

María Elena Corral

## Sobre la "Pastilla del Día Después"

Científicamente es imposible determinar el momento exacto de la concepción del óvulo sino hasta que este se implanta en el útero de una mujer, por lo tanto es complejo determinar desde cuándo ha iniciado una nueva vida.

La resolución del Tribunal Constitucional número 14-2005-RA de 23 de mayo de 2006 suspendió "definitivamente la inscripción del medicamento y certificado de registro sanitario N° 25.848-08-04 del producto denominado POSTINOR-2/ LEVONORGESTREL 0.75 COMPRIMIDOS con vigencia desde el 5 de agosto de 2004."

<sup>1</sup> Esta resolución toca un tema neurálgico, tanto para la vida política como para la vida privada del Ecuador. Las decisiones y las disposiciones de los entes públicos tienen efectos directos e indirectos en la vida de los ciudadanos de un país, y además sientan precedentes jurídicos importantes.

La resolución por la que el Tribunal Constitucional- la más alta autoridad en materia constitucional del país- determinó que los comprimidos o pastillas POSTINOR-2 son ilegales; que el registro sanitario es inconstitucional porque los efectos de este medicamento violan el derecho a la vida consagrado en la Carta Política ecuatoriana vigente y que, por lo tanto, tiene que ser prohibida su venta y, por ende, su consumo. De las decisiones del Tribunal Constitucional no cabe apelación ante ningún órgano de jurisdicción nacional y sus decisiones son vinculantes para todas las ecuatorianas y ecuatorianos.

Cabe sobre el caso realizar un análisis jurídico pormenorizado.

### I. ANTICONCEPTIVO DE EMERGENCIA

En primer término es importante precisar en qué consiste el medicamento en cuestión. El levonorgestrel es una progestina sintética biológicamente activa. Es el principio activo de la denominada "pastilla del día después" o píldora anticonceptiva de emergencia -PAE.<sup>2</sup>

La progestina es un progestágeno sintético; es decir, son hormonas con un efecto similar a la progesterona, la cual es el único progestágeno natural. Esta hormona progesterona revierte los efectos de los estrógenos del cuerpo, hormonas sexuales femeninas producidas por los ovarios y por las glándulas adrenales. Los estrógenos indu-

cen fenómenos de proliferación celular sobre el endometrio, las mamas y los ovarios y actúan con diversos grupos celulares del organismo, especialmente con algunos relacionados con la actividad sexual y con el cerebro.<sup>3</sup>

El levonorgestrel actúa como la hormona progesterona e ingerido en la dosis recomendada, es un método efectivo de anticoncepción de emergencia.

La Organización Mundial de la Salud (WHO por sus siglas en inglés) en varios estudios, publicaciones, conferencias e investigaciones ha establecido que los efectos del levonorgestrel, en dosis pequeñas como las que contiene la "pastilla del día después", tiene tres efectos:

- Retarda la ovulación;
- Evita que el espermatozoide llegue al óvulo y lo fertilice; o,
- Previene la implantación de un óvulo fecundado en el útero alterando el endometrio.

Todos estos efectos tienen una sola finalidad: evitar un embarazo no deseado.

Por otra parte, la Organización Mundial de la Salud ha determinado que "de acuerdo con los informes de cuatro estudios en que participaron casi 5.000 mujeres, el régimen de levonorgestrel utilizado dentro de los 5 días posteriores a la relación sexual sin protección redujo las probabilidades de embarazo en un 60-90 por ciento. La eficacia del régimen es mayor mientras se utilice lo más pronto posible después de la relación sexual."<sup>4</sup>

Otra de las advertencias que hace la Organización Mundial de la Salud es que "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. Es decir que, las PAE no son eficaces una vez que el proceso de implantación se ha iniciado y no provocarán un aborto."<sup>5</sup>

La "pastilla del día después" tiene un tiempo de eficacia: si se la toma dentro de los 3 ó 5 días después de la relación sexual no protegida, se puede evitar el embarazo no deseado, pero si se la toma después de este periodo de vigencia de los efectos, no produce resultados; es decir, no previene el embarazo, y nunca termina con uno que ya haya iniciado.

