

La protección de los derechos fundamentales de las mujeres en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: ¿más limitaciones que avances?

PATRICIA CAROLINA GARCÉS PERALTA*
DIANA CAROLINA PORTAL FARFÁN**

Resumen

Hoy en día resultan innegables los avances que, en el derecho interno de los países y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se vienen dando en materia de reconocimiento y protección de los derechos fundamentales. Pero, a pesar de ello, persisten problemas para alcanzar la vigencia real de los derechos de todas las personas en condiciones de igualdad. La situación se agrava en el caso de las mujeres, quienes debido a las construcciones sociales basadas en el género, se encuentran en situación de especial vulnerabilidad. Y es que, pese al proceso de especificación del marco de protección jurídica, persisten vacíos en la interpretación y aplicación de la normatividad vigente. Los principales problemas para la efectiva protección de sus derechos fundamentales provienen, además de las normas emitidas, de la actuación de las y los intérpretes jurídicos.

Es por ello que el contenido de este artículo puede dividirse en dos grandes partes. La primera realiza un análisis jurídico para contribuir a la adecuada aplicación de los criterios de interpretación constitucional y de derechos fundamentales, previa toma de conciencia de que el Derecho responde a estructuras que fueron construidas sin considerar a las mujeres como ciudadanas con acceso y ejercicio de derechos en igualdad de condiciones y que, por tanto, deben ser reinterpretadas desde la perspectiva de género. La segunda parte realiza un análisis sobre la forma en la que el intérprete supremo de la Constitución ha venido protegiendo los derechos fundamentales de las mujeres, a partir de los resultados

* Abogada y magíster en Derecho Constitucional, con estudios de doctorado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesora de la Facultad de Derecho y de la Maestría en Derecho Constitucional de la PUCP e investigadora del Grupo de Derecho, Género y Sexualidad (DEGESE) de esta misma casa de estudios. Ex adjunta encargada para los Derechos de la Mujer de la Defensoría del Pueblo del Perú y excoordinadora por la Región Andina de la Red de Mujeres de la Federación Iberoamericana del Ombudsman (FIO). Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional (APDC). Correo electrónico: pgarces@pucp.pe

** Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Máster en Derecho Constitucional por la Universidad de Sevilla, España. Con estudios de Maestría en Estudios de Género e investigadora del Grupo de Derecho, Género y Sexualidad (DEGESE) de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Especializada en Derechos Humanos y Procesos de Democratización por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile; y en Derechos Humanos de las Mujeres por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos de Costa Rica y el Raoul Wallenberg Institute of Human Rights and Humanitarian Law de Suecia.

de la sistematización de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, vinculadas a la no discriminación por razón de género, entre enero de 2009 y julio de 2016.

Palabras clave: Perspectiva de género. Interseccionalidad. Derecho a la igualdad y no discriminación. Discriminación de género. Discriminación múltiple. Discriminación por embarazo. Derechos fundamentales de las mujeres. Derechos reproductivos. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Sumilla

I. Presentación

II. La perspectiva de género en el análisis de los derechos fundamentales de las mujeres

1. ¿Qué entendemos por perspectiva de género?
2. La perspectiva de género en el derecho: creación y recreación de un modelo de «ciudadano»

III. Avances en el reconocimiento de los derechos fundamentales de las mujeres en el marco jurídico internacional

IV. La perspectiva de género y las dimensiones de la igualdad desde el derecho constitucional.

V. El Tribunal Constitucional y la tutela de los derechos fundamentales de las mujeres. Análisis de jurisprudencia

1. Consideraciones generales sobre el análisis jurisprudencial
2. Análisis cuantitativo y cualitativo (enero 2009-julio 2016)

VI. Consideraciones finales

I. Presentación

La primacía de la persona y el respeto de su dignidad constituyen elementos esenciales del sistema jurídico de todo Estado constitucional y democrático de Derecho, que en el caso del Perú se encuentran expresamente consagrados en los artículos 1 y 44 de la Constitución. Ello va de la mano con la constante evolución del reconocimiento y protección de los derechos fundamentales, es decir, de aquellos establecidos en la Constitución, vinculados a la dignidad, libertad e igualdad de la persona, por cuya trascendencia cuentan con instancias y mecanismos especiales encargados de su protección.

Tanto la dignidad como la igualdad y no discriminación, reconocidas en la Constitución y normas internacionales de derechos humanos, son entendidas hoy no solo como valores y principios constitucionales sino también como derechos exigibles que, a su vez, resultan ser fuente de los demás derechos fundamentales (Landa Arroyo, 2006, p. 17). En este sentido, el establecimiento de normas jurídicas que reconocen los derechos de los seres humanos en condiciones de igualdad, adquiere especial trascendencia. A pesar de ello, lamentablemente, en la realidad continúan

presentándose situaciones de discriminación, lo que convierte a este en un tema por demás vigente y necesario de abordar, más aún siendo el Estado responsable de garantizar los derechos fundamentales de todas las personas.

En este contexto, al ser las y los magistrados constitucionales los intérpretes de la Constitución por excelencia, su labor se torna en indispensable para lograr la real vigencia y protección de los derechos de todos los ciudadanos y ciudadanas, sin discriminación de ningún tipo. Lo expuesto adquiere especial relevancia a efectos de garantizar la vigencia de los derechos de quienes, a pesar de los avances normativos alcanzados en los últimos años, se encuentran en situación de especial vulnerabilidad. Tal es el caso de las mujeres, cuyos derechos fundamentales continúan viéndose afectados por razones de género.

Se justifica entonces un trabajo de reflexión y de análisis jurídico y jurisprudencial. Es por ello que la primera parte de este trabajo tiene por finalidad contribuir a la adecuada aplicación de los criterios de interpretación constitucional y de derechos fundamentales, previa toma de conciencia de que el derecho responde a estructuras que fueron construidas sin considerar a las mujeres como ciudadanas con acceso y ejercicio de derechos en igualdad de condiciones y que, por tanto, deben ser reinterpretadas desde la perspectiva de género. La segunda parte de esta investigación presenta los resultados de la sistematización y análisis de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, entre enero de 2009 a julio de 2016, en materia de defensa y protección de los derechos de las mujeres.

La sociedad requiere aún de cambios profundos para lograr la vigencia de los derechos fundamentales en condiciones de igualdad. Y es un hecho que, pese al proceso de especificación del marco de protección jurídica, persisten vacíos en la interpretación y aplicación de las normas vigentes. Es por ello que la finalidad de esta investigación no es otra que contribuir a destacar la importancia del adecuado ejercicio de la jurisdicción constitucional, y generar el interés para que se lleven a cabo en el país investigaciones más profundas sobre esta materia. El objetivo principal de este trabajo es que las y los intérpretes constitucionales tomen conciencia de su rol y de la responsabilidad que, en el marco de sus competencias, tienen en la lucha contra la discriminación de género.

II. La perspectiva de género en el análisis de los derechos fundamentales de las mujeres

1. ¿Qué entendemos por perspectiva de género?

Un paso previo e indispensable al análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano sobre la protección de los derechos fundamentales de las mujeres,

se encuentra vinculado a evidenciar la importancia de realizar este análisis desde una perspectiva de género.

En este sentido, es importante considerar que este concepto, como categoría de análisis, proviene del campo de las ciencias sociales, y constituye una de las contribuciones más significativas del feminismo contemporáneo. Como señala Lagarde, «ya es aceptado que cuando se usa el concepto de «perspectiva de género» se hace referencia a la concepción académica, ilustrada y científica, que sintetiza la teoría y la filosofía liberadora, creada por las mujeres y que forma parte de la cultura feminista» (1996, p. 13).

Las diferentes corrientes al interior del pensamiento feminista han analizado la situación de desventaja y opresión que afecta a las mujeres sobre la base de las diferencias asociadas al sexo, con la finalidad de mostrar que esta situación de inferioridad no era resultado de características biológicas que determinaban su inferioridad, sino de la manera en que esta diferencia era construida social y culturalmente.

El concepto de género «alude tanto al conjunto de características y comportamientos, como a los roles, funciones y valoraciones impuestas dicotómicamente a cada sexo a través de procesos de socialización, mantenidos y reforzados por la ideología e instituciones patriarcales» (Facio y Fries, 1999, p. 34). De esta forma, mientras la categoría «sexo» alude a los aspectos físicos, biológicos y anatómicos que permiten diferenciar a machos y hembras; el concepto de «género» está referido a las características, atributos, roles y modelos de ser hombre o mujer que se construyen social y culturalmente.

Asimismo, el enfoque de género «da cuenta de la presencia de una estructura de poder asimétrica que asigna valores, posiciones, hábitos diferenciales a cada uno de los sexos y por ende, estructura un sistema de relaciones de poder conforme a ello, el cual se ha conformado como una lógica cultural, social, económica y política omnipresente en todas las esferas de las relaciones sociales» (Pautassi, 2011, p. 281).

Sobre el particular, Ruíz-Bravo (1999, p. 136) menciona que los estudios de género han establecido que las categorías «mujer» y «varón» son productos culturales, construcciones sociales que las sociedades elaboran a fin de informar a sus integrantes sobre las formas de ser, sentir y hacer que les están asignadas, permitidas y que son socialmente valoradas.

Esta forma de comprender las relaciones entre el sexo y el género, se denomina «sistema sexo-género», que es definido por Gayle Rubín como: «el conjunto de disposiciones por el que una sociedad transforma la sexualidad biológica en productos de la actividad humana y en el cual se satisfacen esas necesidades humanas transformadas» (1996, pp. 35-96). Este sistema es definido así para delimitar aquellos

aspectos de la vida social que producen y sostienen la opresión de las mujeres. De esta forma, el «sistema sexo-género» se encuentra relacionado con la constitución simbólica e interpretación sociohistóricas de las diferencias anatómicas entre sexos. El sistema sexo-género es la red mediante la cual el *self* [sí mismo] desarrolla una identidad «incardinada», determinada forma de estar en el propio «cuerpo» y de vivir el cuerpo. A su vez, este sistema es la red mediante la cual las sociedades y las culturas reproducen a los individuos incardinados (Benhabib, 1990, p. 125).

El desarrollo del análisis de la perspectiva de género ha permitido complejizar el concepto mismo de la categoría «género» y sus características. Así, podemos señalar, de manera general, que la concepción inicial de esta perspectiva estaba asociada a una matriz binaria del sistema sexo-género, en el que las construcciones culturales asociadas al género correspondían de manera directa solo a la diferenciación sexual (hombre/mujer), en el que muchas veces se producía la confusión sexo/género para aludir a las mujeres, identificándose la perspectiva de género solo para hacer referencia al «sexo femenino».

De esta noción, se pasa a un sistema de género que va más allá de la diferencia sexual, teniendo en cuenta otras categorías (sexualidad, raza, etnia¹, clase, entre otras) que se intersectan, evidenciado así múltiples formas de discriminación que recaen sobre «los cuerpos» de las personas, y de manera particular, los de las mujeres. De esta manera, el análisis se amplía a la situación de discriminación, violencia y exclusión, que también sufren las personas LGTBI².

¹ Sobre los conceptos de raza y etnia, cabe citar a Stolcke, quien sostiene: «La «raza», al igual que ciertas características étnicas, es una construcción simbólica que se utiliza en ciertas circunstancias sociopolíticas como criterio de definición y delimitación de grupos humanos. Las «razas» no existen como fenómenos naturales, mientras que la etnicidad, a pesar de las buenas intenciones, tiende a ser concebida como característica de grupo no puramente cultural, siendo «naturalizada». Como he sugerido antes, las diferencias biológicas de sexo, en cambio, parecen ser «reales» en el género humano, al ser esta una especie que se reproduce de forma bisexual. Si ahora replanteamos mi interrogante inicial, a saber «si el sexo es para el género lo que la raza es para la etnicidad», parecería a primera vista que esta homología no se sostiene» (Stolcke, 2000, pp. 25-60).

De lo expuesto se evidencia que, tanto la raza como la etnicidad, al igual que el sexo y el género, construyen y legitiman las desigualdades sociales y de género, atribuyéndolas a supuestos «hechos biológicos» de las diferencias de raza y sexo, naturalizando y reproduciendo así las desigualdades de clase.

No obstante, para efectos del presente trabajo nos referiremos al término «raza» por ser el que se encuentra expresamente establecido en la Constitución y la normatividad internacional y porque un mayor desarrollo al respecto escapa a los alcances del presente trabajo.

² Lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales.

Considerando este análisis desde la perspectiva de género, es preciso señalar, a modo de ejemplo, el caso que el Tribunal Constitucional resolvió con fecha 18 de marzo de 2014, en la sentencia recaída en el expediente 00139-2013-PA/TC. En este una persona transexual de iniciales P.E.M.M. presenta una demanda de amparo contra el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec) y el Ministerio Público, solicitando el cambio de sexo (de masculino a femenino) en su DNI y en su partida de nacimiento. Cabe señalar que previamente había logrado el cambio de su prenombre masculino a femenino. Sin embargo, el mantener el dato del sexo masculino en ambos documentos afectaba su derecho a la identidad. En este caso el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda, sosteniendo que para el Derecho el sexo viene a ser el «sexo biológico,

En esta última noción de la perspectiva de género, la categoría sexualidad hace más diverso y complejo el análisis, evidenciando que esta no es natural, sino que ha sido y es construida socialmente. En este sentido, y tal como anota Lamas, «la simbolización cultural inviste de valor, o denigra, al cuerpo y al acto sexual. Bajo el término sexo se caracterizan y unifican no solo funciones biológicas y rasgos anatómicos, sino también la actividad sexual. No solo se pertenece a un sexo: se tiene un sexo y se hace sexo» (Lamas, 2002, p. 119).

Es en virtud de lo expuesto que, en la actualidad, gran parte del pensamiento feminista contemporáneo trata la sexualidad como derivada del género. En este sentido, Scott señala que «necesitamos rechazar la calidad fija y permanente de la oposición binaria, lograr una historicidad y una deconstrucción genuina de los términos de la diferencia sexual» (Scott, 1993, p. 20). La autora propone transcender el uso solo descriptivo de la categoría género, y considerar que «la oposición binaria y el proceso social de relaciones de género forman parte del significado del propio poder, cuestionar o alterar cualquiera de sus aspectos amenaza la totalidad del sistema» (p. 33). Así, el sexo es constituido desde el género, la diferencia sexual marca las otras diferencias en los diversos ámbitos sociales, el acceso a recursos y el ejercicio de derechos.

cromosómico o genético», que era una realidad biológica indisponible, necesaria para que la persona pueda ser individualizada como corresponde a su derecho a la identidad, que se debía evitar la posible inseguridad jurídica que generaría, los posibles matrimonios entre personas del mismo sexo, la posible defraudación a terceros, entre otras consideraciones. Asimismo, el Tribunal sostuvo que al ya haber logrado el cambio de nombre, la vulneración del derecho a la identidad de P.E.M.M. no se habría acreditado. De esta forma, el Tribunal Constitucional, a través de un muy cuestionable análisis basado en supuestos biológicos, racionales y objetivos, claramente contrario a la perspectiva de género e interseccionalidad, no garantizó los derechos fundamentales de P.E.M.M.

En el marco de los objetivos de este artículo, la identidad de género no será profundizada, sin embargo, consideramos importante mencionar este caso como un ejemplo claramente ilustrativo de la cuestionable visión formalista, heteronormativa y patriarcal que aún se mantiene al resolver este tipo de controversias.

Habiendo sido ya entregado este artículo a edición, con fecha el 21 de octubre de 2016, el Tribunal Constitucional, mediante la STC 06040-2015-PA/TC, ha establecido una variación de la doctrina jurisprudencial fijada en la referida STC 0139-2013-PA/TC. Así, considera que el transexualismo debe ser entendido como una disforia de género, no como una patología (FJ 9), y que «la realidad biológica [...] no debe ser el único elemento determinante para la asignación del sexo, pues este, al ser también una construcción, debe comprenderse dentro de las realidades sociales, culturales e interpersonales que la propia persona experimenta durante su existencia. Por ende, el sexo no debe ser siempre determinado en función de la genitalidad, pues se estaría cayendo así en un determinismo biológico, que reduciría la naturaleza humana a una mera existencia física y ello obviaría que el humano es un ser también psíquico y social» (FJ 13). Finalmente, el Tribunal Constitucional reconoce que «existe un derecho a la identidad de género, el cual forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la identidad personal. Este hace referencia al conjunto de vivencias que denotan una expresión propia del ser humano, y que, por ello, le permiten distinguirla de otras personas. La forma en que ella decide no seguir los patrones convencionales que, dentro de las prácticas sociales, permiten identificar a una persona como «hombre» o «mujer», es, ineludiblemente, un aspecto esencial de la manera en que ha decidido desarrollar su vida, y que, en ese sentido, merece tutela constitucional al formar parte de su identidad» (FJ 14). Más allá de los alcances y limitaciones de esta reciente sentencia, que no resultan materia del presente artículo, lo expuesto constituye un aspecto que consideramos importante destacar.

En este orden de ideas, la perspectiva de género como un instrumento de análisis permite evidenciar que las diferencias sociales y culturales asociadas a la «posición masculina» y la «posición femenina», van más allá de la simple diferenciación sobre la base del sexo, sino que incluyen también relaciones de poder genérico hegemónico vinculado a lo masculino y heterosexual. Por ello, coincidimos con Lamas (2002, p. 127) cuando señala que no se trata de plantear un modelo andrógino, sino en que las diferencias no se traduzcan en desigualdad.

Así, la perspectiva de género —desde esta visión más compleja que involucra la interseccionalidad— no se limita a evidenciar las discriminaciones y diferenciaciones solo sobre la base de la división sexual binaria. Estas construcciones culturales de modelos masculinos y femeninos, asociados a posiciones jerárquicas y excluyentes, se intersectan con otras categorías y recaen en cuerpos que adoptan una u otra posición —o ambas, superponiéndose, integrándolas, negándolas, etc.—, por lo que no necesariamente coinciden con el llamado sistema sexo-género.

En consecuencia, se debe considerar que cuando se hace un análisis de género, las variables, raza, clase, sexualidad, capacidad, edad, etc. se encuentran, lo atraviesan y lo modifican. Lo expuesto implica que este análisis debe complementarse con la perspectiva o enfoque de la interseccionalidad³, que permite incorporar estas otras categorías al evaluar la discriminación, evidenciando que esta no es unidireccional, sino que las múltiples formas que adopta se encuentran y refuerzan, como consecuencia de la combinación simultánea de identidades en una persona. Este análisis permite superar las dicotomías propias de nuestra manera de ver la realidad, la división en superior/inferior, racional/afectivo, fuerte/débil, masculino/femenino, yo/otro, etc. Implica un análisis más complejo, que incluye otras perspectivas (Facio, 1999, p. 105), las que involucran un análisis desde las diferentes formas de discriminación que se intersectan en los «cuerpos» de quienes no encajan en el modelo «tradicional» de ser ciudadano y sujeto de derechos, como veremos a continuación.

