resolución del conflicto, y ha dado como resultado un cociente igual a 1. Es decir, que en el caso concreto pesa igual el derecho a la vida del concebido que el derecho a la autodeterminación reproductiva de la mujer. Si se hubiese optado por no dar el menor valor posible a las variables referidas al derecho a la vida, el cociente habría sido un valor mayor que 1, lo que habría indicado que en el caso concreto el derecho a la vida del concebido pesa más.

Si bien es cierto la fórmula del peso solo muestra el camino argumentativo por donde debería discurrir la justificación sin que la apelación a números sea el factor determinante, también es cierto que esta fórmula aplicada al caso concreto que ahora se examina, permitirá obtener razones a favor del derecho a la vida por lo menos tan fuertes como las razones a favor del derecho a la autodeterminación reproductiva de la mujer. De esta manera, la ponderación aplicada al caso, o da como resultado un empate argumentativo, o da como resultado un mayor peso al derecho a la vida del concebido y, consecuentemente, una justificación del sacrificio sobre el derecho a la autodeterminación reproductiva.

De cara a la cuestión aquí por resolver, esto significa que la ponderación o dice que no puede sostener que la medida M es o no constitucional; o dice que M es inconstitucional (por tanto, es inconstitucional que el Ministerio de Salud reparte gratuitamente la PDS). En ningún caso dice que M es constitucional o razonable.

### *b) Razones según una teoría no conflictivista*

Un modo distinto de ver las cosas es negar que el contenido constitucional o esencial del derecho a la vida haya entrado en contradicción con el contenido constitucional o esencial del derecho a la autodeterminación reproductiva (Castillo, 2010, pp. 93-95), en el entendido que los bienes humanos que justifican y definen el alcance de cada contenido iusfundamental no justifican dos ejercicios contradictorios entre sí (Serna & Toller, 2000, pp. 37-85). Así, de lo que se trata es de formular razones no para determinar cuál derecho pesa más en un caso, sino para sostener cuál de las dos pretensiones planteadas es producto del ejercicio razonable del derecho fundamental invocado (Cianciardo, 2000, pp. 274-280). En buena cuenta, se trata de saber quién ha ejercido de un modo constitucionalmente correcto su derecho fundamental, con base en la

conurrencia de criterios de interpretación constitucional como el criterio sistemático y el teleológico (Castillo, 2005, pp. 144-149).

Desde el punto de vista sistemático puede ser sostenido que ningún contenido constitucional de un derecho fundamental da derecho a vulnerar o sacrificar el contenido de otro derecho fundamental, entre otras razones porque la constitución se ha de interpretar según los principios de unidad<sup>27</sup> y de normatividad<sup>28</sup>. Esto quiere decir que si está justificado suficientemente un elemento del contenido esencial o constitucional del derecho a la vida, no podrá ser sostenido como elemento del contenido esencial o constitucional del derecho a la autodeterminación reproductiva de la mujer, uno que lo contradiga.

Desde el punto de vista teleológico, si el bien perfecciona al ser<sup>29</sup> a través de la satisfacción de necesidades esenciales (que brotan de su esencia), el bien humano vida está llamado a satisfacer la necesidad de existencia de la persona, la más elemental y relevante de las necesidades esenciales humanas (la vida tiene en realidad la condición de presupuesto fáctico y normativo); y al predicarse de quien tiene la condición de fin (en sí mismo, por tanto, la condición de absoluto), entonces está ordenado hacer todo lo posible para que el presupuesto en ningún caso se vea afectado.

Puede ser afirmado que forma parte del contenido constitucional o esencial del derecho a la vida, el deber —predicado sin duda de los poderes públicos, como fue referido antes—, de no promover el acceso a medios cuyo único uso posible puede acarrear la negación del presupuesto (fáctico y normativo) que representa la vida, es decir, que puede acarrear la muerte. El contenido constitucional del derecho a la autodeterminación reproductiva, no puede dar derecho a pedir que los poderes públicos ignoren este deber, de manera que se le obligue a promover el empleo de medios que pueda acarrear la muerte de la persona. Si, como se ha sostenido con corrección, la PDS puede acarrear la muerte del concebido (que ya es persona para el ordenamiento jurídico peruano), entonces, el contenido constitucional al derecho a la autodeterminación reproductiva de la mujer no da derecho a promover los medios que consigan la muerte del concebido impidiendo que se implante en el endometrio. Precisamente por

---

<sup>27</sup> Conforme al cual, ha dicho el TC, «la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un ‘todo’ armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto» (EXP. 5854-2005-PA/TC, fundamento 12a).

<sup>28</sup> Según el TC, «[l]a interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante *in toto* y no sólo parcialmente» (*ibid.*, fundamento 12e).

<sup>29</sup> Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, I, 1094a-1103a.



esto, no se podrá exigir al Estado que promueva el consumo de la PDS, distribuyéndola gratuitamente<sup>30</sup>. Es posible, pues, dar razones a favor de la inconstitucionalidad de M, es decir de invalidar la decisión del Ministerio de Salud de promover el consumo de la PDS a través de su distribución gratuita.