## II. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL No 14-2005-RA

El Tribunal Constitucional resolvió conceder la acción de amparo a la demanda presentada por el diputado Fernando Rosero Rhode en contra del Instituto Nacional de Higiene y Medicina Tropical "Leopoldo Izquieta Pérez" y del Ministro de Salud. La pretensión del recurrente era que se retire el registro sanitario y el permiso de comercialización al medicamento POSTINOR- 2, comúnmente conocido como "pastilla del día después" o píldora anticonceptiva de emergencia.

Dicha resolución basa su principal argumento en que la píldora de anticoncepción de emergencia es abortiva y, por lo tanto, violatoria del derecho a la vida consagrado y protegido en la Constitución Política ecuatoriana. La Tercera Sala del Tribunal ha resuelto basándose en la "duda razonable" de que la vida humana se inicia en el momento de la unión de las células sexuales femeninas y masculinas. En esta perspectiva, la vida se iniciaría desde el momento mismo de la concepción, entendiéndose por tal, como queda dicho, la de la unión de las células sexuales.

La problemática principal de la resolución se basa en el debate sobre el inicio de la vida. Esta discusión es casi tan antigua como la civilización, y como son los intentos y los métodos para la anticoncepción.

### A. Inicio de la vida

A lo largo de la historia se han desarrollado teorías filosóficas de acuerdo con las circunstancias particulares de los diferentes grupos, comunidades o países. Estas teorías más tarde fueron confirmadas y otras fueron mejoradas por descubrimientos científicos.

Precisar cuándo exactamente inicia la vida es una misión casi imposible. El debate lleva siglos sobre la mesa y, todavía, no hay luces que indiquen que se llegará a un acuerdo general.

El presente tema tiene un alto contenido ético y religioso en algunos casos y tiene que ver con los valores sociales y con las convicciones particulares de cada persona. Así, hay quienes sostienen que la vida inicia con la unión del óvulo con el espermatozoide, es decir con la concepción. Los mayores defensores de esta posición son la Iglesia Católica y los movimientos PRO VIDA. Otras personas sostienen que la vida se inicia cuando existe la posibilidad real de que el potencial ser humano se desarrolle; esto es, cuando el óvulo fecundado se implanta en el útero de una mujer y se inicia el período de gestación.

Y hay quienes sostienen que la vida humana da inicio en el momento del nacimiento; es decir cuando se da la separación completa de la criatura del cuerpo de la madre; esta posición es defendida por los movimientos PRO CHOICE.

Las tres perspectivas tienen matices y diferencias; sin embargo, los principales u más controvertidos puntos de vista sobre la discusión del inicio de la vida de un nuevo ser humano son:

1. PRO VIDA.- Los movimientos PROVIDA -la mayor representante de esta tendencia es la Iglesia Católica- sostienen que la vida inicia desde el momento de la unión de las células sexuales, como se dijo anteriormente. En ese momento, es Dios quien crea una nueva vida y, asimismo, El decide cuando esta vida termina. La teoría de los movimientos PROVIDA sostiene que Dios es el único dueño de la vida de todos los seres humanos. Los seres humanos estamos sujetos a la voluntad de Dios; así como la vida, la libertad de las personas no pertenece enteramente a las personas, quienes estamos sujetas a una voluntad superior externa.

Por otra parte, la Iglesia Católica entiende al sexo únicamente como un acto para la procreación y no para el placer. "Santo Tomas de Aquino consideraba que disociar el sexo de la procreación era un acto que iba en contra de la naturaleza y, por lo tanto, era pecado."<sup>6</sup>

Así, para esta corriente de pensamiento, el derecho a la vida del embrión tiene mayor importancia y debe estar por sobre la libertad de elección de la madre. Cualquier forma artificial que evite que el embrión, y más tarde el feto, se desarrolle es una violación al derecho a la vida, un crimen, además de ser un acto moralmente reprochable.