Cabe enfatizar en que este análisis de la discriminación desde la perspectiva interseccional o del concepto de discriminación múltiple es fundamental para lograr la efectiva protección de derechos. Lo expuesto se evidencia aún más en el marco del denominado proceso de especificación de los derechos humanos, en virtud del cual

³ Este término fue usado por primera vez por la investigadora Kimberlé Crenshaw en 1989, en un artículo que analizaba la experiencia de las mujeres afroamericanas, cuya situación de discriminación no era la misma que la de los afroamericanos ni de las mujeres blancas. A través de esta categoría, Crenshaw hizo una crítica al feminismo y a las políticas antirracistas de la época, por dejar fuera de su análisis esta situación particular que enfrentaban las mujeres afroamericanas. Este análisis evidencia la necesidad de que el análisis jurídico o el discurso legal se complemente con otras disciplinas como la sociología, los estudios culturales, la política, la economía, etc. Cfr. Schiek y Lawson (eds.) (2011).

se requiere incidir en el análisis de la situación de cada ciudadano o ciudadana en atención a particulares consideraciones como el género, discapacidad, raza, entre otras (Bobbio, 1991, p. 109).

Para concluir, en concordancia con la denominada fuerza expansiva de los derechos humanos, y desde el análisis interdisciplinario que inspira al derecho contemporáneo, resulta indispensable que las y los operadores jurídicos realicen el análisis de casos de vulneración de los derechos fundamentales, tanto comprendiendo la perspectiva de género arriba descrita, como desde el denominado enfoque de interseccionalidad o el concepto de discriminación múltiple⁴. Demás está decir que la necesidad de realizar ambos acercamientos (perspectiva de género e interseccionalidad) se encuentra enmarcada en el contenido de lo expresamente dispuesto por el artículo 2 inciso 2 de la Constitución peruana, que además contempla una lista abierta de factores prohibidos de discriminación.

2. La perspectiva de género en el Derecho: creación y recreación de un modelo de «ciudadano»

La perspectiva de género aplicada al campo del derecho evidencia que este es un espacio que crea y recrea identidades de género, es decir, la construcción social del género produce y es producto del marco normativo y de aplicación jurisprudencial, considerando que el discurso jurídico construye un sujeto de derecho con características determinadas. Por ello, diversas autoras señalan que el Derecho, aparentemente neutral para normar la vida en sociedad, naturaliza las relaciones de género desde una visión androcéntrica y heteronormativa de la realidad, donde el sujeto de derechos está sexualmente posicionado como hombre, blanco, propietario y heterosexual.

El derecho es «discurso social, y como tal dota de sentido a las conductas de los seres humanos y los convierte en sujetos, al tiempo que opera como el gran legitimador del poder, que habla, convence, seduce y se impone a través de las palabras de la ley. Ese discurso jurídico instituye, dota de autoridad, faculta a decir o hacer, y su sentido resulta determinado por el juego de las relaciones de dominación, por la situación de las fuerzas en pugna en cierto momento y lugar» (Ruíz, 2000, p. 21).

⁴ Sostiene Salomé que el origen del concepto es estudiado tanto desde el ámbito académico como desde el ámbito de los derechos humanos. «Si bien, a primera vista, el concepto «discriminación múltiple» parece relativamente fácil de entender, los contornos jurídicos de esta figura son aún novedosos [...] y esto ocurre no solo en el ámbito de lo jurídico, sino también en los estudios de sociología, género, psicología, ciencia política, entre otros [...]. Una muestra de ello son las diferentes denominaciones con las que se ha buscado hacer referencia a esta realidad. En efecto, si bien la expresión más difundida es «discriminación múltiple» [...], no son infrecuentes expresiones como «múltiples formas de discriminación», «discriminación interseccional», «doble discriminación», «triple discriminación», «multidiscriminación», «discriminación compuesta», «discriminación superpuesta», entre otras denominaciones afines». Ver al respecto Salomé Resurrección (2015, pp. 36 y 160-164).

En este sentido, el discurso jurídico determina que solo algunos, y bajo ciertas condiciones podrán realizar contratos, reconocer hijos o hijas, contraer matrimonio, acceder a ciertos cargos públicos, etc. Cada vez que el derecho determina que una acción u omisión está permitida o prohibida, está evidenciando quién es considerado ciudadano pleno para ejercer derechos y cómo está distribuido el poder en la sociedad.

En este marco, si en el ámbito teórico el momento culminante del origen y justificación racional del Estado es el contrato social, ¿quiénes son los y las que participan del mismo? ¿Se encuentran consideradas las mujeres? Pateman (1995), a través de una crítica a las teorías contractualistas, señala que las mujeres no fueron consideradas como integrantes del pacto social, pues este implica la participación de sujetos libres e iguales, que pactan a fin de legitimar la relación de autoridad del Estado, de la ley y del gobierno civil; en las que quienes son los «individuos», los «ciudadanos», ceden parte de su poder y autonomía a fin de que estas instancias le brinden seguridad y orden en sus relaciones personales en sociedad (justificación de la sujeción civil moderna).

En efecto, los teóricos clásicos del contrato construyen la diferencia sexual como diferencia política, la diferencia entre libertad natural de los hombres y sujeción natural de las mujeres. Por ello, al sustraer de la discusión la posición de las mujeres, bajo una supuesta neutralidad sexual, dejan de lado que ellas no son parte del contrato originario, donde los varones transforman su libertad natural en la seguridad de la libertad civil. Así las mujeres, como las y los menores de edad y los esclavos, son parte del contrato sin ser considerados «sujetos de derechos». Esta situación ha sido señalada por diferentes autoras, entre ellas Rubio Castro (2006, pp. 25 y 26), quien señala que, con el surgimiento del Estado liberal, la burguesía ilustrada utiliza la igualdad como rasgo de identificación frente al poder establecido y a los privilegios dominantes, considerando suficiente para su consagración y mantenimiento la simple positivización de este principio.

Con la proclamación de la igualdad y la libertad en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789, como principios inherentes a la naturaleza humana, y concluido el proceso de construcción del Estado en 1793⁵, nada más había que hacer, solo dejar que el orden jurídico y político, surgido del nuevo pacto, desplegara toda su potencialidad, protegiendo los derechos individuales y estableciendo el correcto orden social. La Declaración simboliza el pacto originario, el contrato llevado a cabo por los individuos que aceptan reconocerse como iguales en derechos y deciden someterse al poder político común establecido por ellos;

⁵ El año 1793 es el momento en el que Francia constituye la primera República francesa y, con ella, nace el primer Estado moderno en Europa.

de esta forma se establecen límites al poder legítimo del Estado y se garantiza los derechos de los ciudadanos, el orden social y la seguridad. Como ha señalado Rubio (p. 28), el hecho de que las mujeres no formaran parte de este pacto ni de este reconocimiento, ha sido considerado de poca relevancia a la hora de enjuiciar la dimensión moral de los contenidos en él establecido. Es decir, si las decisiones se toman con imparcialidad por parte de sujetos racionales, no tiene ninguna trascendencia que algunos grupos sociales no estén presentes en el momento de la decisión, para valorar su contenido moral.

En esta misma línea, como efecto de esta construcción social de las mujeres, se produce la división binaria del mundo en los espacios público y privado, es decir lo independiente-dependiente, político-doméstico; es así como se asocia y jerarquiza a varones y mujeres, colocando a los primeros en el ámbito público y a las segundas en el espacio doméstico o privado. Esta división tiene efectos en la ciudadanía de las mujeres. Tal como ha señalado Rodríguez Ruíz, se refleja en la ciudadanía activa-pasiva, en la que las mujeres se encargan del afecto, del cuidado y de la familia, siendo controladas por el ejercicio de poder desde el Estado y el rol masculino. Esta misma autora señala la necesidad de considerar que ambas dimensiones, pública y privada, son recíprocas e interdependientes en la vida de todos los seres humanos (2010, p. 95).

El análisis realizado nos permite apuntar determinadas características teóricas que nos han colocado en un ámbito de dependencia y exclusión. En tal sentido, para poder transformar la realidad y que el espacio público refleje la diversidad e incluya a las mujeres, resulta necesario considerar nuestra ubicación en la construcción teórica del Estado⁶.

El reconocimiento de las mujeres como sujetos de igual valor y autoridad no solo permite la integración del otro, sino además del «otro diferente». De este modo, es posible conformar un pacto constitutivo de la sociedad civil, donde la igualdad y la diferencia no aparezcan como principios contrapuestos, sino integrados; un pacto en el que todas las personas, independientemente de su género, sexo y sexualidad, sean parte de la sociedad, sin jerarquías ni exclusiones en el acceso y ejercicio de derechos.

Finalmente, incorporar la perspectiva de género en el análisis del derecho, además de evidenciarla construcción de un modelo de ciudadano/a, permite cuestionar cómo vienen aplicando las y los operadores de justicia las normas a los casos concretos. En este sentido, desde la teoría legal feminista emergen los denominados «métodos feministas del Derecho». Como señala Barlett, «los métodos legales

⁶ Para mayor detalle ver: Portal Farfán (2012, pp. 313-332).

tradicionales dan una enorme importancia a la predictibilidad, certeza y firmeza de las reglas. En contraste, los métodos legales feministas, los cuales han emergido a partir de la crítica de que las reglas existentes, sobrerrepresentan las estructuras de poder existentes, valoran la flexibilidad de las reglas y la habilidad de identificar los puntos de vista ausentes» (2011, p. 24). De esta forma, por ejemplo, a partir de la pregunta ¿cómo afecta el caso concreto a las mujeres?, o de evidenciar situaciones de injusticia a partir del análisis del contexto, se puede identificar y cuestionar aquellos elementos de la doctrina legal existente, que las excluyen o ponen en desventaja.

III. Avances en el reconocimiento de los derechos fundamentales de las mujeres en el marco jurídico internacional

Las limitaciones en el ejercicio de derechos, así como las diferentes formas de violencia y discriminación que afectaban a las mujeres a nivel mundial, constituyeron el contexto en el que se evidenció la necesidad de un reconocimiento jurídico específico de protección de los derechos fundamentales de las mujeres, por el que se dio el proceso de especificación —ya referido líneas arriba— el que, sin embargo, se fue desarrollando muy lentamente.

Un año después de creada la Organización de Naciones Unidas, en 1946, se creó la Comisión Jurídica y Social de la Mujer, para garantizar la igualdad de las mujeres en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada en 1948 (Binstock, 1998, p. 9). Por su parte, a nivel regional, la Organización de Estados Americanos aprobó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del «Hombre», considerando a todos y todas a partir del referente de los hombres. Pero ni en el sistema universal ni en el regional, se llega a hacer referencia específica a la situación de discriminación y violencia que afrontaban las mujeres. En esta misma línea, se adoptaron instrumentos convencionales de protección, como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (1966) y la Convención Americana de Derechos Humanos (1969).

En este contexto, y gracias al movimiento de mujeres, los organismos internacionales fueron tomando conciencia de la necesidad de contar con instrumentos de protección específicos para las mujeres, considerando su especial situación de vulnerabilidad frente a las distintas formas de discriminación y violencia a la que se enfrentan. Ello debido a las relaciones de poder y subordinación que las excluye de un reconocimiento real de su ciudadanía, que les garantice el acceso y disfrute de todos los derechos en condiciones de igualdad. Sobre el particular, vale la pena resaltar que la adopción de un marco jurídico específico de protección de los derechos de las mujeres no sustituye el marco de protección general de derechos humanos, sino que lo complementa y especifica.

De esta forma, en 1979, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas Discriminación contra la Mujer⁷ (CEDAW por sus siglas en inglés). Este tratado internacional fue el primero que definió la discriminación contra la mujer como:

[...] toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera⁸.

A pesar de este avance, es recién en la década de 1990 que se reconoce expresamente que los derechos de las mujeres también son parte de los derechos humanos. Así, es en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993⁹, que aprueba la Declaración y Programa de Acción de Viena, que se establece de manera expresa la profunda preocupación «por las diversas formas de discriminación y violencia a que siguen expuestas las mujeres en el mundo y que los derechos humanos de la mujer y de la niña son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales»¹⁰. Por otro lado, en el año 1995, la IV Conferencia Internacional de la Mujer realizada en Beijing, aprobó la Declaración de Beijing y la Plataforma de Acción, en la que se señala de manera específica que los Estados parte reafirman su compromiso de «garantizar la plena aplicación de los derechos humanos de las mujeres y las niñas como parte inalienable, integral e indivisible de todos los derechos humanos y libertades fundamentales» (Naciones Unidas, 1996, párr. 9) y precisa además que están convencidos de que «los derechos de la mujer son derechos humanos» (párr. 14).

En este proceso de especificación, fue necesario que el Comité CEDAW explicitara que la definición de discriminación contra la mujer establecida en el artículo 1 de la Convención CEDAW, incluye la violencia contra la mujer. De esta forma, luego de 13 años, se emitió la Recomendación General 19, que hace explícita la vinculación entre la violencia y discriminación contra las mujeres:

⁷ Se adoptó mediante resolución 34/180 de la Asamblea General, el 18 de diciembre de 1979 y entró en vigor el 3 de setiembre de 1981. Cabe señalar que se aprobó mediante 130 votos a favor, 10 abstenciones y ningún voto en contra, lo que da cuenta del consenso del reconocimiento de la situación de discriminación de las mujeres a nivel mundial. Esta Convención entró en vigor el 3 de setiembre de 1981, en menos tiempo que ningún otro tratado de derechos humanos. Fue aprobada por el Perú mediante resolución legislativa 23432 de 04 de junio de 1982, y el instrumento de ratificación es de fecha 13 de setiembre de 1982.

⁸ Artículo 1 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer - CEDAW.

⁹ Aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, el 25 de junio de 1993.

¹⁰ Declaración y Programa de Acción de Viena, párr. 18. En Naciones Unidas. Conferencia Mundial de Derechos Humanos. Declaración y Programa de Acción de Viena, junio de 1993.

«En la definición de la discriminación se incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada. Se incluyen actos que infligen daño o sufrimiento de índole física, mental o sexual, las amenazas de esos actos, la coacción y otras formas de privación de la libertad. La violencia contra la mujer puede contravenir disposiciones concretas de la Convención, independientemente de que en ellas se mencione expresamente a la violencia o no»¹¹.

La CEDAW representa el primer instrumento internacional que no se limita a la simple protección de los derechos individuales de no discriminación, sino que también prevé, en el artículo 4.1 medidas afirmativas o positivas para la promoción de la igualdad material. Esto equivale a reconocer que las desigualdades de hecho constituyen un obstáculo para el igual ejercicio de los derechos individuales. Las garantías de igualdad no son suficientes pues dejan intactas las disparidades; de ahí la necesidad de «medidas temporales especiales» o de «acciones positivas» (Procacci y Rossilli, 2010, p. 80).

A nivel regional, este proceso de reconocimiento y especificación de derechos de las mujeres se tradujo en la adopción de un tratado específico, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida como Convención «Belém do Pará»¹², tratado vinculante para el Estado peruano que define la violencia contra las mujeres como: «cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado»¹³. Asimismo, este tratado establece en el artículo 3 el derecho de todas las mujeres a una vida libre de violencia, y reconoce la obligación de los Estados parte de garantizar este derecho, así como de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (artículo 7 b).

El reconocimiento específico de que la violencia contra las mujeres tiene relación directa con las relaciones de poder, se ha visibilizado en diferentes normas a nivel internacional y en el derecho interno de diversos países, vinculando la violencia contra las mujeres con el «desequilibrio de las relaciones de poder entre los sexos

¹¹ CEDAW. Recomendación General 19, adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en el 11° período de sesiones, 1992, párr. 9.

¹² Adoptada durante el vigésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, el 9 de junio de 1994 en Belem do Para, Brasil. Entró en vigor el 5 de marzo de 1995. Esta Convención fue aprobada en Perú por resolución legislativa 26583 de 22 de marzo de 1996, y el instrumento de ratificación fue depositado el 4 de junio de 1996, entrando en vigencia en el país el 4 de julio de ese mismo año.

¹³ Artículo 1 de la Convención Belem do Pará.

en los ámbitos social, económico, religioso o político»¹⁴; o señalando que esta es «una manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres»¹⁵.

Con este desarrollo, actualmente contamos con un marco jurídico internacional específico de protección de los derechos de las mujeres, que se relaciona directamente con la situación de violencia y discriminación que las afecta; las mismas que son producidas por las relaciones de poder, los roles, atributos y espacios socialmente asignados a la posición femenina.

A partir de este marco normativo se han desarrollado diversos estándares jurídicos internacionales, que han sido desarrollados a partir de los tratados específicos de protección de los derechos de las mujeres, de las opiniones consultivas, recomendaciones, así como de la jurisprudencia a nivel del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos.

Estos estándares internacionales pueden ser definidos como las medidas básicas con las que todo Estado será evaluado en el cumplimiento de deber de proteger y garantizar los derechos de las mujeres. Solo a modo de ejemplo, algunos de los estándares del sistema interamericano de derechos humanos acerca del problema de la violencia contra las mujeres pueden ser resumidos de la manera siguiente¹⁶:

- El vínculo estrecho entre los problemas de la discriminación y la violencia contra las mujeres.
- La obligación inmediata de los Estados de actuar con la debida diligencia requerida para prevenir, investigar, y sancionar con celeridad y sin dilación todos los actos de violencia contra las mujeres, cometidos tanto por actores estatales como no estatales.
- La obligación de garantizar la disponibilidad de mecanismos judiciales efectivos, adecuados, e imparciales para las mujeres víctimas de violencia.
- La calificación jurídica de la violencia sexual como tortura cuando es cometida por agentes estatales.
- La obligación de los Estados de implementar acciones para erradicar la discriminación contra las mujeres y los patrones estereotipados de comportamiento que promueven su tratamiento inferior en sus sociedades.

¹⁴ Parlamento Europeo. Resolución sobre «Tolerancia cero a ante la violencia contra las mujeres», de 16 de setiembre de 1997.

¹⁵ Artículo 1 de la Ley española 1/2004, sobre «Medidas de protección integral contra la violencia de género», de 28 de diciembre de 2004.

¹⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Estándares Jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: desarrollo y aplicación. OEA/Ser.L/V/II.143. Doc. 60, de 3 de noviembre de 2011, párrafo 18.

- El deber de los órganos legislativos, ejecutivos y judiciales de analizar, mediante un escrutinio estricto, todas las leyes, normas, prácticas y políticas públicas que establecen diferencias de trato basadas en el sexo, o que puedan tener un impacto discriminatorio en las mujeres en su aplicación.
- El deber de los Estados de considerar en sus políticas adoptadas para avanzar la igualdad de género, el particular riesgo a violaciones de derechos humanos que pueden enfrentar las mujeres por factores combinados con su sexo, como su edad, raza, etnia y posición económica, entre otros¹⁷.