## **IX. CONCLUSIONES**

Del análisis de la STC 02005-2009-PA/TC es posible concluir que el TC ha creado dos normas tanto formal como materialmente constitucionales que se han adscrito al art. 2.1 de la Constitución peruana. Según la primera, está ordenado considerar que la vida inicia desde la fecundación del óvulo por el espermatozoide; y según la segunda está ordenado tomar medidas razonables para evitar riesgos posibles contra el derecho a la vida del concebido. Tales normas constitucionales adscriptas conforman la premisa normativa del caso, y la premisa fáctica la conforma la afirmación de que la PDS puede generar riesgos sobre la vida del concebido al existir la duda razonable de que uno de sus efectos es impedir la anidación del cigoto en el endometrio. Desde estas dos premisas se infiere que está ordenado tomar medidas razonables para evitar el riesgo que para la vida del concebido representa la PDS.

Así formulada la inferencia, la cuestión se desplaza a saber si existen razones para sostener que la prohibición de repartir gratuitamente la PDS por parte del Ministerio de Salud, es o no es una medida razonable. Desde una interpretación conflictivista, la ponderación de derechos podía dar dos resultados; o la prevalencia del derecho a la vida del concebido sobre el derecho a la autodeterminación reproductiva de la mujer; o un empate entre ambos derechos. Desde una interpretación no conflictivista, se daban razones para sostener que forma parte del contenido constitucional o esencial del derecho a la vida la obligación del Estado de evitar cualquier tipo de disposición sobre la vida, que es el presupuesto de la existencia de quien tiene condición de absoluto (la persona). Estas razones permiten sostener que la pretensión de poner en riesgo la vida del concebido significa la pretensión del ejercicio extralimitado del derecho a la autodeterminación reproductiva de la mujer. De este modo, se establecía

---

<sup>30</sup> Repárese en que el contenido constitucional del derecho a la vida no obliga necesariamente al Estado a prohibir la comercialización de medios cuyo empleo pueda ocasionar la muerte. Por ejemplo, el derecho a la vida no justifica la prohibición de venta de armas de fuego, pero sí justifica la prohibición de promover su uso (a través de una regulación que restrinja el acceso a las armas).

que la medida que prohibía la distribución gratuita de la PDS por parte del Ministerio de Salud, es una medida justificada que cumplía el contenido normativo de la inferencia a la que antes se arribaba. Por lo que la decisión del TC peruano de declarar fundada la demanda y, consecuentemente, ordenar que el Estado peruano suspenda la distribución gratuita de la PDS, puede ser tenida como una decisión justa por tratarse de una medida que atendía razonablemente a una exigencia del contenido constitucional del derecho a la vida del concebido.

## REFERENCIAS

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (2004). *Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España.
- Alvites Alvites, E (2009). Los límites de la jurisdicción constitucional a propósito del proceso de amparo sobre la anticoncepción oral de emergencia. *Gaceta Constitucional*, 23, 15-26.
- Aristóteles (1985). *Ética nicomaquea*. J. Pallí Bonet (trad.). Madrid: Gredos.
- Bachof, O. (2008). *¿Normas constitucionales inconstitucionales?* Lima: Palestra.
- Bernal Pulido, C. (2005). *El Derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal Pulido, C. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª ed.: Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Castillo Córdova, L. (2005). Algunas pautas para la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales. *Actualidad Jurídica*, 139, 144-149.
- Castillo Córdova, L. (2007). *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, 3ª ed.: Lima: Palestra.
- Castillo Córdova, L. (2010). El contenido constitucional de los derechos fundamentales como objeto de protección del amparo. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 14, 89-118.
- Castillo Córdova, L. (2011). Análisis de algunas recientes normas procesales constitucionales creadas por el Tribunal Constitucional. *Gaceta Constitucional*, 37, 23-38.
- Castillo Córdova, L. (2011). Las exigencias de racionalidad al Tribunal Constitucional como controlador de la constitución. *Gaceta Constitucional*, 39, 21-33.
- Castillo Córdova, L. (2015). *Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*, 2ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.
- Häberle, P. (2003). *El Estado Constitucional*. Ciudad de México: UNAM.
- Cianciardo, J. (2000). *El conflictivismo en los derechos fundamentales*. Navarra: EUNSA.
- Guastini, R., (2011). Disposición vs. Norma. En S. Pozzolo, & R. Escudero, *Disposición vs. Norma*. Lima: Palestra, 133-156.
- Guastini, R. (2008). *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Ciudad de México: Porrúa-UNAM.
- Morales Luna, F (2009). El debate en torno a la anticoncepción oral de emergencia y al aborto desde una perspectiva argumentativa. *Gaceta Constitucional*, 23, 43-56.
- Pereira Menaut, A. C (2011). *En defensa de la constitución*. Lima: Palestra.
- Serna, P. & Toller, F. (2000). *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*. Buenos Aires: La Ley.
- Zagrebel'sky, G. (2007). *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta.
- Zambrano, P. & Castro Videla, S. (2015). Reflexiones en torno al derecho a la vida y la "pildora del día después" a la luz de tres precedentes judiciales, 13-14. En: <http://www.usergioarboleda.edu.co/lumen/biblioteca/Pilar%20Zambrano/pildora%20del%20dia%20despues.pdf> (recuperado el 20-XII-2016).