Para esta teoría, la personalidad jurídica -la facultad de ejercer derechos y contraer obligaciones- nace en el momento de la unión de las células sexuales, es por ello que merece protección legal ya que el que esta por nacer es titular, por lo pronto, el derecho a la vida.

2. PRO CHOICE.- Los movimientos PRO CHOICE, o "pro elección", por el contrario sostienen que el valor ético y el bien protegido más importante de los seres humanos es la libertad de decisión y es derecho elemental de toda mujer elegir cuántos hijos tiene y cuándo los tiene. Esta teoría establece que cada ser humano es dueño de su cuerpo y de su espíritu y que, por lo tanto, es libre de decidir sobre su vida en todo aspecto.

Consecuentemente, la libertad de elección está por encima de un potencial derecho a la vida basado en una expectativa de vida.

El status jurídico del embrión, es decir del óvulo fecundado, es el de una célula más o de una parte del cuerpo humano que está sujeta a las decisiones libres de una persona, es decir de la mujer. Hasta el que nuevo ser humano no nazca y se separe completamente de la madre, sus derechos no se originan. Es decir que, para que un ser humano tenga personalidad jurídica es necesario que haya nacido, si no nace se entiende que nunca existió y nunca fue titular de derechos ni de obligaciones.

Esta corriente tuvo su inicio con el movimiento feminista del siglo XIX y con el rompimiento de la influencia religiosa y con el nacimiento de una filosofía política occidental, la que permitía desafiar las ideas antiguas de la Iglesia Católica y, de este modo, tener un control independiente sobre la vida sexual de cada persona.

El mayor aporte del movimiento feminista fue entender que las mujeres son los personajes centrales en el proceso reproductivo. Es así que deben ser ellas quienes decidan cuántos hijos quieren tener, principalmente para asegurarse que pueden ser mejores madres de pocos hijos, que malas madres de muchos.<sup>7</sup>

La lucha y el debate que el movimiento feminista ha puesto sobre la mesa desde hace dos siglos insiste en que la posibilidad de controlar la reproducción siempre ha sido una preocupación más femenina que masculina debido a las consecuencias que tiene un embarazo en el cuerpo y en la vida de la mujer. Es por ello que la corriente del feminismo moderno exige autonomía completa para ejercer control sobre el propio cuerpo.

El Ecuador, al ser un país mayormente católico, protege el derecho a la vida desde el momento de la concepción siguiendo la doctrina de la Iglesia Católica. Así, la Constitución Política de la República establece en el artículo 49 que: *Los niños y adolescentes gozaran de los derechos comunes al ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado les asegurará y garantizará el derecho a la vida, desde su concepción; a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía...*

En el considerando DECIMO de la resolución, el Tribunal Constitucional, después de citar el artículo 49 de la Carta Política y los artículos pertinentes del Código de la Niñez y Adolescencia que establecen que *los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la vida desde se concepción y que se prohíben las manipulaciones y experimentos médicos y genéticos desde la fecundación del óvulo*<sup>8</sup>, resuelve que "no existe en el ordenamiento jurídico ecuatoriano una norma específica que defina cuándo se produce la concepción... la Sala conciente 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... en el análisis de la presente materia se ha generado una duda razonable que obliga a realizar la interpretación de la norma contenida en el artículo 49 de la Constitución, con alcance a favor de la persona y del derecho a la vida. El Tribunal dice aplicar el principio pro homine; es decir que, en caso de duda, se debe estar en la interpretación que favorece de la persona."<sup>9</sup>

## B. La duda razonable

El principio de la duda razonable en Derecho se aplica cuando no existe certeza o falta de evidencias en un asunto controvertido. En el caso de la ley ecuatoriana, el supuesto de la norma, cuando se presenta una duda razonable, favorece a la parte más débil. Ese es el caso del principio pro operario, en el derecho laboral o del indubio pro reo en el derecho penal. Sin embargo, en el caso de la resolución del Tribunal Constitucional en el asunto de la PAE, la duda razonable cae por gravedad.