IV. La perspectiva de género y las dimensiones de la igualdad desde el derecho constitucional

Como es sabido, la igualdad y no discriminación constituyen a la vez tanto principios como derechos expresamente reconocidos en el texto constitucional. Además de su carácter de derecho autónomo, la igualdad y no discriminación puede ser definido como un derecho relacional, ya que su vulneración no ocurre en abstracto, sino que, por lo general, comporta a su vez la vulneración de otro u otros derechos fundamentales (García Morillo, 1997, p. 229). Así, por ejemplo, cuando se despide a una mujer de su centro de trabajo por motivo de embarazo, se vulneran sus derechos fundamentales a la no discriminación, al trabajo, al libre desarrollo de la personalidad, entre otros. Lo expuesto se encuentra estrechamente vinculado al carácter universal, indivisible e interdependiente de los derechos humanos, referido por la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993¹⁸.

En lo que se refiere a la evolución de su contenido, históricamente ha ido variando en función del contexto, ya que el reconocimiento jurídico de la igualdad y su realización efectiva ha sido una preocupación permanente a lo largo de la historia. Desde los orígenes de la democracia en Grecia hasta la Revolución francesa, este ideal ha sido un constante en la búsqueda de sociedades más justas.

En los inicios del liberalismo, no se consideraba la diferencia entre igualdad en la ley o la aplicación de la ley; entre igualdad formal e igualdad material; la igualdad era formulada en términos de legalidad, que solo podría lograrse si la sociedad fuera homogénea. Así, el significado primigenio del derecho a la igualdad incide en la plena equiparación jurídica entre todas las personas integrantes de la comunidad política.

¹⁷ Este estándar se encuentra vinculado con la definición que, líneas arriba, hemos referido como «interseccionalidad» o «discriminación múltiple».

¹⁸ Declaración y Programa de Acción de Viena, punto I.5. En Naciones Unidas. Conferencia Mundial de Derechos Humanos. Declaración y Programa de Acción de Viena, junio de 1993.

Sin embargo, el concepto de igualdad ha tenido una evolución de acuerdo a los cambios sociales. De esta manera, de la formulación legal y reconocimiento formal de la igualdad ante la ley en el pensamiento revolucionario liberal, se complejiza el concepto, dando paso a un concepto de igualdad material acorde con el surgimiento de los Estados sociales y democráticos de Derecho, en donde se reconoce que existen diferencias sociales, culturales que marcan el acceso al efectivo goce de derechos en igualdad de condiciones, que sobrepasa la dimensión formal de la igualdad. En efecto, la igualdad material o «la diferenciación para la igualdad», tiene que ver con que «el fin de una sociedad más igualitaria hace necesarias políticas que traten desigualmente a quienes son desiguales, para aminorar las distancias y ayudar a los más desfavorecidos, equiparándolos a los que están en mejor situación» (Ruiz Miguel, 2009, p. 33). En este contexto, el Estado adquiere un rol activo, en el que resulta responsable de generar las condiciones para que la igualdad entre los ciudadanos y ciudadanas que forman parte de él, sea real y efectiva.

El Estado peruano, «adopta la fórmula política del Estado social y democrático, que se encuentra subsumida en la fórmula Estado constitucional y democrático» (Alvites Alvites, 2011, p. 122), es decir, la Constitución goza de fuerza normativa directa y debe ser considerada en el desarrollo de políticas públicas. En este sentido, Alvites señala que «esta fórmula estatal genera una serie de obligaciones que deberá cumplir el Estado en relación a los derechos fundamentales, particularmente al derecho a la igualdad y a la no discriminación»¹⁹.

En este contexto, la igualdad material tiene como objetivo que, además del respeto de los derechos fundamentales ante la ley, el Estado promueva el acceso y ejercicio efectivo de los mismos, considerando las situaciones diversas de discriminación que afectan de manera particular a grupos de personas como las mujeres, y removiendo los obstáculos para que las y los ciudadanos los ejerzan de manera efectiva.

El concepto de igualdad se torna así en complejo, pues no se limita a la sola equivalencia de trato ante la ley. En este orden de ideas, debemos considerar que el derecho a la igualdad posee dos dimensiones, formal y material, las que deben ser consideradas en el respeto de los derechos de las y los ciudadanos en su plenitud, solo así se podrá lograr el efectivo goce de este derecho. De esta forma, la igualdad en su sentido material requiere de políticas igualitarias, que de algún modo puedan constituir limitaciones de las libertades individuales, que serán justificadas de manera legítima, adecuada, razonable y proporcional, respetando los marcos constitucionales sobre los que se desarrollan.

¹⁹ Este paso del Estado liberal de Derecho a un Estado social y democrático acogido por nuestra Constitución ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente 0048-2004-AI/TC, de 1 de abril de 2005, FFJJ 1-10. Citado en Alvites (2011, p. 123).

En concordancia con esta postura, Laporta sostiene que la igualdad se basa en que todas las personas deban ser tratadas como iguales, salvo que existan criterios relevantes que justifiquen un tratamiento diferenciado (1985, pp. 3-31) objetivo y razonable. Así, pueden presentarse casos de diferenciación razonable y casos de distinción arbitraria o desigualdad no justificada, y para verificar el respeto a la igualdad, la doctrina y la jurisprudencia (incluida la de nuestro Tribunal Constitucional) han desarrollado el denominado test de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad, que deberá ser aplicado en cada caso o situación concreta (García Morillo, 1997, pp. 244-248).

Ahora bien, otro punto importante a abordar es que no todo trato desigual arbitrario es necesariamente discriminatorio. Y es que el concepto de discriminación no es sinónimo del de desigualdad arbitraria (Garcés Peralta, 2003, pp. 176-177). En sentido estricto, la discriminación se relaciona con la afectación a la dignidad (como es el caso de discriminación por origen, raza, religión), y se vincula directamente a aquellos prejuicios en virtud de los cuales se considera a determinadas personas o grupos de personas como inferiores. En estos supuestos «[...] el motivo de la distinción es algo más que irrazonable, es odioso, y de ningún modo puede aceptarse porque resulta humillante para quienes sufren esa marginación» (Bilbao Ubillús y Rey Martínez, 1998, p. 251). Queda claro entonces que la diferenciación por razón del género constituye un factor de discriminación. Es más, la discriminación guarda relación con la pertenencia a un grupo, por lo que cuando se vulnera el derecho a la integridad de una mujer por razón de género, en realidad se está afectando a todo el grupo de seres humanos mujeres que son discriminadas por esa misma razón.

De esta forma, los Estados están obligados a garantizar que las ciudadanas y ciudadanos puedan desarrollar sus proyectos de vida sin que se vean perturbadas/os por ningún tipo de discriminación, sobre la base de categorías como sexo, raza, orientación sexual, condición social, entre otras; de manera que se respeten el ejercicio de los derechos fundamentales en condiciones de igualdad²⁰.

Y como ya adelantamos, el análisis de las diferentes formas de discriminación en el ámbito constitucional debe ser abordado, necesariamente desde la perspectiva de género e interseccionalidad. En este sentido, tal como indica Salomé²¹:

Pese a que las situaciones de «discriminación múltiple» no son en sí mismas una novedad, el uso de este concepto es relativamente reciente en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho en general. Consideramos que

²⁰ Estas obligaciones se encuentran expresamente establecidas en los artículos 1 y 2 incisos 1) y 2) de la Constitución Política del Perú de 1993.

²¹ Ver al respecto Salomé Resurrección (2015, pp. 159-164).

ello puede ser explicado a partir de los procesos históricos de los derechos humanos y especialmente del más reciente, el «proceso de especificación», que —entre otros aspectos— matiza la idea del ser humano genérico para empezar a tomar en cuenta las circunstancias relevantes en las que se encuentran las personas²².

En este orden de ideas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que se debe considerar «en sus estándares el deber de los Estados de tomar en consideración la intersección de distintas formas de discriminación que puede sufrir una mujer por diversos factores combinados con su sexo, como su edad, raza, etnia y posición económica, entre otros. Este principio ha sido establecido en el artículo 9 de la Convención de Belém do Pará, dado que la discriminación y la violencia no siempre afectan en igual medida a todas las mujeres; hay mujeres que están expuestas al menoscabo de sus derechos en base a más de un factor de riesgo»²³. En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de sendos informes, resoluciones y sentencias, han destacado la situación de particular vulnerabilidad que afectan a niñas y mujeres indígenas, afrodescendientes, lesbianas, mujeres con discapacidad, entre otras, en la garantía y el ejercicio de sus derechos.

²² Explica Liliana Salomé que la incorporación del concepto discriminación múltiple en el marco del derecho internacional de los derechos humanos se encuentra en observaciones y recomendaciones generales emitidas por los comités del sistema de las Naciones Unidas, como por ejemplo el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Todos ellos han sostenido la necesidad de que los Estados parte adopten medidas específicas para combatir esta forma de discriminación. En el ámbito regional, a partir de la interpretación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer «Convención de Belém do Pará», es la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la que ha fijado como uno de los estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres, el deber de los Estados de tomar en consideración la intersección de distintas formas de discriminación. Ver al respecto Salomé Resurrección (2015, pp. 162-163).

En este contexto, en cumplimiento de lo dispuesto por los artículos 55 y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, y más aún, dada la obligación del Estado de llevar a cabo el denominado Control de Convencionalidad, el análisis de la existencia de discriminación múltiple se torna en una obligación constitucional que requiere ser cumplida por las y los operadores jurídicos. En este sentido, «el control de convencionalidad podría definirse como «una técnica de control normativo que consiste en contrastar las disposiciones de derecho interno (objeto de control) a la luz de los tratados o fuentes de derecho internacional, en específico con la Convención Americana de Derechos Humanos y otros instrumentos del SIDH (parámetro de convencionalidad), que en principio deben aplicar los jueces nacionales» (En Torres Zúñiga, 2013, p. 8). Asimismo, se debe considerar que «el objeto controlado del examen de convencionalidad si bien son las leyes, también lo son las omisiones legislativas y las interpretaciones que se hace de las disposiciones de una ley o de una Constitución» (En Landa Arroyo, César. El impacto del control de convencionalidad en el ordenamiento peruano: entre la época de la dictadura y la consolidación de la democracia constitucional. En Castañeda Otsu, 2014, p. 229).

²³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Estándares Jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: desarrollo y aplicación. OEA/Ser.L/V/II.143. Doc. 60, de 3 de noviembre de 2011, párrafo 28.

Finalmente, es importante mencionar que este abordaje integral e interseccional de la discriminación contra las mujeres ha repercutido en normas recientes vinculadas a la política pública frente a la violencia de género. Así, actualmente contamos con la ley 30364, «Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar», que incorpora como parte de sus enfoques, el de género, interculturalidad e interseccionalidad²⁴. Asimismo, este enfoque ha sido establecido en el «Plan Nacional contra la Violencia de Género 2016 – 2021»²⁵, incorporando la diversidad de las mujeres en su Objetivo Estratégico 1²⁶, a fin de evidenciar las distintas formas de discriminación de las que pueden ser víctimas.

Por todo lo expuesto preocupa que, a pesar de estos avances, el Tribunal Constitucional aún no haya incorporado la perspectiva de género ni el de interseccionalidad en el análisis de casos, más aún cuando la afectación de derechos fundamentales recae sobre mujeres que enfrentan múltiples formas de discriminación, generando mayor exclusión por estas situaciones de vulnerabilidad que enfrentan simultáneamente. Una muestra de ello se evidencia en los resultados de la jurisprudencia constitucional emitida por el Tribunal Constitucional entre enero de 2009 y julio de 2016, como se verá a continuación.

V. El Tribunal Constitucional y la tutela de los derechos fundamentales de las mujeres. Análisis de jurisprudencia

1. Consideraciones generales sobre el análisis jurisprudencial

Los avances en doctrina y en la emisión de normas jurídicas nacionales e internacionales, que establecen la obligación de garantizar los derechos fundamentales de las mujeres, constituyen sin duda logros que responden a una intensa e incansable lucha que, desde hace décadas, entablaron las mujeres desde diversos ámbitos de acción.

Sin embargo, como hemos manifestado en diversas oportunidades —y el reciente contexto nacional lo corrobora— los avances normativos resultan, por decir lo

²⁴ El enfoque de interseccionalidad es definido en el artículo 3 de esta ley: «Reconoce que la experiencia que las mujeres tienen de la violencia se ve influida por factores e identidades como su etnia, color, religión; opinión política o de otro tipo, origen nacional o social, patrimonio; estado civil, orientación sexual, condición de seropositiva, condición de inmigrante o refugiada, edad o discapacidad, y, en su caso, incluye medidas orientadas a determinados grupos de mujeres».

²⁵ Aprobado mediante decreto supremo 008-2016-MIMP, publicado en el Diario Oficial «El Peruano», el 26 de julio de 2016.

²⁶ Este objetivo establece: «Cambiar patrones socioculturales que reproducen relaciones desiguales de poder y diferencias jerárquicas que legitiman y exacerban la violencia de género, que afecta desproporcionadamente a las mujeres en su diversidad (entre ellas las niñas, adolescentes, adultas y adultas mayores; mujeres indígenas, afrodescendientes y mestizas; mujeres urbanas y rurales; mujeres heterosexuales, lesbianas, bisexuales y trans; mujeres con discapacidad; mujeres migrantes; mujeres viviendo con VIH, mujeres en prostitución y mujeres privadas de libertad) en la familia, sociedad e instituciones públicas y privadas».

menos, insuficientes si las normas no son interpretadas y aplicadas por las y los operadores jurídicos al momento de resolver los casos concretos, respetando su finalidad y en concordancia con los mandatos constitucionales y los estándares jurídicos internacionales. Y quienes por excelencia interpretan las normas destinadas a garantizar la defensa y protección de los derechos de las mujeres son las y los magistrados y, en especial, las y los magistrados constitucionales.

Como se ha referido en la parte inicial del presente trabajo, el sistema jurídico —que comprende el reconocimiento y protección de derechos fundamentales— ha sido construido desde la estructura patriarcal del poder, considerando la ciudadanía a partir de un modelo de sujeto de derecho masculino, blanco, heterosexual y con propiedad. No obstante, también es un hecho que, en los últimos años, se han producido mejoras que reconocen la necesidad de una protección específica de los derechos de las mujeres, ante la especial situación de vulnerabilidad en la que aún se encuentran.

En este contexto resulta necesario entender que, desde una perspectiva postpositivista, el derecho debe buscar participar activamente en su construcción y en la resolución de los problemas jurídicos mediante la deliberación y argumentación jurídica, en aras de garantizar los principios y derechos fundamentales (Alexy, 2005, p. 31). Partiendo entonces de dicha perspectiva, la solución a gran parte de los problemas que presenta el derecho actual en la erradicación de la vulneración de los derechos de las mujeres por su sola condición de tales, se puede lograr mediante la adecuada actuación de las y los operadores jurídicos en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes, desde una pretensión de corrección o justicia (p. 31). Y para ello resultará indispensable emplear, adicionalmente a los principios y métodos de interpretación tradicional, los métodos de análisis de casos que ayuden a tomar conciencia de que el conocimiento del derecho responde a estructuras que no tomaron en cuenta a las mujeres y que, por ende, requieren ser replanteadas y reinterpretadas²⁷.

El Tribunal Constitucional es el intérprete supremo de la Constitución, garante de la primacía de la persona expresamente reconocida en ella, así como del principio de no discriminación y del derecho que todas y todos tenemos de alcanzar nuestros planes de vida²⁸. Es en este marco que, en materia de interpretación, ante diversas opciones existentes para la resolución de un caso, el intérprete supremo ha optado por aquella que conduce a una mejor protección o eficacia de derechos fundamentales²⁹, en aplicación del principio *pro o favor libertatis*, que cuenta inclusive con sustento

²⁷ Ver al respecto Alvites Alvites (2011, pp. 117- 143).

²⁸ Artículos 1, 2 incisos 1) y 2), y 44 de la Constitución Política del Perú.

²⁹ Como puede apreciarse en la STC 10034-98-AA/TC de 06 de agosto de 2002.

constitucional dada la ya referida primacía de la persona (Garcés Peralta, 2012, p. 153). Es precisamente este marco de interpretación el mismo que, con mayor razón, debe guiar el trabajo del intérprete supremo para la defensa y promoción de los derechos de las mujeres. Y complementariamente a ello debe plantearse, en cada contexto concreto, preguntas sobre la situación que enfrentan las mujeres, o sobre cómo determinadas regulaciones jurídicas tienen impactos diferenciados que, ya sea de manera directa o indirecta, pueden perjudicar la real vigencia de sus derechos.

En virtud de lo expuesto resulta clara la responsabilidad trascendental que, desde el inicio de sus funciones, tiene el Tribunal Constitucional en materia de interpretación y aplicación de las normas jurídicas que deben proteger los derechos fundamentales de las mujeres discriminadas por su condición de tales, como producto de la subordinación y control a la que, históricamente, se encuentran, en los hechos, sometidas.

Es por esta razón que la finalidad del presente trabajo ha sido, en esta segunda parte, llevar a cabo un análisis de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional vinculadas a la defensa y protección de los derechos fundamentales de las mujeres, pero siempre que se encuentren directamente vinculados a su derecho a la no discriminación por razón de género. En tal sentido, el presente estudio no comprende el análisis de aquellos casos en los cuales las mujeres han recurrido a procesos constitucionales para la protección de sus derechos fundamentales pero cuya vulneración no se ha producido por su condición de mujer.

Otro aspecto a tener en consideración es que no resultaba posible sistematizar todas las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional desde el inicio de sus funciones en 1996. En tal sentido, el análisis que se presenta a continuación se ha realizado en base a los siguientes criterios:

- a) Puede decirse que hasta el año 2008 se tuvo un mayor conocimiento y difusión de sentencias emblemáticas en materia de protección de derechos fundamentales, entre ellas de los derechos de las mujeres³⁰, siendo luego —en nuestra opinión— menor la búsqueda y análisis de sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en la materia³¹. Es esta la razón por la que en el presente trabajo

³⁰ Solo a modo ejemplo cabe mencionar las siguientes sentencias emblemáticas: STC 2868-2004-AA/TC, José Antonio Álvarez Rojas, STC EXP. 1776-2004-AA/TC, Víctor Augusto Morales Medina, STC EXP. 6712-2005-HC/TC, F.38, Magali Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana, STC 0007-2006-PI/TC, Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari, entre otras. Asimismo, en este período se emitieron también sentencias vinculadas a la prohibición de discriminación por razones de género que, de resultar pertinente, serán referidas en la parte correspondiente al análisis cualitativo de sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional entre enero de 2009 a julio de 2016.

³¹ Debe también tenerse en cuenta que desde setiembre del año 2007, y a partir de una nueva conformación del Tribunal Constitucional, se produjeron cambios drásticos de jurisprudencia, decisiones polémicas y disputas

el análisis, tanto cuantitativo como cualitativo de sentencias vinculadas a la vulneración de los derechos fundamentales de las mujeres por razones de género, comprende de enero de 2009 a julio de 2016.

- b) Las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional vinculadas a la materia de análisis del presente estudio corresponden fundamentalmente a procesos constitucionales de control concreto o de tutela de derechos (amparo, hábeas corpus, hábeas data y procesos de cumplimiento).
- c) Dado que no resulta posible un análisis exhaustivo del contenido de cada sentencia revisada, se hará especial énfasis en las partes pertinentes vinculadas a la vulneración de los derechos de las mujeres por razones de género en las principales sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional durante este período. Asimismo, se buscará llevar a cabo este análisis clasificando las sentencias emitidas en función de los principales derechos vulnerados.

Por lo expuesto, consideramos que el principal aporte del presente trabajo no es solo el tratamiento al marco normativo y doctrinario vigente que prohíbe la discriminación y consiguiente vulneración de los derechos fundamentales de las mujeres por razones de género, sino, en especial, la sistematización y el análisis cualitativo y cuantitativo del trabajo desarrollado por el Tribunal Constitucional en la materia, durante el período de estudio.

2. Análisis cuantitativo y cualitativo (enero 2009-julio 2016)³²

2.1. Análisis cuantitativo

Un primer aspecto a tener en cuenta es que, de la revisión de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional entre enero de 2009 a julio de 2016, se puede apreciar con meridiana claridad que han sido muy pocas las que han versado sobre la vulneración de los derechos fundamentales de las mujeres por el solo hecho de ser tales.

Aun cuando es cierto que ello no responde a la voluntad o desinterés del intérprete supremo de la Constitución por conocer casos de discriminación por razones de género, ya que solo puede pronunciarse sobre los expedientes que le son elevados³³,

internas, evidenciadas inclusive en renuncias y cambios en la Presidencia producidos entre mediados de 2008 y el año 2009; ello además de la asunción, en julio de 2010, del magistrado Oscar Urviola en reemplazo del magistrado César Landa Arroyo. Cabe sin embargo mencionar que en el año 2014 se dio inicio a lo que se ha denominado una nueva época del Tribunal Constitucional, que ha generado expectativa. Ver al respecto Abad Yupanqui (2015, p. 97).

³² Para la ubicación y sistematización de las sentencias analizadas en el presente artículo, se contó con la asistencia de Adrián Rodolfo Lengua Parra, estudiante de pregrado de último ciclo de la Facultad de Derecho de la PUCP e investigador del Grupo de Derecho, Género y Sexualidad (Degese) de esta misma casa de estudios.

³³ Cabe recordar que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 202 inciso 2) de la Constitución y el artículo 2 de la ley 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, este resuelve en última y definitiva instancia las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data y procesos de cumplimiento que

tampoco deja de preocupar que sean tan escasas las controversias vinculadas a la defensa de los derechos de las mujeres que llegan a conocimiento de la última instancia de protección de derechos fundamentales a nivel nacional. También se debe tener en cuenta que la presente sistematización de resoluciones del Tribunal Constitucional se ha circunscrito a sentencias (fundadas o infundadas), por lo que no debe descartarse que puedan haberse declarado improcedentes varios de los casos que pudieron haber implicado un conocimiento de fondo sobre la materia objeto del presente trabajo³⁴.

De otro lado, tampoco puede dejar de tenerse en consideración el carácter residual de los procesos constitucionales de amparo (los que constituyen el 89% de las sentencias identificadas en el período materia de análisis vinculadas a la protección de los derechos fundamentales de las mujeres), ni el consiguiente hecho de que existan vías paralelas. Es esto lo que puede haber llevado a que, por ejemplo, la mayor parte de procesos como los de violencia familiar o violencia sexual hayan sido conocidos por el Poder Judicial vía los procesos judiciales ordinarios o especiales correspondientes³⁵.

A pesar de ello, tampoco puede negarse que aún persiste una tendencia al mal uso de los procesos constitucionales, que ha llevado a la denominada «amparización» de causas ordinarias inclusive sobre asuntos estrictamente legales (Sosa Sacio, s.f., pp. 203-204) que busca la protección rápida y eficaz que caracteriza al control concreto de constitucionalidad. Siendo así, llama aún más la atención que no se hayan planteado más casos de procesos constitucionales por discriminación contra mujeres. Y es que, por regla general, es perfectamente sustentable que —más allá de la existencia de vías previas y paralelas y de su análisis en cada situación concreta— los casos de discriminación contra mujeres encajan en los supuestos de procedencia para la interposición de procesos de control concreto de constitucionalidad y de protección de derechos, por tratarse de situaciones que sin duda tienen relevancia y contenido constitucional.

son impugnadas en última instancia judicial y por ende elevadas para su conocimiento. Asimismo, de acuerdo al artículo 202 inciso 1) de la Constitución, el Tribunal Constitucional resuelve los procesos de inconstitucionalidad.

³⁴ Solo a modo de ejemplo, de la lectura de una de las sentencias sistematizadas (STC Exp. 03861-2013-PA/TC), se pudo encontrar un caso en el que, al sustentar un voto singular, se hace alusión a una resolución de fecha 27 de mayo de 2013 en la que el Tribunal Constitucional declaró improcedente la reposición laboral de una recurrente fundamentándose para ello en que, teniendo la afectada condición de trabajadora pública, debía tramitar su pretensión al interior del proceso contencioso administrativo.

³⁵ Es decir, los procesos civiles destinados a la protección de los derechos de las víctimas (regulados por el derogado TUO de la ley 26260, Ley de protección frente a la violencia familiar y desde el 24 de noviembre de 2015 por la ley 30364 Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar) y su Reglamento (D.S. 009-2016-MIMP), así como los respectivos procesos penales.

En virtud de lo expuesto preocupa que, por las razones que fuera (como poca confianza en el sistema de justicia, costos del proceso, declaraciones de improcedencia, entre otras), como se verá a continuación, los casos sentenciados por el Tribunal Constitucional en materia de no discriminación contra las mujeres por razones de género continúen siendo, lamentablemente, muy escasos. Cabe por cierto mencionar también como dato importante que aproximadamente el setenta por ciento (70%) de las demandas que llegaron a conocimiento del Tribunal Constitucional entre enero de 2009 a julio de 2016, fueron interpuestos por hombres.

Análisis cuantitativo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional³⁶

Año	Sentencias emitidas	Sentencias vinculadas a derechos de las mujeres
2009	3351	3
2010	2583	6
2011	1766	1
2012	1395	3
2013	1138	1
2014	944	3
2015	1001	0
2016 (julio)	320	1*
TOTAL	12 498	18

Fuente: Tribunal Constitucional. Elaboración propia, considerando las sentencias emitidas entre enero de 2009 y julio de 2016.

* La sentencia que se cuenta en este recuadro no corresponde a la revisión exhaustiva realizada hasta julio de 2016. Si bien fue emitida el 9 de diciembre de 2015, recién ha sido conocida en setiembre de este año (STC 01423-2013-PA/TC, sobre discriminación por embarazo en la Escuela de Oficiales de la FAP). No obstante, dada su trascendencia e importancia para efectos del presente trabajo, se ha considerado necesaria su inclusión y correspondiente análisis.

La situación resulta más grave aún si se tiene en consideración que, de las dieciocho (18) sentencias identificadas, existen tres (3)³⁷ que hemos incorporado al cuadro pues, en nuestra opinión, correspondía que en ellas el Tribunal Constitucional

³⁶ La revisión del total de 12 498 sentencias del período materia de análisis implicó el ingreso a la base de datos de jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la consiguiente identificación, en cada una, de aquellos temas vinculados a la defensa de los derechos fundamentales de las mujeres. En tal sentido más allá de que, producto de su alto número, pudiese haberse no tomado en consideración alguna de ellas, es importante incidir en que este margen de error es menor al 0,1% de los casos analizados, por lo que no resulta relevante para efectos de los resultados cuantitativos del presente trabajo.

³⁷ STC 01575-2007-PHC/TC, STC 5003-2009-PHC/TC y STC 03191-2012-PA/TC, sobre los que nos pronunciaremos en la parte correspondiente al análisis cualitativo del contenido de sentencias emitidas en este período.

se pronunciara con un enfoque de género y sin embargo no lo hizo, perdiendo en estos casos la oportunidad de proteger los derechos fundamentales de las mujeres demandantes. En consecuencia, puede decirse que el número de sentencias en las que entre enero de 2009 y julio de 2016 el Tribunal Constitucional realmente se pronunció sobre la materia se reduce a solo quince (15). No obstante, cabe destacar que, del total de dieciocho (18) sentencias, salvo en una³⁸(1), las diecisiete (17) restantes fueron declaradas fundadas.

a. Análisis cualitativo. Principales derechos afectados

En este acápite se hará referencia al contenido de las sentencias emitidas en este período, las cuales han sido organizadas en función de las materias que figuran a continuación, vinculadas a la protección de los derechos de las mujeres.

Un aspecto importante a mencionar es que, si bien —como ya se ha referido— en el presente artículo se ha buscado trabajar sobre el lapso enero 2009 - julio 2016, consideramos conveniente complementar este análisis cualitativo con algunas sentencias emblemáticas emitidas con anterioridad sobre estos mismos temas, ello a fin de poder tener un panorama más preciso sobre la labor del máximo intérprete de la Constitución en la materia.

a) *Derecho a la no discriminación por embarazo en el ámbito laboral (despido por embarazo y licencia por maternidad) y a la no discriminación en el ámbito educativo (exclusión por embarazo en las escuelas de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú)*

Resulta innegable que ha sido en materia de discriminación de mujeres por razones de embarazo, donde el Tribunal Constitucional peruano ha tenido su mayor desempeño en la protección de sus derechos. Ello se manifiesta en que, del total de (dieciocho) 18 sentencias encontradas en materia de protección de derechos de las mujeres, tres (3) se refieran a expulsión por embarazo de las escuelas de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional³⁹, ocho (8) a despido por embarazo⁴⁰, tres (3) a licencia por maternidad⁴¹ y una (1) a extensión de prestaciones de salud a la hija menor de edad gestante de una afiliada a EsSalud⁴². Es decir, el 83.3%

³⁸ STC 02456-2012-AA/TC, sobre despido por embarazo. Se declara infundada por no haberse superado el período de prueba convencional

³⁹ STC 05527-2008-PHC/TC de fecha 11 de febrero de 2009, STC 01151-2010-PA/TC de fecha 20 de noviembre de 2010 y STC 01423-2013-PA/TC de 9 de diciembre de 2015.

⁴⁰ STC 02769-2007-PA/TC de 8 de mayo de 2009, STC 02586-2009-PA/TC de fecha 20 de enero de 2010, STC 04844-2008-PA/TC del 14 de abril de 2010, STC 01049-2010-PA/TC de 4 de agosto de 2010, STC 02987-2010-PA/TC de 15 de octubre de 2010, STC 02148-2010-PA/TC de 31 de enero de 2011, STC 3135-2012-2009-PA/TC de fecha 22 de octubre de 2012 y STC 02456-2012-AA/TC del 22 de octubre de 2012.

⁴¹ STC 00303-2012-PA/TC de fecha 1 de julio de 2013, STC 0388-2013-PA/TC de 22 de abril de 2014 y STC 03861-2013-PA/TC de 29 de octubre de 2014.

⁴² STC 03191-2012-PA/TC de fecha 30 de enero de 2014.

de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional vinculadas a la protección de mujeres han estado vinculadas a situaciones de discriminación por embarazo. Es esta la razón por la que, para efectos del presente trabajo, nos centraremos fundamentalmente en el análisis de su contenido.

Es importante evidenciar que los quince (15) expedientes revisados configuran casos de discriminación por embarazo, por lo que los planteamientos de fondo postulados por el Tribunal Constitucional para amparar los derechos de las mujeres afectadas resultan, en esencia, a todos ellos aplicables. Es por ello que el análisis de sus contenidos lo estamos realizando de manera general. Así, solo en aquellos puntos que requieren de un análisis propio del tipo de vulneración de que se trata (como por ejemplo es el caso de interpretación de normas específicamente aplicables a los casos de licencia por maternidad, o a despido por embarazo) se llevarán a cabo referencias particulares, sobre las que por cierto, empezaremos en este acápite.

Un primer punto a resaltar de la lectura de varias de las sentencias emitidas, es que el Tribunal Constitucional es consciente de la especial gravedad que caracteriza a la vulneración de los derechos de mujeres embarazadas. Es por ello que, aun cuando algunas sentencias se emitieron cuando ya la afectación se había consumado o tornado irreparable (como por ejemplo ocurre en los casos de licencia por maternidad) o había cesado⁴³, en aplicación del artículo 1 del Código Procesal Constitucional el Tribunal Constitucional se pronunció declarando fundada la demanda, con la finalidad de que hechos de esta magnitud y situaciones de esta índole no vuelvan a ser cometidos⁴⁴.

Por otro lado, es en sus sentencias emitidas en casos de licencias por maternidad, donde el Tribunal Constitucional enfatiza en especial su postura respecto a la procedencia del proceso de amparo para garantizar los derechos de las trabajadoras embarazadas. Ello teniendo en cuenta la gravedad de la vulneración y necesidad de la tutela jurisdiccional «urgentísima y perentoria» requerida para su protección, al margen de la existencia de una vía igualmente satisfactoria⁴⁵. Así, sostiene

⁴³ Por ejemplo el caso de la STC 02769-2007-PA/TC, FFJJ. 6, 11 y 12.

⁴⁴ Ley 28237, Código Procesal Constitucional. Artículo 1.- Finalidad de los Procesos. Los procesos a los que se refiere el presente título tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo. Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el Juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del presente Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda.

⁴⁵ Aunque se trata de otro tema, es importante mencionar que, en aras de garantizar la eficacia del proceso de amparo en la protección de los derechos de las mujeres embarazadas, en la STC 01423-2013-PA/TC, sobre retiro de la cadete A.C.A.V. de la Escuela de Oficiales de la FAP por razón de embarazo, se hace referencia

la arbitrariedad de la negación de este derecho, tanto ante la necesidad de garantizar los derechos de las trabajadoras gestantes como del concebido⁴⁶.

Cabe especificar que en todos los casos analizados sobre de licencias por maternidad, el Tribunal Constitucional hace referencia expresa a la ley 26644, modificada por la ley 26666, sobre goce del derecho al descanso pre y post natal de la trabajadora gestante, pronunciándose de la manera siguiente:

«14. Las trabajadoras gestantes, bajo ningún concepto, pueden ser compelidas a renunciar al descanso pre y post-natal. Sus requerimientos de descanso deben ser atendidos con prontitud por lo que, ante eventuales arbitrariedades, la jurisdicción constitucional, a través de los procesos de cumplimiento y amparo, dada la premura en que debe dilucidarse tal pretensión, resulta idónea para salvaguardar los derechos de las gestantes.

15. En tal sentido, corresponde a los jueces que conozcan resolverlas tan pronto como sea posible, pues ante la negativa de acatar dicha obligación, existe un gran riesgo de que el agravio denunciado termine siendo irreparable⁴⁷.»

Es específicamente en el último caso que resuelve en materia de licencias por maternidad, donde el Tribunal sostiene la relevancia *iusfundamental* del contenido del descanso pre y pos natal⁴⁸. Esta decisión también es relevante pues, además de (al igual que en las otras sentencias) fundar su decisión en la necesidad de protección de los derechos constitucionales consagrados en los artículos 4 (protección a la madre y al niño/a) y 23 (protección especial a la madre que trabaja), agrega que el derecho a la licencia por maternidad constituye un contenido implícito del derecho a la salud previsto en el artículo 7 (que comprende la dimensión reproductiva y también la familiar), y precisa que la decisión de ser madre junto con otras manifestaciones vinculadas a la libertad o autodeterminación reproductiva está protegida por el derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 2 inciso 1). También sostiene que el descanso por maternidad asiste a todas las mujeres trabajadoras independientemente de su régimen y condición laboral, que es irrenunciable, y que la licencia posterior al parto está destinada a favorecer la lactancia, afianzar el vínculo materno filial y desarrollar un puerperio fisiológico normal⁴⁹.

expresa al establecimiento de una medida cautelar innovativa emitida en primera instancia que dispuso la reincorporación provisional que permitió que, en tanto se resolviera el amparo, ella continuara cursando sus estudios, lo que sin duda resultó positivo. Ver STC 01423-2013-PA/TC, FJ.10.

⁴⁶ STC 00388-2013-PA/TC, F.F.J.J. 4 y 5; STC 00303-2012-PA/TC F.F.J.J. 5 al 7 y STC 03861-2013-PA/TC, F.F.J.J. 4, 5, 6 y 8.

⁴⁷ STC 00388-2013-PA/TC, F.F.J.J. 14 y 15; STC 00303-2012-PA/TC, F.F.J.J. 19 y 20.

Cabe mencionar que en la última sentencia emitida en materia de licencia por maternidad (STC 03861-2013-PA/TC), el Tribunal realiza una redacción similar pero más sucinta del primer fundamento citado líneas arriba (FJ. 28), sin embargo, ya no se pronuncia sobre la obligación de resolver estos casos con prontitud.

⁴⁸ STC 03861-2013-PA/TC, F.F.J.J. 8 y 14.

⁴⁹ STC 03861-2013-PA/TC, F.F.J.J. 16, 17, 19, 20, 26 y 28.

De otro lado, en lo que respecta al despido por embarazo, el Tribunal Constitucional refiere expresamente la procedencia del amparo en virtud del fundamento jurídico 24 del precedente vinculante establecido en la STC 0206-2005-PA/TC. Cabe recordar que este precedente precisa los lineamientos jurídicos aplicables tanto para el régimen público como el privado, y delimita las pretensiones que merecen protección a través del amparo y no por la vía contencioso-administrativa.

Asimismo, en reiterada jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha precisado que, en los casos de contratación en el sector público bajo el decreto legislativo 276, resulta aplicable la ley 24041 por lo que, ante el desempeño de un cargo de naturaleza permanente, no procede el despido en casos de embarazo. Por su parte, en el marco del régimen laboral privado previsto en el decreto legislativo 728 y su reglamento, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, si se demuestra que la demandante realiza una labor de naturaleza permanente y no temporal en su centro de trabajo, y de acuerdo con lo dispuesto por el inciso d del artículo 77 de esta norma se le despide sin expresarle causa derivada de su conducta o capacidad laboral que la justifique, corresponde estimar la demanda de reposición en el puesto desempeñado.