El Tribunal estableció que no se puede asegurar que la concepción se dé con la fecundación del óvulo, pero tampoco se puede asegurar lo contrario, por lo tanto hay que aplicar el principio pro homine y determinar que la vida inicia desde la concepción. La pregunta que debe hacerse es ¿Qué pasa si el óvulo fecundado no llega a implantarse en el útero de la mujer? ¿Existe un nuevo ser humano vivo con el solo hecho de la concepción? La ciencia ha comprobado que si la implantación del embrión no ocu-

rre, éste no tendrá la posibilidad de desarrollarse y culminar siendo un nuevo ser humano. Es decir que, el óvulo fecundado, si no se encuentra en un ambiente propicio para iniciar su desarrollo, nunca podrá evolucionar completamente y nacer.

Es universalmente conocido que el embarazo inicia desde el momento en que el embrión se implanta en el útero de la mujer. El Tribunal Constitucional asegura que esta verdad científica es un "sofisma como es que no puede existir aborto donde no hay un embarazo, partiendo de que se considera que hay embarazo sólo desde la anidación del huevo en la mucosa uterina, para convencer de este modo que no se trata de un aborto."<sup>10</sup>

Sin embargo, si el óvulo fecundado no se implanta en el útero, simplemente este no se desarrollará y, por lo tanto, no existirá la posibilidad real de que un embarazo se lleve a cabo. Es en ese momento que se configura la posibilidad real de que exista un nuevo ser humano; no obstante, aún así, el nuevo ser humano, sigue siendo una mera expectativa, ya que primero debe culminar el proceso de gestación con el nacimiento.

La legislación ecuatoriana protege la vida del nasciturus- el que esta por nacer- pero tampoco le da el status legal de persona<sup>11</sup>. Así, el artículo 60 del Código Civil establece que *el nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que es separada completamente de su madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que, perece antes de estar completamente separada de su madre, se reputara no haber existido jamás.*

Es decir, el derecho de quien está por nacer está protegido por la legislación ecuatoriana aunque sus derechos completos estén en suspenso hasta que el nuevo ser humano nazca y sea separado completamente de su madre. Lo que debía haber discutido el Tribunal Constitucional es la posibilidad de que todos los óvulos que son fecundados lleguen a ser personas reales, es decir, lleguen a nacer.

Adicionalmente, y para la aplicación del artículo 49 de la Constitución, el Tribunal Constitucional debía asegurarse si en realidad se produjo la fecundación y la implantación, si fue así se debía probar que la POSTINOR-2 terminó con la implantación del óvulo para así resolver que ésta es un medicamento abortivo.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional nunca analizó lo que establece el derecho internacional sobre la protección del derecho a la vida. El artículo 4.1 de la Declaración Interamericana de Derechos Humanos o Pacto de San José establece que *toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción.*<sup>12</sup> (el subrayado es mío)

Este instrumento internacional protege la vida desde el momento de la concepción, pero abre la posibilidad de que se presenten excepciones a dicha garantía. La frase "en general" del citado artículo permite que el derecho a la vida desde la concepción pueda ser discutido en ciertos casos. De esta manera y en aplicación a esta excepción, si la PAE terminara con el embarazo -supuesto que es falso por lo explicado al inicio de este ensayo- el Tribunal debió haber discutido, o por lo menos considerado,

la posibilidad de que el medicamento levonorgestrel podía entenderse dentro de la excepción dispuesta en el Pacto de San José en la hipótesis de que dicho medicamento tuviese la facultad de terminar con un embarazo.

Es importante considerar que, según el artículo 274 de Constitución vigente, *cualquier juez o tribunal, en las causas que conozca, podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los tratados internacionales, sin perjuicio de fallar sobre lo controvertido.* (el subrayado es mío)

Asimismo, el artículo 163 de la Carta Política establece que las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía.

Concordantemente con este tema, el artículo 18 de la Carta Política establece que *los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad.*

Por lo tanto, el principio de excepción que establece el Pacto de San José al derecho a la vida podría haber sido aplicable directa e inmediatamente al caso de la PAE, si es que el Tribunal Constitucional demostraba que el medicamento es abortivo y ha terminado con embarazos ya iniciados.