En concordancia con lo expuesto, un punto clave en materia de despido es que el Tribunal Constitucional establece, sobre la base del derecho a la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras, que las mujeres embarazadas están protegidas contra todo despido por razón de su condición durante el período de embarazo. En tal sentido, declara la nulidad de los despidos por razón de embarazo⁵⁰, más aun teniendo en cuenta que el inciso d del artículo 29 del TUO del decreto legislativo 728 dispone la nulidad del despido que tenga por motivo el embarazo si se produce en cualquier momento de la gestación o dentro de los 90 días posteriores al parto, y que el inciso e del artículo 29 del decreto supremo 003-97-TR establece que el despido se considera nulo si se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los noventa días posteriores al parto, siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido.

Así, cabe incidir en que el Tribunal Constitucional ha sostenido en sus diversas sentencias que, más allá de la modalidad formal de contratación, lo que prima sobre cualquier simulación o fraude es la naturaleza del trabajo realmente desarrollado. En tal sentido, por primacía de la realidad, reconoce los derechos de las trabajadoras

⁵⁰ STC 05652-2007-PA/TC (aun cuando en la parte resolutive de la sentencia no se declara la nulidad del despido sí se hace referencia al respecto en el FJ.5), STC 04844-2008-PA/TC, STC 02586-2009-PA/TC, STC 01049-2010-PA/TC (aun cuando en la parte resolutive de la sentencia no se declara la nulidad del despido si se hace referencia al respecto en los F.F.J.J. 7 y 9) y STC 3135-2012-PA/TC.

que realizaron un trabajo permanente o indeterminado en relación de dependencia y no realmente un servicio temporal o civil⁵¹.

De esta manera, el Tribunal Constitucional enfatiza en un mayor reconocimiento de los derechos de las trabajadoras gestantes, tanto a no ser despedidas, como también en el reconocimiento de sus descansos pre y pos natal como derecho constitucional implícito. Lo expuesto resulta especialmente importante si tenemos en cuenta que, más allá de que la simulación de contratos de servicios es un problema que afecta tanto a hombres como a mujeres, también podría en muchos casos estar afectando mayormente a las mujeres por razones de género, ello debido a las características propias vinculadas a su capacidad reproductiva y al desconocimiento de sus derechos laborales vinculados a la maternidad.

Cabe destacar que, inclusive en aquellos casos en que el Tribunal Constitucional carecía de documentación que acreditara que el empleador conocía del embarazo de la demandante, llega a declarar fundada la demanda de amparo protegiendo el derecho de estas mujeres fundándose para ello en el carácter permanente de la relación laboral, en la primacía de la realidad, y en la aplicación de lo dispuesto por el decreto legislativo 728 y su reglamento. Y es que de acuerdo a ley, en relaciones laborales de naturaleza indeterminada, solo cabe despido por causa justa relacionada con la conducta o capacidad laboral, tornándose el despido por vencimiento del contrato en un despido arbitrario⁵².

Habiendo ya hecho referencia a algunos puntos específicamente vinculados a licencias por maternidad y a despidos por embarazo, cabe ahora entrar a abordar los fundamentos de fondo emitidos por el Tribunal Constitucional que resultan aplicables en general a todos los casos vinculados a discriminación por embarazo y que, por ende, son referidos en diversas sentencias emitidas durante el período materia de informe.

Así, el primer caso resuelto por el Tribunal Constitucional durante el período materia de estudio, y que sin duda resulta emblemático pues se hace referencia a él y marca el contenido de sus siguientes pronunciamientos sobre la materia⁵³,

⁵¹ STC 05652-2007-PA/TC, STC 02769-2013-PA/TC, STC 02586-2009-PA/TC, STC 01049-2010-PA/TC, STC 02987-2010-PA/TC, STC 02148-2010-PA/TC, STC 3135-2012-PA/TC.

⁵² STC 04844-2008-PA/TC, STC 01049-2010-PA/TC, STC 02148-2010-PA/TC, STC 02987-2010-PA/TC (en esta última se declara fundada la demanda por despido arbitrario, pero no se hace referencia expresa a la nulidad del despido).

⁵³ Tal como, por ejemplo, ocurre en la sentencia recaída en el Expediente 01151-2010-PA/TC, sobre exclusión por embarazo de una alumna de la Escuela de Suboficiales de la PNP con sede en Arequipa. Cabe mencionar que la reciente sentencia recaída en el Expediente 01423-2013-PA/TC, sobre retiro de la cadete A.C.A.V. de la Escuela de Oficiales de la FAP por razones de embarazo, hace también referencia expresa a esta primera sentencia emitida en el período materia de estudio.

es aquel en virtud del cual ampara los derechos fundamentales a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y al derecho a la educación de una cadete de la Escuela Técnica Superior de la Policía Nacional de Chiclayo, que fue sometida a un procedimiento disciplinario y expulsada por encontrarse embarazada (STC 00527-2008-PHC/TC de 11 de febrero de 2009). Cabe inclusive mencionar que en este caso la cadete había sido internada en el Hospital de la Sanidad de la Policía Nacional de Chiclayo, contra su voluntad y sin que existiera razón objetiva que justificara el internamiento, vulnerándose así también su libertad individual.

Como sostiene Alvites (2011, pp. 133 y 134), y tal como también sostuviera antes, en el año 2008 (STC 05652-2007-PA), el Tribunal Constitucional se pronuncia estableciendo que el embarazo no constituye una razón que justifique un trato desigual⁵⁴, por lo que limita o restringe los derechos fundamentales de la demandada al trabajo o a la educación. Asimismo, reitera lo dispuesto en la referida sentencia de 2008 (STC 05652-2007-PA) sosteniendo que la discriminación por razón de sexo comprende los tratamientos peyorativos que se fundan no solamente en la simple constatación del sexo de la personas, sino que también «engloba estos mismos tratamientos cuando se justifican en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la personas una conexión directa e inequívoca», entre las que se encuentra el embarazo, como «elemento o factor diferencial que, en tanto hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres»⁵⁵.

Es importante incidir en que, es en la recientemente emitida STC 01423-2015-PA/TC, publicada en setiembre de 2016, que el Tribunal Constitucional reafirma el carácter de discriminación directa de la expulsión o destitución por razón de embarazo de la manera siguiente:

[...] la prohibición de acceso a la educación o la expulsión de una estudiante por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo, como también lo puede ser por ejemplo la negativa a contratar a una mujer embarazada, o cuando una trabajadora percibe una remuneración inferior a la de un trabajador por un mismo trabajo. Son manifestaciones de discriminación directa porque excluyen la posibilidad de justificar, objetivamente, la razonabilidad y proporcionalidad de la medida⁵⁶.

⁵⁴ En esta misma sentencia el Tribunal Constitucional refirió como discriminación directa basada en el sexo no solo al despido por embarazo sino también la negativa a contratar a una mujer embarazada, o la percepción de una trabajadora de una menor remuneración que la de un trabajador varón por un mismo trabajo, casos todos estos en los que no se puede justificar objetivamente la razonabilidad y proporcionalidad de esta diferencia de trato. STC Exp.5652-2007-PA/TC FJ.52. Este mismo argumento se aborda nuevamente en la STC 01423-2013-PA/TC, de 9 de diciembre de 2015, como veremos a continuación.

⁵⁵ STC 00527-2008-PHC/TC, FJ. 20.

⁵⁶ STC 01423-2015-PA/TC, FJ. 25,

Asimismo, es importante relevar que es desde la STC 00527-2008-PHC/TC, de 11 de febrero de 2009, que el Tribunal sostiene que la separación de alumnas por su embarazo constituye un acto discriminatorio que tiene por finalidad estigmatizarlas, y que carece de una justificación objetiva y razonable, por lo que «equivale a la imposición de una sanción»⁵⁷.

Cabe igualmente resaltar que es también en esta sentencia 00527-2008-PHC/TC donde el Tribunal Constitucional sostiene que la decisión de la mujer de tener un hijo/a es una opción vital que forma parte del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (artículo 2 inciso 1 de la Constitución), que entendemos como el derecho a alcanzar sus propios planes de vida⁵⁸. Al impedirse a la mujer alcanzar su desarrollo integral, lo que por cierto no puede ser objeto de injerencia ni por el Estado ni por los particulares, es que las medidas que tienden a impedir o a hacer más gravoso el ejercicio de la mencionada opción vital, resultan inconstitucionales⁵⁹.

Sobre el particular, coincidimos con Sáenz en que, aun cuando sí realiza una alusión cercana en esta sentencia, el Tribunal aún no hace aquí aún referencia expresa a los derechos reproductivos (2013, p. 263). Sin embargo, un avance adicional en materia de derechos reproductivos lo encontramos en la última sentencia emitida en la materia (STC 01423-2013-PA/TC), en la que el Tribunal Constitucional manifiesta expresamente «el deber estatal de establecer políticas públicas a favor de las libertades reproductivas» haciendo expresa referencia al artículo 6 de la Constitución. De otro lado, es importante mencionar que en esta misma sentencia vuelve a enfatizar que «las decisiones de estudiar la carrera militar como opción profesional y ejercer la maternidad forman parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, motivo por el cual, todo límite a su ejercicio solo resultará constitucional en la medida de que sea respetuoso del principio de proporcionalidad»⁶⁰. Otro avance al respecto lo encontramos en el expediente 03861-2013-PA/TC, donde sostiene que el derecho

⁵⁷ STC 05527-2008-PHC/TC, F.J. 23.

⁵⁸ El contenido del derecho al libre desarrollo de la persona puede definirse como la protección general de la capacidad que la Constitución reconoce a las personas para autodeterminarse, es decir, para darse sus propias normas y desarrollar sus propios planes y proyectos sin interferencias, por lo que se encuentra directamente vinculado con los principios y valores de dignidad y libertad. Se trata entonces de objetivos constitucionalmente trascendentes o importantes, de acciones u omisiones que buscan la realización, por parte de la persona, de un modo u opción de vida. Este derecho tiene como fundamento la necesidad de que no existan ni se presenten impedimentos u obstáculos que impidan dicha capacidad de decisión o acción, ni por parte de los particulares ni del Estado, siendo exigible a este la necesidad de garantizar este derecho. Se trata entonces de que las alternativas de acción sean afectadas lo menos posible por mandatos y prohibiciones, y que se limiten cuando exista real afectación a derechos de terceros. En Garcés Peralta (2012, pp. 212-214).

⁵⁹ STC 05527-2008-PHC/TC, F.J. 21.

⁶⁰ STC 01423-2013-PA/TC, F.J. 33.

a la salud previsto en el artículo 7 comprende la dimensión reproductiva, y precisa que la decisión de ser madre junto con otras manifestaciones vinculadas a la libertad o autodeterminación reproductiva está protegida por el derecho al libre desarrollo de la personalidad⁶¹.

Precisamente, respecto a la importancia de evaluar el respeto al principio de proporcionalidad en estas medidas restrictivas de los derechos fundamentales de las mujeres, llama la atención que solo en dos (2) de las dieciocho (18) sentencias analizadas que corresponden al período materia de análisis se haga referencia al test de ponderación⁶². Cabe mencionar que, en la última sentencia publicada en setiembre de este año, sobre expulsión de una cadete por embarazo (STC 01423-2013-PA/TC), el Tribunal Constitucional llega a sostener, adecuadamente, que esta medida restrictiva no superó el principio de necesidad, ya que existía una alternativa menos gravosa como suspender a la cadete solo hasta que termine su embarazo o durante un plazo razonable. Si bien lo expuesto constituye sin duda un avance de por sí destacable, consideramos que, tomando conciencia de la necesidad de cuestionar la construcción formal Derecho y el concepto de sujeto de derechos⁶³, este análisis pudo ser complementado y enriquecido con la incorporación de métodos que, como los de Barlett, incorporan en el análisis de casos de manera clara y expresa la perspectiva de género.

Un último punto a destacar es que a partir de la sentencia 05527-2008-PHC/TC de febrero de 2009, el Tribunal Constitucional es claro en sostener que cualquier distinción de trato que, ya sea en el ámbito público o privado, resulte desfavorable a la mujer por su condición de embarazo impidiéndole gozar o ejercer sus derechos fundamentales «constituye un acto discriminatorio que es nulo de pleno derecho⁶⁴ por contravenir el artículo 2 inciso 2 de la Constitución». Esta afirmación resulta muy importante para la protección de los derechos de las cadetes embarazadas. Si bien el Tribunal Constitucional reconoce expresamente que la entonces vigente ley 28338, Ley del Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú⁶⁵, no contemplaba el embarazo como causal de separación de cadetes y alumnas de la

⁶¹ STC 03861-2013-PA/TC, F.F.J. 16 y 17.

⁶² Solo en la STC 01423-2013-PA/TC, F.J.7 se realiza el test de ponderación. Si bien la STC 1575-2007-PHC/TC sobre visita íntima, hace referencia a la necesidad de evaluar la razonabilidad y proporcionalidad de las medidas que limitan la visita íntima, no se llega a llevar a cabo el test de ponderación. Esto último también ocurre con la STC 0652-2007-PA/TC, de noviembre de 2008, que, si bien por su contenido se refiere en el presente informe, fue emitida con anterioridad al período materia de análisis.

⁶³ Aspecto abordado en la parte inicial del presente trabajo, en el punto 2.2 La perspectiva de género en el Derecho: creación y recreación de un modelo de «ciudadano».

⁶⁴ STC 05527-2008-PHC/TC, FJ. 20. El resultado es nuestro.

⁶⁵ A la fecha se encuentra vigente el decreto legislativo 1150, de diciembre de 2012, Ley que regula el Régimen Disciplinario de la Policía Nacional del Perú.

Escuela de Formación de la Policía Nacional del Perú, entendemos que su intención era recalcar que ello llevaba a que se tornara más grave aún que la inconstitucionalidad proviniera directamente de lo establecido en una norma reglamentaria. Sin embargo, consideramos importante incidir en que hubiera resultado igualmente inconstitucional si se hubiera tratado de una disposición con rango de ley.

Llama sin embargo la atención y preocupa que, a pesar de que desde el año 2008 el propio Tribunal Constitucional había reconocido que la destitución por embarazo en las escuelas de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional constituye una práctica reiterada⁶⁶, y más aun teniendo en cuenta que el mayor número de sentencias emitidas en este período son por esta causal así como por discriminación laboral debida al embarazo, el intérprete supremo no haya emitido un precedente vinculante en la materia.

Sobre el particular no puede negarse que, desde el año 2009, el Tribunal Constitucional ha venido aclarando que el embarazo de una alumna no puede limitar o restringir su derecho a la educación, y que ningún manual o reglamento puede, ni explícita ni implícitamente, tipificarlo como infracción, falta o causal de mala conducta, pronunciándose inclusive sobre el deber de las y los jueces de inaplicar una norma de este tipo en virtud del artículo 138 de la Constitución⁶⁷. Es en este mismo sentido que en la STC 00527-2008-PHC/TC, además de disponer la reincorporación de la cadete a la escuela de la PNP, declara «que las Escuelas de Formación de la Policía Nacional del Perú se encuentran impedidas de separar alguna alumna y/o cadete por su estado de embarazo»⁶⁸. Por su parte, la reciente sentencia 01423-2013-PA/TC, en base a similares argumentos y luego de verificar el cumplimiento de los criterios jurisprudencialmente establecidos para el control de constitucionalidad⁶⁹, resuelve «ordenar a todos los jueces que tengan en trámite demandas donde el acto cuestionado se encuentre fundamentado en las disposiciones legales aquí analizadas, que en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 138° de la Constitución, ejerzan control difuso observando las interpretaciones realizadas por este Tribunal en el presente caso, bajo responsabilidad».

⁶⁶ STC 5527-2008-PHC/TC, FJ. 18.

⁶⁷ STC 5527-2008-PHC/TC, FJ. 22.

⁶⁸ Cabe mencionar que la inaplicación de disposiciones reglamentarias discriminatorias por razón del embarazo, así como la reiteración en la parte resolutive de la sentencia estableciendo que «las Escuelas de Formación de la Policía Nacional del Perú se encuentran impedidas de separar a alguna alumna y/o cadete en estado grávido» se encuentra también en el expediente 01151-2010-PA/TC, sobre exclusión por embarazo de una alumna de la Escuela de Suboficiales de la PNP con sede en Arequipa.

⁶⁹ STC 2132-2008-AA

Sin embargo, más allá de la importancia de los alcances generales de las redacciones arriba referidas, se trata de doctrina jurisprudencial, resultando por ende de obligatorio cumplimiento solo para las y los jueces⁷⁰.

La continua emisión de diversas sentencias del Poder Judicial, así como conocer que continúan presentándose casos de discriminación por embarazo en el ámbito laboral y educativo que no llegaron a ser judicializados⁷¹, confirman nuestra postura respecto a que la emisión de un precedente vinculante para la prohibición de discriminación por embarazo en centros de trabajo así como en escuelas de las Fuerzas Armadas y Policiales resultaba necesaria, por sus efectos normativos⁷². Ello hubiera obligado a todos las y los funcionarios del Estado y no solo a quienes ejercen función jurisdiccional. Lo expuesto se evidencia aún más ante la conocida resistencia existente en las Fuerzas Armadas para modificar sus disposiciones reglamentarias. Por tanto, más allá de lo destacable que pueda resultar que en las sentencias emitidas se exhorte a la institución competente a que modifique la norma inconstitucional, suele tornarse en ineficaz⁷³. Ello, sumado a las dificultades de acceso a la justicia, contribuye a generar impunidad y la consiguiente indefensión de las mujeres ante situaciones de discriminación como esta.

Cabe finalmente incidir en una limitación que encontramos a partir de las sentencias analizadas emitidas entre enero de 2009 y julio de 2016. Y es que en ninguna de ellas el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sosteniendo de manera expresa y clara que la discriminación contra las mujeres está basada en razones de género, es decir, no en las diferencias biológicas entre hombres y mujeres, sino en las funciones y atributos construidos cultural y socialmente, que se vinculan con la posición femenina y masculina, generando modelos de identidad que se atribuyen a estas diferencias biológicas⁷⁴. De esta manera, y a pesar de los innegables avances,

⁷⁰ Artículo VI de la ley 28237, Código Procesal Constitucional y Primera Disposición General de la Ley 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

⁷¹ Hemos tomado conocimiento de reiterados casos a partir del trabajo desarrollado por la Defensoría del Pueblo y los medios de comunicación.

⁷² Ley 28237, Código Procesal Constitucional. Artículo VII.- Precedente. Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

⁷³ Es probablemente esta la razón por la cual, en la STC 04119-2005-AA/TC, FJ. 59, el Tribunal Constitucional sostiene que se puede establecer el denominado Estado de Cosas Inconstitucional (de reconocimiento jurisprudencial) cuando se verifica una práctica de renuencia sistemática y reiterada contraria a la Constitución que debe erradicarse para evitar una sistemática vulneración de derechos fundamentales de un sector de la población. Sin embargo, refiere el propio Tribunal Constitucional que ello no obsta a la necesidad de establecer un precedente vinculante: «[...] el TC debe establecer, además, que el sustento del precitado estado así como los fundamentos que permiten su superación, constituyen precedente vinculante, conforme lo dispone el artículo VII del Título Preliminar del CPC.»