Sin embargo, cabe insistir en la evidencia científica señalada anteriormente: la Organización Mundial de la Salud ha determinado que la POSTINOR-2 no es abortiva, ya que no produce este efecto; además cuando un embarazo ha iniciado, si se ingiere el medicamento, no tiene consecuencias ni sobre la madre, ni sobre el feto. Adicionalmente, no se ha reportado caso alguno sobre terminación de embarazos a consecuencia del medicamento POSTINOR-2.

### C. Derechos difusos

En la solicitud de la acción de amparo, concedida por el Tribunal Constitucional, el diputado Fernando Rosero Rhode basa parte de la legitimación activa de la acción en los derechos difusos. Indica que él actúa como representante del derecho a la vida de las personas que todavía no han nacido y en el derecho difuso a la vida en estos casos. Esta es una argumentación confusa e inconsistente, ya que su legitimación se basa en una mala interpretación de la titularidad de los derechos difusos.

Los derechos difusos son derechos, según la doctrina, de cuarta generación. Son derechos cuya titularidad es difícil individualizar ya que atañen de igual manera a un grupo de personas como miembros de una colectividad y como miembros de la raza humana. Por ejemplo, el derecho a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado y libre de contaminación, como lo establece el artículo 86 y siguientes de la Carta Política Ecuatoriana;

otro ejemplo de derechos difusos es el derecho a la paz. De estos derechos, que parecen simples enunciados, somos titulares todas las personas, tanto del Ecuador como del mundo, por lo que su titularidad individual, el sujeto activo del derecho, es difícil determinar. Por lo tanto, los derechos difusos son garantías de orden colectivo que importan y protegen de igual manera a un número indivisible de seres humanos.

"Esta nueva ola [los derechos colectivos y difusos] tiene su punto de mira en el entorno en el cual debe transcurrir la vida humana a partir de una proyección *ad infinitum* que obliga a todos por igual, en aras del logro de la equidad intergeneracional. Junto al derecho al ambiente aparecen también los de los consumidores y usuarios, y entonces el ideal de la calidad de vida digna se ensancha para asegurar una competencia genuina que confiera a las personas una verdadera libertad de elección de bienes y servicios."<sup>13</sup>

Por otro lado, el derecho a la vida es un derecho individual e identificable. Cada persona es titular de su derecho a la vida y tiene la obligación jurídica de respetar el derecho a la vida de los demás. El derecho a la vida es uno de los derechos civiles establecidos en la Constitución, lo que quiere decir que su cumplimiento o su violación son dirigidos a una persona en específico y no a toda una colectividad, como en el caso de los derechos difusos.

Por otra parte, el derecho a la vida es un derecho de primera generación, "es considerado por su naturaleza, como el primero de los derechos de la persona; es un derecho natural..."<sup>14</sup> Es un derecho intrínseco a la naturaleza humana y un derecho tanto humano como constitucional principal.

Los derechos colectivos y los derechos difusos pertenecen a una generación diferente que la del derecho a la vida. Como se dijo ya, el derecho a la vida pertenece a la primera generación de derechos, esto es la generación que nació con la Declaración de Derechos Humanos en el año de 1948. En cambio, los derechos de cuarta generación, como lo son los derechos difusos, son derechos importantes para la calidad de vida de todos y cada uno de los seres humanos, pero que si no se los cumple, los derechos personalísimos no se ven directamente afectados.

Lo que debe quedar claro es que el derecho a la vida no es y no puede ser entendido como un derecho difuso, sino como un derecho personalísimo y como una garantía constitucional fundamental de cada ser humano.

Por otro lado, el Estado ecuatoriano, en el artículo 23, numeral 1° de la Constitución Política reconoce y garantiza la inviolabilidad de la vida. Esto es, el derecho que tienen todas las personas que se encuentran dentro del territorio ecuatoriano, personas nacidas e individualizadas, de que se respete su vida.

El problema surge cuando se equipara la protección efectiva del derecho individualizado a la vida con una mera expectativa de vida de grupos de personas que posiblemente nazcan o no nazca por diversas razones.

La mera expectativa no constituye derecho, por lo tanto, estos posibles seres humanos, que según el diputado Rosero Rhode serían titulares del derecho a la vida,

son una mera posibilidad, no una certeza y, por lo tanto, no serían titulares de derechos sino hasta que nazcan o, sujetos de la protección legal hasta que no se implante el óvulo fecundado en el útero de una mujer, hecho del cual depende que el proceso de formación del nuevo ser prospere.

La legitimación de quien se dice representante de derechos difusos supone que la preexistencia real de sujetos de derecho cuya afectación se alega. Jurídicamente no se puede sostener que quienes potencialmente "pueden nacer", sean sujetos titulares de esos derechos. En la hipótesis del accionante se legitima la representación de quienes no existen. Lo que en derecho resulta inconsistente.

Por otra parte, en el tema de la protección del derecho a la vida existen varios niveles y ésta protección no puede ser igual en todos ellos. ¿Se debería proteger de la misma manera a un ser humano que ya ha nacido, que se encuentra vivo, y que, por lo tanto es persona y titular de derechos y obligaciones, y a un ser humano que posiblemente será concebido y que posiblemente se desarrolle y nazca algún día? En este caso, ¿la vida de una persona real es más importante que la vida de una potencial persona?

La protección que hace el Código Civil al *nasciturus*<sup>15</sup> es hasta que nazca y se convierta en persona y titular de derechos y obligaciones, si éste no llega a nacer, legalmente la persona nunca existió.

#### D. Del recurso de amparo

El recurso de amparo, consagrado en el artículo 95 de la Constitución establece que *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... 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... También se podrá presentar acción de amparo contra los particulares, cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso.* (el resaltado es mío)

El certificado sanitario de la pastilla anticonceptiva de emergencia (PAE) POSTINOR-2 no violaba ningún derecho consagrado en la Constitución, ya que, como se explicó anteriormente, lo que hace la PAE es no permitir que los gametos, las células sexuales femeninas y masculinas, se unan y que se dé la concepción. Por lo tanto, al no haber concepción, no hay embarazo, es decir, que no existe un nuevo ser humano.

Si el efecto de la pastilla es precisamente evitar la concepción, al no haber concepción no se configura el supuesto legal o hipótesis normativa de la que nacería la protección constitucional. Si no hay concepción, no hay

derecho protegido ni derecho afectado.

La inminencia del daño tiene que ser determinada y cuantificable, en este caso no es posible aseverar sobre la certeza de que la PAE viole el derecho a la vida ya que no existe la evidencia científica exacta de que se dio efectivamente o no se dio la concepción del óvulo.

Adicionalmente, el daño tiene que ser causado a quién presenta el recurso de amparo, ya que esta acción es una protección a los derechos de quien recurre del acto administrativo. En ningún momento el diputado Rosero Rhode ha demostrado que la pastilla de anticoncepción de emergencia ha causado un daño grave en él, su argumentación se basa en el daño posible que la utilización de la PAE puede causar en el derecho a la vida de seres humanos inexistentes.

Por otra parte, como se dijo anteriormente, el derecho a la vida no es un derecho difuso, sino un derecho de primera generación individual; por lo tanto, la pretensión del recurrente de ser representante de una colectividad o de un derecho difuso no procede al no existir derecho difuso alguno.

#### E. Derecho a la libertad de elección y los derechos sexuales y reproductivos

Finalmente, uno de los principales argumentos que el Tribunal Constitucional no contempló en la resolución 14-2005-RA es la libertad de elección.

La resolución del Tribunal Constitucional es ciertamente violatoria al derecho a tomar decisiones libres y responsables sobre la vida sexual- artículo 23, numeral 25 de la Constitución- ya que al prohibir la venta de un método anticonceptivo impide que la población femenina del Ecuador tenga la opción de acceder a mecanismos y a información que le ayudaría a controlar su reproducción.