⁷⁴ En este sentido se ha pronunciado el Comité CEDAW, RG N°28, CEDAW/C/GC/28, 16/12/10, párr. 5.

el supremo intérprete encargado de la protección de derechos fundamentales continúa dejando de asumir un análisis preciso de los roles, espacios y atributos de género, indispensable para contribuir a lograr los cambios en las estructuras de poder político y jurídico, que garanticen una igualdad material.

Así, no resulta en nuestro concepto suficiente que, por ejemplo, en la sentencia recaída en el expediente 00527-2008-PHC/TC el máximo intérprete de la Constitución refiera que «la discriminación contra la mujer es un problema social que aún pervive en nuestra sociedad⁷⁵, que vulnera no solo el derecho a la igualdad real y efectiva entre los sexos, sino que también vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad de las mujeres y constituye una amenaza contra los derechos a la salud y a la vida de las mujeres embarazadas»⁷⁶.

En efecto, somos de la opinión que la citada referencia no llega a plasmar en toda su magnitud el problema de género que se encuentra detrás de estas situaciones de discriminación. Si bien en una anterior y ya referida sentencia dictada en 2008 (STC 05652-2007-PA/TC) sí llegó a sostener que «en el caso de las mujeres la prohibición de discriminación por razón de sexo tiene su razón de ser en la necesidad de terminar con la histórica situación de inferioridad de la mujer en la vida social, política y jurídica [...]»⁷⁷, consideramos que tampoco con ella se llega a vincular esta situación de manera directa e inequívoca con el concepto de género, es decir, con el «contexto de desigualdad sistemática que remite a una situación estructural y a un fenómeno social y cultural enraizado en las costumbres y mentalidades de todas las sociedades y que se apoya en concepciones referentes a la inferioridad y subordinación basadas en la discriminación por sexo-género»⁷⁸.

Lo expuesto guarda, en nuestro concepto, relación con el hecho de que la sentencia recaída en el Expediente 00527-2008-PHC/TC del año 2009, por expulsión de una cadete de la Escuela Técnica Superior de la Policía Nacional de Chiclayo, tampoco realice un suficiente análisis respecto al contenido del reglamento sobre el que se fundó la destitución de la cadete, que establecía como falta que ameritaba la sanción

⁷⁵ Cabe sin embargo mencionar que esta referencia ya había sido planteada por el Tribunal Constitucional en la STC 05652-2007-PA/TC, F.J. 9.

⁷⁶ STC 05527-2008-PHC/TC, F.J. 13.

⁷⁷ Similar redacción al respecto se encuentra en los Expedientes 05652-2007-PA/TC, F.J. 48, y 01423-2013-PA/TC, F.J. 22.

⁷⁸ Plan Nacional contra la Violencia de Género 2016-2021, D.S. 008-2016-MIMP. Glosario de términos.

En este sentido, habría además que añadir que la política pública sobre violencia de género marcada en este plan realiza un avance importante al incorporar las perspectivas de interculturalidad e interseccionalidad, entre otras. Sin embargo, aún adopta una definición de la perspectiva de género basada en el sistema sexo/género, que -como vimos en el punto 2.1 de este artículo- ha sido complejizada, entendiéndose que la discriminación basada en el género no se limita a una visión dicotómica de la realidad y de la diferencia sexual, sino que implica analizar las diversas identidades de género, desde una perspectiva integral que permita evidenciar las múltiples formas de discriminación que se intersectan en «los cuerpos» de las personas.

de destitución a la maternidad y paternidad de las y los estudiantes de la Escuela Técnica Superior de la PNP. En efecto, como refiere Alvites, la argumentación de la sentencia solo se basó en que esta disposición reglamentaria transgredía el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, dejando de lado el hecho de que se trataba de una discriminación indirecta, pues su aplicación impactaba de manera diferenciada en contra de las cadetes mujeres y no en los varones (2011, p. 135).

Por otro lado, coincidimos con esta autora en que, al dejar de lado la utilización de métodos como el del razonamiento práctico feminista de Barlett, la sentencia recaída en el expediente 00527-2008-PHC/TC no llega a abordar el hecho de que existen casos en los que sí resulta constitucionalmente admisible la diferenciación en favor de las mujeres fundada en razones objetivas y razonables, como es el caso de las diferencias biológicas que justifican el descanso prenatal y el horario de lactancia⁷⁹. No obstante, no se puede dejar de reconocer que algo ya esbozaba el Tribunal Constitucional al establecer en esa misma sentencia que «cuando el estado de embarazo de las alumnas y cadetes pueda generar circunstancias especiales, resulta legítimo y necesario que la futura madre permanezca en reposo o asista a determinados tratamientos especiales»⁸⁰.

Es más, tampoco puede dejar de reconocerse que, en la sentencia emitida en el período anterior al que es materia de este estudio (STC 05652-2007-PA/TC de noviembre de 2008), sobre despido laboral por embarazo, el Tribunal sostiene que entre las medidas que no constituyen discriminación laboral se encuentran aquellas motivadas por imperativos especiales de protección, como son las dirigidas a atender necesidades específicas de la salud o las que responden a necesidades particulares por razones de género, estableciendo inclusive que:

La protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de este, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino también se extiende al ámbito estricto del desarrollo y a las vicisitudes de la relación laboral, razón por la cual condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empleador. Por ello, el Artículo 23 de la Constitución Política prescribe que el Estado protege especialmente a la madre que trabaja⁸¹.

⁷⁹ En este caso concreto nos distanciamos un poco de la postura de la autora en lo que se refiere a uno de los ejemplos en concreto (Alvites, 2011, p. 135). En nuestra opinión, las causas objetivas de diferencia de trato responden más a disposiciones sobre horario de lactancia o a descanso pre natal, pues se trata de razones biológicas directamente ligadas al embarazo y parto; ello a diferencia del descanso post natal, en cuyo caso consideramos que, como ocurre en diversos países europeos, sí debiera —en lo referente a la licencia post natal no vinculada a aspectos biológicos propios del parto— a un trato equitativo, con el fin de evitar los roles de género que atribuyen el cuidado de las y los hijos exclusivamente las mujeres y de promover las responsabilidades familiares compartidas.

⁸⁰ STC 05527-2008-PHC/TC, FJ. 24.

⁸¹ STC 05652-2007-PA/TC, FFJJ. 43, 51 y 54.

Volviendo al tema de la falta de identificación expresa de un problema de género, es necesario sin embargo referir que existen importantes avances en la reciente sentencia dada a conocer en el presente año (STC 01423-2013-PA/TC), en la que llega a sostener que la demandante «tiene que soportar [...] que el Estado, del cual forma parte, en lugar de eliminar las diferencias culturalmente creadas, las legitima y formaliza expidiendo normas como las sometidas a control», contraviniendo la obligación establecida en el artículo 5 de la CEDAW de «modificar los patrones socioculturales de conductas de hombres y de mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres»⁸². Asimismo, hace mención a la Recomendación General 25 de la CEDAW, que consagra la obligación estatal de garantizar que ya no exista discriminación, adoptando políticas y programas concretos y eficaces, y haciendo frente a la persistencia de estereotipos basados en género reflejadas en leyes y estructuras e instituciones jurídicas y sociales⁸³.

De esta manera, en esta última sentencia el Tribunal Constitucional acierta y avanza al realizar una referencia más explícita vinculada al concepto de género. En ella también refiere la exclusión histórica de las mujeres del discurso público y del contexto social, sin justificación razonable, y también reconoce la obligación constitucional del Estado de combatir esta discriminación, de cumplir con la protección a las madres (artículo 4) y de establecer políticas públicas a favor de las libertades reproductivas (artículo 6), la igualdad de oportunidades laborales sin discriminación (artículo 26), e inclusive de establecer cuotas de género en los gobiernos regionales y municipales (artículo 191); incidiendo finalmente en la insuficiencia de la regulación normativa y en la consiguiente obligación estatal de adoptar medidas para eliminar estas desigualdades⁸⁴.

Por otro lado, un interesante esfuerzo a destacar respecto al tema de igualdad y no discriminación entre hombres y mujeres, lo encontramos en ya referida sentencia emitida en el año 2008 —es decir antes del período materia de estudio— recaída en el expediente 05652-2007-PA/TC, sobre despido por embarazo. En esta sentencia —aunque de manera general— establece el carácter de la igualdad y no discriminación como principio y derecho fundamental, la distinción entre igualdad y no discriminación, la igualdad y prohibición de discriminación entre hombres y mujeres como normas de *iuscogens*, las formas de discriminación (directa, indirecta),

⁸² STC 01423-2013-PA/TC, F.J. 36.

⁸³ STC 01423-2013-PA/TC, F.J. 36.

⁸⁴ STC 01423-2013-PA/TC, F.F.J.J. 15 y 16.

la necesidad del establecimiento de tratamientos diferenciados, e inclusive de acciones afirmativas⁸⁵. Es en esta misma sentencia del expediente 05652-2007-PA/TC, que el Tribunal Constitucional hace asimismo referencia a normas internacionales sobre derechos de las mujeres —en especial a la CEDAW⁸⁶ y convenios de la OIT⁸⁷— y a las obligaciones en ellas consagradas, así como a la igualdad y no discriminación en materia laboral.

⁸⁵ El presente trabajo no aborda específicamente el tema de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en materia de acciones afirmativas o positivas en favor de las mujeres, entendidas como aquellos tratos más favorables cuyo objeto es (previa verificación del cumplimiento de ciertos requisitos dado que se trata de medidas de carácter excepcional) alcanzar una efectiva igualdad material o real de las personas pertenecientes a grupos que se encuentran en situación de especial vulnerabilidad, y que por lo general están reconocidas a nivel constitucional, en normas internacionales sobre derechos humanos, y en normas legales de derecho interno (como es el caso de cuotas de género para favorecer la participación política de las mujeres). Ver al respecto Garcés Peralta (2012, p. 200).

Sin embargo, sí consideramos conveniente mencionar que han sido solo dos los casos en los que el Tribunal Constitucional ha realizado breves y muy puntuales referencias al respecto en las sentencias que forman parte del período materia de estudio (STC 05652-2007-PA/TC emitida en el año 2008 y STC 01423-2013-PA/TC emitida en diciembre de 2015 y conocida en setiembre del presente año).

En todo caso, creemos oportuno referir que con anterioridad, en sentencias como la STC 0048-2004-PI/TC, demanda de inconstitucionalidad interpuesta por José Miguel Morales Dasso, en representación de más de cinco mil ciudadanos, contra los artículos 1, 2, 3, 4 y 5 de la ley 28258, Ley de Regalía Minera, el Tribunal refiere la necesidad de adoptar medidas de discriminación positiva o acción positiva (*affirmative action*) en favor de grupos que se encuentran en situación de inferioridad real (F.J. 63). Asimismo, en el marco de la sentencia emitida en el Proceso de Inconstitucionalidad contra la ley 28389, de reforma constitucional de régimen pensionario, y contra la ley 28449, de aplicación de nuevas reglas pensionarias previstas en el decreto ley 20530 (expediente 050-2004-AI/TC, de 3 de junio de 2005), el Tribunal se pronunció de la manera siguiente, emitiendo inclusive ya en el año 2005 una mención interesante vinculada al género:

F.J. «146. Análisis del rol de la mujer en la sociedad y justificación de acciones positivas en su favor»

Si bien en años recientes ha existido un importante grado de incorporación de la mujer en tareas de orden social en las que nunca debió estar relegada (participación política, acceso a puestos laborales, oportunidades de educación, entre otras muchas), no puede considerarse que en la realidad peruana dicha tarea se encuentre consolidada. Buena parte de nuestra sociedad aún se nutre de patrones culturales patriarcales que relegan al colectivo femenino a un rol secundario, a pesar de encontrarse fuera de discusión sus idénticas capacidades en relación con el colectivo masculino para destacar en todo ámbito de la vida, sea político, social o económico. Los prejuicios y la idiosincrasia de un número significativo de ciudadanos (conformado tanto por hombres como por mujeres) aún mantienen vigente la problemática de género en el país.

De ahí que el Tribunal Constitucional no pueda considerar inconstitucionales medidas que exigen algunos años menos de edad o de aportaciones a la mujer, para acceder a una pensión en un régimen previsional, o aquellas otras que establecen un sistema de cálculo relativamente más favorable a la mujer pensionista al momento de determinar el monto de su pensión. Queda claro que dichas medidas se encuentran estrictamente orientadas, a través de disposiciones ponderadas, a favorecer al colectivo femenino, en el correcto entendido de que la realidad social aún impone concederles un mayor apoyo a efectos de asegurarles una vida acorde con el principio de dignidad.

Y por este mismo motivo, el Tribunal Constitucional tampoco considera inconstitucional que el legislador no haya exigido que la viuda acredite la dependencia económica en la que se encuentra en relación con la pensión del causante. Resulta claro que ha partido de dicha presunción en base al dato de la realidad descrito *supra*. Consecuentemente se trata de una auténtica «acción positiva» en favor de la mujer.»

⁸⁶ La Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) vuelve a ser citada en la STC 00388-2013-PA/TC.

⁸⁷ Cabe mencionar que en las sentencias 02586-2009-PA/TC, 01049-2010-PA/TC y 3135-2012-PA/TC, sobre despido por embarazo, se hace referencia al Convenio 158 de la OIT, en virtud del cual el embarazo no constituye causa justificada para la terminación de la relación laboral. Por su parte, en la STC 04844-2008-PA/TC se llega inclusive a referir la Recomendación 95 de la OIT, que establece que el período durante el cual será

Cabe sin embargo mencionar que estos puntos también son abordados y desarrollados por el Tribunal Constitucional en la STC 01423-2013-PA/TC, en la que, como se ha referido líneas arriba, además de sostener la obligación de adoptar medidas para eliminar desigualdades e inclusive de establecer cuotas de género, hace mención a la CEDAW⁸⁸ y a la Recomendación General 25 del Comité CEDAW para eliminar la discriminación contra la mujer, poniendo también especial hincapié en la obligación de los Estados de adoptar acciones en materia educativa, así como en el papel decisivo que desempeña la educación en la emancipación de la mujer⁸⁹. Cabe también referir que en las STC 00388-2013-PA/TC y STC 3861-2013-PA/TC, ambas sobre licencia por maternidad, se hace mención a la Convención sobre Derechos del Niño; mientras que en la STC 03191-2012-PA/TC se hace referencia a la Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales denominada «El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud». Por su parte, la STC 1575-2007-PHC/TC, sobre visita íntima de mujeres privadas de libertad, se mencionan tratado de alcance general —como la Convención Americana y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos— y resoluciones no convencionales sobre principios para la protección de personas privadas de libertad.

En consecuencia, en diez (10) de las 19 sentencias analizadas (incluida la STC 05652-2007-PA/TC que no forma parte del período materia de estudio) el Tribunal Constitucional hace referencia a normatividad internacional, lo que representa el 52.6% del total. Si bien lo expuesto constituye un avance, debe tenerse en consideración, de un lado, que como se ha visto algunas de las sentencias no hacen alusión a normas específicamente referidas a derechos de las mujeres; y de otro lado, que al fundamentar las sentencias existe obligación de aplicar tanto lo establecido en los tratados de derechos humanos de las mujeres ratificados por el Perú, como el denominado Control de Convencionalidad⁹⁰.

Para terminar con los temas vinculados a discriminación contra mujeres por razones de embarazo cabe mencionar que encontramos una sola sentencia (STC 03191-2012-PA/TC), en la que se declara fundada la demanda de amparo planteada

ilegal despedir a una mujer debe comenzar a contarse a partir del día en que se le haya notificado al empleador el embarazo por medio de un certificado médico.

⁸⁸ También menciona normas de alcance general como la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁸⁹ STC 01423-2013-PA/TC, F.F.J.J. 15, 28, 29 y 36.

⁹⁰ Caso *Almonacid Arellano vs. Chile* (26/09/2006) y Caso *Gelman vs. Uruguay* (24/02/2011). Como se recordará el Control de Convencionalidad, surgido en el sistema interamericano de derechos humanos (en concreto en la Corte IDH) es una técnica de control normativo del derecho interno que busca garantizar los derechos fundamentales a partir del uso de instrumentos del sistema de protección de derechos humanos. Obliga tanto a las y los magistrados como, en general, a funcionarias y funcionarios a asegurar que las normas nacionales y las acciones vayan de acuerdo con lo establecido en los tratados de derechos humanos ratificados por el Estado.

ante la negativa arbitraria de EsSalud de brindar atención médica de maternidad a las derechohabientes, hijas menores de edad de las y los asegurados regulares, por haberse vulnerado los derechos a la salud y seguridad social de la demandante y la necesidad de acceder y gozar a prestaciones de salud a fin de poder conservar esta. Se trata de una sentencia importante pues reconoce la directa vinculación entre ambos derechos fundamentales y, en aplicación del artículo 1 del Código Procesal Constitucional, ordena que no se vuelva a incurrir en estos hechos (ya que la vulneración se había tornado en irreparable debido a la fecha de parto).

Preocupa, sin embargo, que en esta sentencia el Tribunal Constitucional perdiera la oportunidad de pronunciarse refiriendo la clara existencia de una discriminación basada en género, más aún cuando sí menciona expresamente el problema nacional del embarazo adolescente y la protección especial que establece el artículo 4° de la Constitución para niños y adolescentes; por lo que se estaría produciendo una situación de discriminación por género. Peor aún, en sus argumentos, la entidad demandada elabora un planteamiento en nuestro concepto estereotipado, pues parece postular, sin razón alguna, el rompimiento del vínculo parental filial por el hecho de su embarazo: «[...] la cobertura de la atención médica relacionada con el parto no alcanza a la hija de la asegurada regular pese a tener la calidad de derechohabiente ya que una vez que existe rompimiento del vínculo paternal-filial, este no cubre las prestaciones de salud que alega la demandante»⁹¹.

b) Derechos sexuales y derechos reproductivos (AOE)

El Tribunal Constitucional ha abordado de manera muy puntual los derechos sexuales y derechos reproductivos. Un caso emblemático sobre esta temática es el vinculado a la distribución gratuita de la Anticoncepción Oral de Emergencia (AOE). Este caso ha sido abordado en dos procesos constitucionales de diferente naturaleza en los que, para efectos prácticos, se decidía si se brindaba información y se distribuía o no esta píldora por los establecimientos públicos de salud a nivel nacional.