Los derechos sexuales y reproductivos tienen su principio en el derecho humano fundamental a la salud. Este derecho básico comprende: el derecho a la libertad sexual, el derecho a la autonomía, integridad y seguridad sexuales de cuerpo, el derecho a la privacidad sexual, el derecho a la equidad sexual, el derecho al placer sexual, el derecho a la expresión sexual emocional, el derecho a la toma de decisiones reproductivas, libres y responsables, el derecho a la información basada en el conocimiento científico, el derecho a la educación sexual integral, el derecho a la atención de la salud sexual.

Los tres derechos que más interesan para el presente análisis consisten en: (i) el derecho a la toma de decisiones reproductivas, libres y responsables que abarca el derecho de decidir sobre tener hijos o no, el número y el tiempo entre cada uno, y el derecho al acceso a los métodos de regulación sobre la fertilidad; (ii) el derecho a la información basada en el conocimiento científico establece que la información sexual debe ser generada a través de un proceso científico y ético y difundido en formas apropiadas en todos los niveles sociales; (iii) el derecho de la atención de la salud sexual consiste en el cuidado de

la salud debe estar disponible para la prevención y el tratamiento de todos los problemas, preocupaciones y desórdenes sexuales.<sup>16</sup>

Adicionalmente al derecho humano a la salud y a los derechos anteriormente descritos, todas las personas tienen el derecho a la libertad de elección, cimiento básico en un Estado democrático y liberal como es el Ecuador.

La libertad, en todas sus expresiones, se encuentra en la misma generación de derechos constitucionales que el derecho a la vida; por lo tanto, se debe entender que ambos derechos tienen, tanto la misma jerarquía como la misma protección constitucional, así como igual reconocimiento internacional.

El Tribunal Constitucional debió contemplar el análisis del derecho a la libertad de elección dentro de su resolución, ya que los seres humanos ya nacidos, en este caso las mujeres, son titulares, tanto del derecho a la vida, como del derecho a la libertad; mientras que los potenciales seres humanos tienen estos derechos básicos en suspenso hasta su nacimiento. Sin embargo, la resolución del Tribunal Constitucional da mayor importancia al derecho a la vida basado en una mera expectativa que al derecho a la libertad de elección de las personas existentes.

Por otra parte, es importante considerar también que las decisiones concernientes a la sexualidad, a la maternidad y paternidad están envueltas en el concepto de vida digna, esto es la calidad de vida que una persona desee tener.

Los seres humanos, por su naturaleza humana, tienen implícito el valor moral de dignidad y no pueden, de ninguna manera, ser tratados como un objeto. De acuerdo a la teoría filosófica de Kant, el personalismo ético, la persona es un fin en si mismo y nunca puede ser considerada como un medio. Al ser la persona el fin último, debe ser tratada como tal. Los seres humanos, moral y jurídicamente, tenemos el derecho a buscar la calidad de vida que nos permita vivir dignamente.

El derecho a la calidad de vida esta consagrado en el artículo 49 de la Constitución, al igual que lo esta la protección de la vida desde el momento de la concepción. El análisis global del artículo <sup>17</sup> sugiere que tanto el derecho a la vida física será protegido por el Estado, pero también se garantiza el derecho a la calidad de vida digna. Y, sin lugar a dudas, la calidad de vida entiende como base principal a la libertad para tomar decisiones autónomas y personales conducentes a una mejor clase de existencia, ya sea con o sin hijos.

### III. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, es importante entender que la maternidad y la paternidad son derechos, no son obligaciones. La maternidad como la paternidad son elecciones

personalísimas y, sobre todo, comprometidas. Estas nunca deben ser forzadas por particulares y, peor aún, por instituciones estatales o ideológicas.

Por otra parte, la acción de amparo propuesta por el diputado Rosero Rhode, en representación de una colectividad indeterminable de no nacidos y el análisis que hace el Tribunal de que la "vida desde su concepción" es un derecho difuso es un razonamiento hartamente confuso y jurídicamente inviable. El derecho a la vida es personalísimo y completamente individualizable, lo que no lo son los derechos difusos. Jurídicamente, un derecho difuso nunca puede ser derecho personal y derecho difuso al mismo tiempo; no hay compatibilidad entre la naturaleza de los derechos de primera generación y derechos de tercera o cuarta generación. Tanto su origen como su alcance son distintos.