En el año 2006, a través de un proceso de cumplimiento (STC 7435-2006-PC/TC), el Tribunal Constitucional resolvió declarando fundada la demanda presentada por un grupo de ciudadanas contra el Ministerio de Salud (Minsa)⁹². Por la naturaleza

⁹¹ STC 03191-2012-PA/TC, F.F.J.J. 3.3.9 y 3.3.5.

⁹² El 18 de setiembre de 2002, un grupo de ciudadanas patrocinadas por Demus - Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer y el Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán, presentaron una demanda de cumplimiento contra el Ministerio de Salud, para que cumpla con repartir la AOE, considerando que esta había sido incluida en la Norma del Programa Nacional de Planificación Familiar. La Resolución Ministerial 399-2001-SA/DM, publicada en el Diario Oficial «El Peruano», el 17 de julio de 2001, incorporó la AOE a los métodos anticonceptivos contemplados en las Normas del Programa Nacional de Planificación Familiar. Posteriormente, mediante resolución ministerial 668-2004-MINSA, publicada en el Diario Oficial «El Peruano» el 28 de junio de 2004, se aprobaron las Guías Nacionales de Atención Integral de Salud Sexual y Reproductiva, que incorporan la AOE a la gama de métodos anticonceptivos distribuidos por el Minsa Finalmente, mediante

del proceso⁹³, el Tribunal Constitucional no se pronunció sobre la vulneración de los derechos fundamentales vinculados a la restricción de la distribución de la AOE⁹⁴, sino que evaluó las características de la norma emitida⁹⁵ en las que establece la obligación de su distribución, a fin de asegurar su eficacia.

En este sentido, en el proceso de cumplimiento⁹⁶ el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda, ordenando que el Minsa informara y distribuyera gratuitamente la AOE. Asimismo, el Tribunal Constitucional tuvo conocimiento de diferentes posiciones institucionales, incluidas las de la Defensoría del Pueblo, la Organización Mundial de la Salud y la Organización Panamericana de Salud, en base a las cuales se ha «determinado que en el estado actual de la medicina los efectos de la AOE son anticonceptivos»⁹⁷, por lo que la pretensión debe ser amparada.

El segundo proceso se dio en el año 2009, en el proceso de amparo iniciado por la ONG «Sin componenda» contra el Minsa, con la finalidad de que este se abstuviera de iniciar la distribución pública gratuita de la anticoncepción oral de emergencia (AOE) en todos los servicios de salud a nivel nacional, «evitando que se vulnera en forma flagrante el derecho a la vida del concebido». El Tribunal Constitucional —a través del expediente 02005-2009-PA/TC— resolvió declarando fundada la demanda y restringiendo la distribución de la AOE, decisión que generó muchos y fundados cuestionamientos.

Un aspecto singular de esta sentencia es que parte reconociendo que el derecho a la «autodeterminación reproductiva» es un «derecho implícito contenido en el más

resolución ministerial 536-2005/MINSA, publicada en el Diario Oficial «El Peruano», el 18 de julio de 2005, se aprobó la Norma Técnica de Planificación Familiar que también incorporaba la AOE. En este contexto del proceso en primera instancia, el 16 de junio de 2004, el 7° Juzgado Civil de Lima declaró fundada la demanda ordenando la distribución; por su parte el Minsa apeló esta sentencia y el 23 de marzo de 2006, la 3ª Sala Civil de la Corte Superior de Lima declaró la sustracción de la materia, sin pronunciarse sobre el fondo, argumentando que las normas cuyo cumplimiento se solicitaba habían sido reemplazadas. El 16 de junio de 2006, mediante recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional, las recurrentes argumentaron que la Sala se equivocaba puesto que la resolución ministerial 536-2005-MINSA mantenía el mismo mandato contenido en las Resoluciones Ministeriales cuyo cumplimiento se solicitaba en la demanda.

⁹³ El proceso de cumplimiento actúa para tutelar dos derechos constitucionales objetivos: primero, la constitucionalidad de los actos legislativos y, segundo, la legalidad de los actos administrativos. En Landa Arroyo (2007, p. 243).

⁹⁴ Excepto en el fundamento de voto del magistrado Mesía Ramírez, quien desarrolla el derecho a la igualdad, el derecho a recibir información, el derecho a la autodeterminación reproductiva como un derecho implícito del libre desarrollo de la personalidad y autonomía, el derecho a la vida y a la integridad física, psíquica y moral de la mujer y el derecho a la salud.

⁹⁵ Para mayor detalle sobre los requisitos mínimos del mandato contenido en la norma legal, la ejecución del acto administrativo y el orden de emisión de una resolución ver el precedente vinculante establecido en la STC 0168-2005-PC/TC.

⁹⁶ Si bien el proceso de cumplimiento tiene como objetivo que las normas legales y los actos administrativos se cumplan y no concretamente la evaluación de la constitucionalidad de las normas —función propia del proceso de inconstitucionalidad o del proceso de acción popular—, puede considerarse que, al ordenar la distribución de la AOE, el Tribunal entiende que la norma que debe aplicarse no resulta inconstitucional.

⁹⁷ STC 7435-2006-PC/TC FJ. 22.

genérico, derecho al libre desarrollo de la personalidad»⁹⁸; sin embargo, al momento de resolver no se considera la afectación de este derecho. Así, el Tribunal Constitucional basó su decisión fundamentalmente en dos argumentos: a) El inicio de la vida se da con la fecundación. El Tribunal considera que, si nuestro ordenamiento jurídico protege el derecho a la vida desde la concepción, se debe considerar en qué momento se produce esta. Considerando que existe un debate científico al respecto, entre la teoría de la fecundación y de la anidación, el Tribunal «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 [...] la anidación o implantación en consecuencia, forma parte del desarrollo del proceso vital, más no constituye su inicio»⁹⁹; y b) Dudas razonables sobre el efecto abortivo de la AOE. «[...] 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»¹⁰⁰. De esta forma, el Tribunal Constitucional resolvió declarando fundada la demanda, ordenando al Minsa se abstenga de desarrollar como política pública la distribución gratuita a nivel nacional de la AOE; y que los laboratorios que producen, comercializan y distribuyen la AOE incluyeran la advertencia de que dicho producto podría inhibir la implantación del óvulo fecundado.

En este marco, esta sentencia desconoció de forma arbitraria la posición científica de la Organización Mundial de la Salud (OMS), que de manera previa había señalado que en la AOE los efectos «no descolocan un embrión ya implantado, y no pueden poner término a un embarazo ya establecido» (OMS, 1998); y que las píldoras de anticoncepción oral de emergencia «no son eficaces una vez que ha comenzado el proceso de implantación y no pueden provocar un aborto (OMS, 2016). En este sentido cabe recordar que, tal como señalan Landa y Calle en su voto singular, «el Derecho, en suma, no va a definir lo que es propio de las otras ciencias, pero sí puede tener en cuenta todas aquellas respuestas suficientemente sustentadas que le ofrecen estas»¹⁰¹, como es el caso de la OMS.

Como puede apreciarse, preocupa que en esta sentencia de amparo el Tribunal Constitucional sustentó su decisión en aspectos vinculados a la protección al concebido y al posible efecto abortivo de la AOE. Sin embargo, no se pronunció

⁹⁸ STC 02005-2009-PA/TC FJ. 6.

⁹⁹ STC 02005-2009-PA/TC FJ. 38.

¹⁰⁰ STC 02005-2009-PA/TC FJ. 51.

¹⁰¹ STC 02005-2009-PA/TC. Voto Singular FJ. 14.

en ningún momento sobre la afectación de los derechos fundamentales de las mujeres, entre ellos sus derechos al libre desarrollo de la personalidad así como sus derechos reproductivos¹⁰²; ni mucho menos sobre la posible existencia de un conflicto de derechos —conflicto que en nuestra opinión tampoco se presentaba al no existir concepción antes de la anidación— y la consiguiente necesidad de realizar un juicio de ponderación¹⁰³. De esta manera, como sostiene Alvites, el Tribunal Constitucional tampoco realizó un enfoque de género al restringir la distribución gratuita de la AOE, lo que preocupa dado el innegable impacto que tiene la reproducción humana en la realización de los proyectos de vida de las mujeres (2011, pp. 139-140).

Es importante recordar que la situación se agravaba debido a que esta sentencia produjo además efectos discriminatorios mayores contra las mujeres de escasos recursos económicos, al permitir el acceso de la AOE solo en los servicios de salud privados. De esta manera se produjo una afectación por discriminación simultánea para las mujeres que, además, se encuentran en situación de pobreza (discriminación múltiple), afectando sus derechos fundamentales como el de libre desarrollo de la personalidad, en particular su vinculación con la autodeterminación reproductiva¹⁰⁴, el derecho a la salud, específicamente a acceder a todas las formas de anticoncepción establecidas en la política pública de planificación familiar establecida por el Estado, y relacionado a ello el derecho a recibir información¹⁰⁵. Asimismo, se afectaron también los derechos de las mujeres víctimas de violación sexual, en particular de las menores de edad a quienes afecta en mayor proporción¹⁰⁶.

¹⁰² Como se menciona en el acápite sobre sentencias vinculadas a discriminación por embarazo en los ámbitos laboral y educativo, los mayores avances en materia de derechos reproductivos desarrollados hasta la fecha por el Tribunal Constitucional se encuentran planteados en las sentencias STC 01423-2013-PA/TC, y STC 03861-2013-PA/TC.

¹⁰³ Sobre el particular, Sáenz sostiene que en esta sentencia no se evidencia ningún esfuerzo por realizar un juicio de ponderación entre los derechos reproductivos y el derecho supuestamente opuesto, que sería el derecho a la vida. Ver al respecto Sáenz Dávalos (2013, p. 267).

¹⁰⁴ El derecho a la autodeterminación reproductiva tiene directa relación con la autonomía de las mujeres y el derecho a decidir cuándo y cuántos hijos o hijas tener, así como el acceso a la más amplia gama de métodos anticonceptivos. En este sentido, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en su artículo 16 inciso e, establece que los Estados Parte adoptaran todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: «Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos».

¹⁰⁵ La Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 13 establece que toda persona tiene derecho a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente o por escrito, en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

¹⁰⁶ Nuestro país ocupa el segundo lugar en Sudamérica con la tasa más alta de denuncias policiales por violación sexual, según el Observatorio Hemisférico de Seguridad de la OEA; y el 62% de violaciones sexuales afecta a mujeres menores de edad, entre 10 y 17 años, según el Anuario Estadístico 2014 de la Policía Nacional del Perú.

Cabe destacar que actualmente, esta situación generada por la decisión del Tribunal Constitucional, emitida en el año 2009, ha cambiado por decisión del Primer Juzgado Constitucional de Lima, el que en un nuevo proceso de amparo¹⁰⁷ y a través de una medida cautelar, ha dispuesto que el Minsa informe y distribuya la AOE a nivel nacional. Esta instancia se aparta de lo decidido por el Tribunal Constitucional, pues de un lado —a través del control de convencionalidad— acoge lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, que «entiende el término «concepción» desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual considera que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana»¹⁰⁸. Por otro lado, a nivel científico, considera la posición de la Organización Mundial de la Salud, que en reiteradas oportunidades ha señalado que la AOE no tiene efectos abortivos, pues no impide la implantación del óvulo fecundado.

c) Derecho a la visita íntima

La sentencia del Tribunal Constitucional expedida en la materia (STC 1575-2007-PHC/TC) constituye una de las tres (3) emitidas en el período de estudio que decidimos incorporar al cuadro, por considerar que correspondía que el Tribunal Constitucional se pronunciara con un enfoque de género y, sin embargo, no lo hace, perdiendo en este caso la oportunidad de proteger los derechos fundamentales de las mujeres demandantes vulneradas por su condición de tales.

El caso constituye un proceso de hábeas corpus instaurado por una mujer privada de libertad contra el Instituto Nacional Penitenciario (INPE), en el que solicita se le concediera el derecho a la visita íntima, alegando la vulneración de sus derechos fundamentales a la integridad personal así como a la no discriminación por razón de género. Cabe mencionar que, de acuerdo a lo planteado en el voto singular de uno de los magistrados intervinientes¹⁰⁹, la demandante manifiesta que la visita íntima fue restringida específicamente a las mujeres para evitar embarazos.

En este contexto es importante referir que, en su contestación, la parte demandada sostuvo que, en virtud de lo establecido por el artículo 19 del decreto ley 25475

¹⁰⁷ En el año 2014, la ciudadana Cristina Gómez inició un proceso de amparo, al ver afectado su derecho a la autonomía reproductiva y a la igualdad. Esta demanda la presentó en defensa de intereses o derechos difusos, es decir, que no la afecta de manera particular, sino que se trata de un interés jurídico general vinculado a derechos fundamentales de todas las mujeres. En este mismo proceso, se solicitó la aprobación de una medida cautelar que dispusiera el acceso a la AOE, a fin de que las víctimas de violación sexual pudieran acceder a esta pastilla, así como atender aquellos casos de emergencia producidos por el SIKa.

¹⁰⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Artavia Murillo y Otros v. Costa Rica*. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de fecha 28 de noviembre de 2012. Serie C N° 257, párrafo 189.

¹⁰⁹ Voto del magistrado Vergara Gotelli, en el que manifiesta los fundamentos por los que, si bien disiente de la argumentación, concluye y concuerda con la estimación de la demanda.

y el artículo 2 del decreto legislativo 927¹¹⁰, el beneficio penitenciario de la visita íntima se encontraba prohibido para las personas procesadas o sentenciadas por el delito de terrorismo.

El Tribunal Constitucional resolvió declarando fundada la demanda, basándose en que las normas invocadas por el INPE no limitaban ni prohibían el beneficio penitenciario de la visita íntima a las personas privadas de libertad por el delito de terrorismo, por lo que dicha prohibición correspondía más bien a una interpretación «arbitraria» de la normatividad aplicable por parte de la autoridad penitenciaria, afectando de esta manera el sistema protector y garantista de los derechos de las personas privadas de libertad y la visita íntima como norma de protección a la familia, vulnerando en concreto sus derechos a la integridad personal y al libre desarrollo de la personalidad.

Cabe recordar que, como se refirió líneas arriba, la demandada argumentó que sus derechos vulnerados fueron la integridad física y la no discriminación por razón de género. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en expresa aplicación del principio *iura novit curiae*, sostuvo que la visita íntima constituye también una manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad,

[...] pues si bien la privación de la libertad conlleva una limitación razonable del ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, es obvio que no lo anula. Y es que la visita íntima es aquel espacio que, como su nombre lo indica, brinda a la pareja un momento de cercanía, privacidad personal y exclusividad que no puede ser reemplazado por ningún otro

[...] Teniendo presente ello, este Tribunal considera que las medidas adoptadas por las autoridades penitenciarias que restringen de manera absoluta el ejercicio de la visita íntima vulneran el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los internos y resultan contrarias a los fines constitucionales del tratamiento penitenciario¹¹¹.

En estos casos, aun cuando la demandante no planteó la vulneración al derecho al libre desarrollo de la personalidad, al parecer el intérprete supremo realizó la vinculación con este como plan de vida, por tratarse de situaciones que se producen estando de por medio uno de los ámbitos fundamentales donde este se suele manifestar, que es precisamente el ámbito familiar (Garcés Peralta, 2012, p. 165). Asimismo, habría que añadir que esta limitación afecta también la autonomía y los derechos sexuales y reproductivos de las demandadas, vinculados al libre desarrollo de la personalidad.

Si bien el que haya incorporado la afectación al derecho al libre desarrollo de la personalidad resulta positivo, sí preocupa que al declarar fundada la demanda, y a pesar de lo sostenido por la demandada respecto a la vulneración de su derecho

¹¹⁰ Derogado por el artículo 1 de la ley 29423, publicada el 14 de octubre de 2009.

¹¹¹ STC 01575-2007-PHC/TC de 20 de marzo de 2009, Marisol Venturo Ríos, FFJJ. 24 y 27.

a la no discriminación por género, el Tribunal Constitucional no solo deje de lado dicha afectación sino que inclusive sostenga en la sentencia que «en la demanda se ha alegado erróneamente que la decisión de los directores emplazados ha vulnerado el derecho fundamental a la no discriminación por razón de género de la demandante»¹¹².

En este sentido, coincidimos con Salomé (2015, pp. 136-139), pues si bien la sentencia acierta en sostener que en esta restricción afecta los derechos fundamentales las personas privadas de libertad —quienes por cierto se encuentran en situación de especial vulnerabilidad— el problema radica en que el intérprete supremo excluye, de manera expresa y tajante, un segundo e importante factor de discriminación que, simultáneamente a su condición de persona privada de libertad, afectaba a la demandante, y que era precisamente el hecho de ser mujer. Así, el Tribunal Constitucional señala inclusive que «[...] el argumento del Instituto Nacional Penitenciario consistente en que la limitación del beneficio penitenciario de la visita íntima «tiene como fundamento el temor de que las internas queden embarazadas» carece de sustento legal y constitucional»¹¹³.

Cabe asimismo mencionar que, por su parte, en su fundamento de voto, el magistrado Vergara Gotelli sostiene que la prohibición de la visita íntima puede generar un daño irreparable al derecho al libre desarrollo de la personalidad y a los derechos reproductivos de las mujeres privadas de libertad¹¹⁴. Sin embargo, al igual que la sentencia, no establece que se trata de una situación de discriminación por razón de género que afecta a las mujeres de manera simultánea, dada su condición de tales y de personas privadas de libertad, situación esta que, al constituir un claro supuesto de discriminación múltiple o interseccionalidad, resulta de especial gravedad.

De esta manera, ni en la sentencia, ni en el fundamento de voto, este tratamiento (vale decir, la prohibición de visita íntima para evitar embarazos) es identificado como específicamente discriminatorio contra la mujer. Ello a pesar de que, como se recordará, mediante STC 5527-2008-PHC/TC¹¹⁵, emitida también en el período

¹¹² STC Exp.01575-2007-PHC/TC, F.J.2.

¹¹³ STC 01575-2007-HC/TC, F.J. 34.

¹¹⁴ «También llama la atención de manera cardinal la denuncia contenida en la demanda en sentido de que «la proscripción de la visita íntima impediría que la interna pueda concebir [...]». Es evidente que en el caso de las internas condenadas a una pena tan drástica como las tasadas para el delito de terrorismo su privación de la libertad se prolongaría por casi todo el período de su edad fértil para la concepción, realidad cuya negación resulta insostenible y frente a la cual el Tribunal Constitucional no puede mostrar un pronunciamiento evasivo sino que es necesario que asiente su juicio en sentido de que «la prohibición ilegal de contacto íntimo de la interna con su cónyuge o concubino constituye un atentado al derecho reproductivo», facultad de concebir una criatura que en principio no habría sido limitada por la sentencia condenatoria y que de ejecutarse resultaría en un agravio irreparable para la persona humana que en el presente proceso reclama tutela a fin de que no se proscriba ilegalmente esta facultad natural». STC 01575-2007-HC/TC, fundamento de voto, F.J. 23.