La resolución 14-2005-RA es violatoria de los derechos sexuales y reproductivos, tanto de hombres como de mujeres, además de coartar la libertad de elección sobre un tema trascendental para la calidad de vida personal como lo es el control de la natalidad y la planificación familiar.

El Tribunal Constitucional resuelve suspender definitivamente la inscripción del medicamento y el certificado sanitario de la pastilla POSTINOR-2/ LEVONORGESTREL 0.75 COMPRIMIDOS basándose en el supuesto de la norma constitucional de que la vida inicia desde el momento de la concepción y por lo tanto debe ser protegida desde ese momento. Sin embargo, como se ha analizado a lo largo de este ensayo jurídico, científicamente es imposible determinar el momento exacto de la concepción del óvulo sino hasta que este se implanta en el útero de una mujer, por lo tanto es complejo determinar desde cuando ha iniciado una nueva vida. Adicionalmente, la ciencia ha demostrado incansablemente que si el embrión, u óvulo fecundado, no se implanta en el útero de la mujer es evidentemente imposible de que un nuevo ser humano llegue a existir.

La POSTINOR-2 tiene efectos únicamente anticonceptivos. Al ser un método que impide la concepción de las células sexuales, por lo tanto impide que se inicie un embarazo no deseado. Como lo establece la Organización Mundial de la Salud, y por supuesto los estudios científicos, una vez que el óvulo fecundado se ha implantado en el útero y se ha dado el embarazo, la pastilla no tiene efecto alguno y no perjudica ni a la madre ni tampoco al feto. Por lo tanto, no es un método abortivo ya que no pone fin a un embarazo iniciado.

Por ultimo, es importante discutir si el derecho a la libertad de elección constituido de una persona existente es más importante que un supuesto derecho basado en una mera expectativa como lo ha resuelto en Tribunal Constitucional en la resolución 14-2005-RA.

---

**Notas**

- 1 Resolución 14-2005-RA del Tribunal Constitucional de 23 de Mayo de 2006.
  - 2 [www.wikipedia.org](http://www.wikipedia.org)
  - 3 Ibidem
  - 4 [http://www.who.int/reproductive-health/family\\_planning/es/ec.html](http://www.who.int/reproductive-health/family_planning/es/ec.html)
  - 5 Ibidem
  - 6 Douglas, G, Law, Fertility and Reproduction, citado por STAUCH Marc, Kay Wheat and John Tingle. *Sourcebook on Medical Law*. CAVENDISH PUBLISHING. 2nd edition. Londres, 2004 .
  - 7 Ibidem
  - 8 Artículo 20 del Código de la Niñez y Adolescencia
  - 9 Resolución del Tribunal Constitucional 14-2005-RA.
  - 10 Ibidem
  - 11 Código Civil, artículo 61.
  - 12 Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José. Suscrito en San José, Costa Rica, noviembre de 1969. El Ecuador firmo la Convención el 22 de noviembre de 1969 y declara que no considera necesario hacer reserva alguna al instrumento internacional. Ratifica la Convención el 12 de Agosto de 1977. [www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-32.html](http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-32.html)
  - 13 ALBANESE, Susana, Alberto Dala Via y otros. *Derecho Constitucional*. EDITORIAL UNIVERSIDAD. Buenos Aires, 2004.
  - 14 NARANJO MESA Vladimiro. *Teoría Constitucional e Instituciones Políticas*. EDITORIAL TEMIS S.A. 7ª edición. Bogotá, 1997.
  - 15 Artículo 61 del Código Civil.
  - 16 Declaración de derechos sexuales. Valencia, España, 1997. [http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/misc/newsid\\_3715000/3715309.stm](http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/misc/newsid_3715000/3715309.stm)
  - 17 Los niños y adolescentes gozaran de los derechos comunes al ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado les asegurara y garantizara el derecho a la vida, desde su concepción; a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social, a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto a su libertad y dignidad, y a ser consultados en los asuntos que les afecten...
-