¹¹⁵ STC 5527-2008-PHC/TC, F.J. 20.

materia de estudio, el Tribunal señala que la discriminación por razón de sexo se produce también cuando se justifica en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca, como ocurre en el caso del embarazo que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres» y constituye por tanto una situación de discriminación contra las mujeres, que, además, genera que, entre la población penitenciaria, las mujeres privadas de libertad presenten situaciones de mayor gravedad y de afectación de sus derechos fundamentales que los hombres (Salomé, 2015, p. 138).

d) Derecho a una vida libre de violencia

A pesar de que la violencia de género constituye un problema de salud pública y de seguridad ciudadana y, en esencia, una clara manifestación de discriminación estructural de género contra las mujeres, reconocida tanto a nivel nacional como en el sistema internacional de protección de los derechos humanos, el único caso que llegó a conocimiento del Tribunal Constitucional entre enero de 2009 y julio de 2016 no fue, lamentablemente, considerado por el intérprete supremo de la Constitución como uno de discriminación y violencia contra la mujer por razón de género¹¹⁶.

Se trata de la STC 5003-2009-PHC/TC, de fecha 9 de junio de 2010, en la cual un hijo interpone proceso de hábeas corpus en favor de su madre, de 78 años de edad, en contra de sus tres (3) hermanos con la finalidad de que la favorecida no siga retenida por ellos en contra de su voluntad, ni se le causen torturas psicológicas o mentales, afectando así sus derechos a la libertad individual, integridad personal y vida.

¹¹⁶ Cabe sin embargo recordar que una de las primeras sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional vinculada a la defensa de los derechos de las mujeres fue aquella emitida en el proceso de inconstitucionalidad interpuesto por la Defensoría del Pueblo contra el artículo 337 del Código Civil, que establecía que la sevicia, la injuria grave y la conducta deshonrosa son apreciadas por el juez teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges. En este caso el Tribunal Constitucional declaró fundada en parte la demanda, estableciendo la inconstitucionalidad de la referencia a la sevicia y la conducta deshonrosa, manteniendo vigente la apreciación judicial solo en relación a la injuria grave.

En esta sentencia el Tribunal Constitucional estableció expresamente la primacía de los derechos fundamentales (en este caso concreto el derecho a la integridad de las mujeres) por encima de bienes o instituciones constitucionalmente protegidas, como son la familia y el matrimonio. Es importante mencionar que (más allá de algunos aspectos sobre los cuales podemos discrepar pero que escapan a los alcances del presente trabajo), la trascendencia de esta sentencia radica —además de reconocer la primacía de la defensa de la persona por encima de la protección de instituciones como el matrimonio y la familia— en que se trató de un proceso de control normativo y por ende de efectos generales. En esta sentencia el Tribunal Constitucional sostiene que «[...] el derecho personal a la integridad física, síquica y moral, el derecho al honor, a la dignidad personal y a la buena reputación, el derecho a una vida tranquila y en paz y el derecho a la igualdad entre los seres humanos, son valores más altos, constitucionalmente, que la finalidad legítima de preservar el vínculo matrimonial [...]» (STC 018-96-I/TC, de fecha 29 de abril de 1997).

Respecto a los hechos relevantes para el presente caso es importante mencionar que el 17 de octubre de 2005 la afectada interpuso denuncia por violencia familiar contra sus hijos demandados y contra su cónyuge, solicitando el cese de los actos de violencia familiar psicológica y moral de los que era víctima y con los que fue coaccionada «y que con engaños fue obligada a entregar la administración de su tienda bar-restaurante, despojándola de sus negocios y bienes muebles, utilizando el argumento de que había sido operada de prolapso y de que no se encontraba en condiciones de manejar los negocios¹¹⁷».

En la fecha en que debía rendir su declaración en la diligencia de dicho proceso, la señora fue sacada de su domicilio por los demandados y retenida, lo que generó el archivamiento del caso por violencia familiar. Cabe mencionar que los demandados justificaron haber sacado a la afectada argumentando que se encontraba en pésimas condiciones y que fue por esta razón que tuvo que ser llevada al médico. Es en este contexto que el hijo demandante interpone el hábeas corpus en favor de su madre, a fin de que dejen de retenerla y de causarle torturas psicológicas o mentales.

Constatadas las malas condiciones en que se encontraba la habitación donde la tenían y la incomunicación de la afectada, su nerviosismo y afectación psicológica, el hecho que no podía caminar sola por su edad, y que se encontraba al cuidado de sus hijos demandados y del cónyuge del cual se encontraba separada desde el año 1976 —lo que en opinión del Tribunal Constitucional perjudicaba su estado psicológico—, se declaró fundada la demanda por vulneración de sus derechos a la libertad individual y a su salud física y mental.

Si bien declarar la demanda fundada fue una decisión adecuada, preocupa que, en ningún momento, al fundamentar su decisión, el Tribunal Constitucional haya tomado en cuenta que se trataba de una situación de discriminación múltiple o interseccional, en la que conjugaban de manera simultánea la discriminación de género por el hecho de ser mujer, sumada al hecho de tratarse de una persona adulta mayor y con una afectación a su salud integral.

Y es que resulta innegable que, si bien tanto hombres como mujeres pueden resultar ser víctimas de violencia en una relación conyugal o familiar, las estadísticas oficiales de las que dispone el Estado en la materia vienen, desde años atrás, dejando en claro que la violencia familiar constituye una forma de discriminación que afecta principalmente a las mujeres. Solo a modo de ejemplo, cabe recordar que, de acuerdo a información de la última Encuesta Demográfica y de Salud Familiar 2015 (INEI, 2016), en el Perú el 32% de las mujeres alguna vez unidas ha sufrido algún tipo de violencia física por parte de su esposo o compañero; el 33% declaró que su pareja

¹¹⁷ STC 5003-2009-PHC/TC, FJ. 11.

había ejercido contra ella violencia física y/o sexual, y el 64% refirió haber sufrido alguna situación de control por parte de su esposo o compañero. Por su parte, de acuerdo a información del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables sobre situación de la violencia de género contra la mujer, entre enero a julio de 2016 un total de 28 943 mujeres fueron atendidas por los Centros Emergencia Mujer por violencia familiar, de las cuales 1527 fueron adultas mayores de 60 años a más¹¹⁸.

Estos datos dan cuenta de que la violencia familiar tiene un perfil particular de víctima, es decir, afecta en mayor proporción a las mujeres.

VI. Consideraciones finales

Como refieren Bernaldes, Eguiguren y Rubio, durante su funcionamiento el Tribunal Constitucional ha trabajado diversos aspectos importantes que sirven como elementos complementarios de interpretación y de optimización de los derechos fundamentales (2010, p. 18). Sin embargo, no puede decirse que, en líneas generales, haya ocurrido lo mismo en lo que se refiere a la protección de los derechos fundamentales de las mujeres cuando estos han sido vulnerados por razones de género.

El análisis de sentencias ubicadas en el período enero 2009 - julio 2016 permite tomar conciencia de que han sido muy pocas las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en materia de protección de los derechos fundamentales de las mujeres. Si bien se han emitido algunos pronunciamientos importantes, estos se han centrado fundamentalmente en materia de discriminación por embarazo. Sin embargo lo expuesto resulta a todas luces insuficiente, más aun cuando encontramos todavía sentencias cuya sustentación aun dista de ser del todo óptima.

Otra muestra clara de ello es que, a pesar de la plena conciencia que demuestra el Tribunal Constitucional respecto a que la discriminación contra las mujeres constituye un problema social, así como del número de sentencias emitidas en materias vinculadas a discriminación por embarazo, el supremo intérprete no haya emitido un precedente vinculante. El establecer que las y los jueces inapliquen las normas reglamentarias discriminatorias por control difuso, o la exhortación a resolver con prontitud los casos a fin de que la afectación no se torne irreparable (lo que podría comprender fomentar la emisión de medidas cautelares adecuadas y oportunas) es importante, pero no del todo efectiva. Ello se evidencia aún más teniendo en cuenta que la doctrina jurisprudencial solo obliga a la justicia jurisdiccional y que, aun en estos casos, no es fácil garantizar su cumplimiento ante la existencia de sentencias diversas entre sí, y no todas ellas adecuadamente fundamentadas.

¹¹⁸ Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables-MIMP. Programa Nacional contra la Violencia Familiar y Sexual (atenciones en los CEM. Enero-julio 2016).

Por el contrario, el precedente vinculante permitiría una aplicación general de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional para todas las mujeres que se encuentran en la misma situación y que requieren exigir el respeto de sus derechos no solo ante instancias jurisdiccionales, sino ante cualquier funcionaria o funcionario públicos con competencias vinculadas a la materia, incluidos quienes desempeñan función administrativa.

Lo expuesto resulta especialmente preocupante debido a que, tal como ha referido expresamente el propio Tribunal Constitucional, en un proceso de control concreto como es el proceso de amparo no solo se resuelven problemas que afectan a las partes involucradas. Y es que una sentencia constitucional, en su dimensión objetiva, reviste especial trascendencia para el sistema jurídico nacional. Así, en un proceso de amparo «subyace un orden público, representado por los derechos constitucionales cuya defensa, en el ámbito de su competencia, la Norma Suprema ha encomendado al Tribunal Constitucional»¹¹⁹.

En este contexto, adicionalmente a la adecuada utilización de los principios y métodos de interpretación tradicional, resulta indispensable tomar en cuenta la existencia de métodos feministas de análisis de casos, los cuales contribuyen a tener mayor conciencia de la problemática de género y, por consiguiente, de que el conocimiento del Derecho responde a estructuras que no tomaron en cuenta las especiales necesidades e intereses de las mujeres y que, por ende, requieren ser replanteadas y reinterpretadas. Así, por ejemplo, en los casos de medidas restrictivas de derechos fundamentales de las mujeres resulta necesario analizar si se está respetando el principio de proporcionalidad, y para ello será importante sopesar las especiales circunstancias y necesidades que vienen enfrentando las mujeres para lograr la real vigencia de sus derechos.

A todo lo referido debe también sumarse —más aun ante la responsabilidad que tiene el Estado de realizar el Control de Convencionalidad— la necesidad de una cada vez mayor utilización del derecho internacional de los derechos humanos y los estándares internacionales que —tal como se ha visto— incluyen la igualdad de género en la fundamentación y resolución de los casos. Sin duda se han encontrado avances en algunas de las sentencias analizadas, lo que genera expectativas de un pronto desarrollo mayor.

Otro aspecto importante es la necesidad de tomar en consideración que los problemas de discriminación que afectan a las mujeres, deben ser analizados desde un enfoque de género e interseccionalidad, y que sin duda requiere —más temprano que tarde— ser finalmente incorporados en las sentencias que así lo justifiquen.

¹¹⁹ STC 2050-2002-AA-TC, de fecha 16 de abril de 2003.

Lo expuesto adquiere especial relevancia teniendo en consideración que se trata de conceptos que forman parte del contenido del principio de no discriminación y que inclusive ya se encuentran expresamente reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico interno, últimamente con la emisión de la nueva ley 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar (artículo 3). Las mujeres no constituimos un grupo homogéneo.

Por ello, sin el reconocimiento de la coexistencia o confluencia simultánea de dos o más factores de discriminación que pueden presentarse en un caso (mujeres privadas de libertad, mujeres con discapacidad, entre otras), más aún en realidades multiculturales como la nuestra (mujeres indígenas, mujeres afrodescendientes) que exigen también la aplicación del enfoque de interculturalidad, su protección puede resultar tornándose irreal. Lo expuesto requiere del Estado y de sus operadores/as jurídicos/as, el establecimiento e implementación de decisiones que contribuyan a erradicar estas situaciones de abuso y discriminación.

El reconocimiento de algunas sentencias destacables emitidas por el Tribunal Constitucional en materia de lucha contra la discriminación de las mujeres por razones de género constituye una muestra de que toda mejora es posible cuando existe, además de conocimiento técnico, una efectiva voluntad por parte de las y los magistrados de cumplir con la responsabilidad que les ha sido constitucional y legalmente encomendada, y cuyo incumplimiento genera también la responsabilidad nacional e internacional del Estado del que forman parte.

Pero más allá de la urgente necesidad de estas mejoras, resulta indispensable el no retroceder en lo que ya el Tribunal Constitucional ha logrado avanzar en materia de protección de derechos humanos de las mujeres. Consideramos necesario incidir en lo expuesto debido a la identificación, en dos últimas sentencias, de votos singulares que plantean un retroceso en aspectos clave como la procedencia del proceso de amparo en casos de goce de licencia o descanso por maternidad y de expulsión por embarazo de la Escuela de Oficiales de la Fuerza Aérea¹²⁰.

Las y los magistrados, y con mucha razón las y los magistrados constitucionales, no pueden olvidar la aplicación de principios como el *favor libertatis*, y criterios de interpretación de derechos fundamentales como la interpretación extensiva de las normas jurídicas y el de no regresión, más aún en casos de discriminación estructural como es la discriminación contra las mujeres por razones de género. Y es que, en el marco de la denominada *vis expansiva* de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y su desarrollo jurisprudencial, su protección

¹²⁰ STC 03861-2013-PA/TC de fecha 29 de octubre de 2014 y STC 04123-2013-PA/Tc de 9 de diciembre de 2015.

debe ser mejorada e incrementada, pero no puede de ninguna manera restringirse o reducirse (Garcés Peralta, 2012, p. 29).

Finalmente, y aunque sin duda van mucho más allá de los alcances del presente trabajo y requieren del correspondiente análisis y evaluación propio de toda reforma constitucional o legal, consideramos conveniente dejar plasmada nuestra inquietud respecto a la necesidad de estudiar propuestas que puedan coadyuvar a una mejor protección de los derechos fundamentales de las mujeres en el Tribunal Constitucional. Tales son la posibilidad de que —como ocurre en el caso colombiano— en su calidad de intérprete supremo de la Constitución, el Tribunal pueda decidir qué casos deben llegar a su conocimiento¹²¹, y partir del establecimiento de la denominada institución del *certiorari*¹²². Asimismo, considerar la posibilidad de establecer una cuota mínima de mujeres en la composición del Tribunal Constitucional que, si bien no garantizaría *per se* de manera directa la incorporación de la perspectiva de género en el análisis de casos, contribuiría a reforzar la idea de ciudadanía real de las mujeres, resignificando y reconociéndolas como sujetos de derecho racionales (Portal Farfán, 2012, pp. 321-324), con presencia y poder de decisión en el ámbito jurisdiccional constitucional.

La lucha por la igualdad de género implica lograr que, un día no lejano, las personas, en particular las mujeres, se encuentren en una verdadera igualdad de condiciones para poder ejercer plenamente sus derechos. Y para ello resulta fundamental contar con un Tribunal Constitucional cada vez más comprometido con su responsabilidad de coadyuvar al logro de una igualdad material entre todas las personas, sin discriminación alguna. Ello constituye un presupuesto indispensable para contribuir a modificar los patrones social y culturalmente arraigados que, a pesar de los innegables avances, aún perpetúan la discriminación de mujeres por razones de género y, de esta manera, la vulneración de sus derechos fundamentales, en un mundo donde existe cada vez más mayor conciencia de la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de estos derechos. Solo así se logrará la edificación de una sociedad más justa y equitativa y, de esta manera, la real vigencia en el Perú de un verdadero Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

¹²¹ El artículo 33 del decreto 2591 de 1991 por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia establece lo siguiente:

Revisión por la Corte Constitucional. La Corte Constitucional designará dos de sus Magistrados para que seleccionen, sin motivación expresa y según su criterio, las sentencias de tutela que habrán de ser revisadas. Cualquier Magistrado de la Corte o el Defensor del Pueblo, podrá solicitar que se revise algún fallo de tutela excluido por estos cuando considere que la revisión puede aclarar el alcance de un derecho o evitar un perjuicio grave. Los casos de tutela que no sean excluidos de revisión dentro de los 30 días siguientes a su recepción, deberán ser decididos en el término de tres meses.

¹²² Figura que, coincidimos con Abad, requeriría en principio de cambios constitucionales. Ver al respecto Abad Yupanqui (2015, pp. 112-113).

Referencias

- Abad Yupanqui, Samuel (2015). *Constitución y procesos constitucionales. Estudio introductorio, legislación, jurisprudencia e índices*. Quinta edición actualizada. Lima: Palestra.
- Alexy, Robert (2005). La institucionalización de la justicia. Granada: Editorial Comares, p. 31. En: Seminario de Investigación y Derecho Constitucional. Unidad de Teoría General del Derecho. Material de Lectura. Profesora Rocío Villanueva Flores. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Posgrado, Doctorado en Derecho, 2015-1.
- Alvites Alvites, Elena (2011). Derecho constitucional y métodos feministas. La interpretación del derecho a la igualdad y a la no discriminación del derecho a la igualdad y a la no discriminación para la protección de los derechos de las mujeres. En Marisol Fernández y Félix Morales (coords.), *Métodos feministas en el Derecho. Aproximaciones críticas a la jurisprudencia peruana*. Lima: Palestra.
- Barlett, Katharine T. (2011). Métodos jurídicos feministas. En Marisol Fernández y Félix Morales (coords.), *Métodos feministas en el Derecho. Aproximaciones críticas a la jurisprudencia peruana*. Lima: Palestra.
- Benhabib, Seyla (1990). El otro generalizado y el otro concreto: La controversia Kohlberg-Gilligan y la teoría feminista. En Seyla Benhabib y Drucilla Cornell (eds.) y Ana Sánchez (trad.), *Teoría feminista y teoría crítica. Ensayos sobre la política de género en las sociedades de capitalismo tardío*. Valencia: Edicions Alfons El Magnanim – Institució Valenciana D'Estudis I Investigació.
- Bilbao Ubillús, Juan María y Fernando Rey Martínez (1998). Veinte años de jurisprudencia sobre la igualdad constitucional. En Manuel Aragón y Julián Martínez-Simancas (dirs.), *La Constitución y la práctica del derecho*. Tomo I. Navarra: Aranzadi.
- Binstock, Hanna (1998). *Hacia la igualdad de la mujer. Avances legales desde la aprobación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. Santiago de Chile: Naciones Unidas.
- Bobbio, Norberto (1991). *El tiempo de los derechos*. Traducción de Rafael de Asís Roig. Madrid: Editorial Sistema.
- CEDAW (1992). Recomendación General 19, adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en el 11° período de sesiones, párr. 9.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2011). Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: desarrollo y aplicación. OEA/Ser.L/V/II.143. Doc. 60, de 3 de noviembre de 2011.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2011). Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: desarrollo y aplicación. OEA/Ser.L/V/II.143. Doc. 60, de 3 de noviembre de 2011.
- Comité CEDAW, RG N° 28, CEDAW/C/GC/28, 16/12/10, párr. 5.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). Caso Artavia Murillo y Otros v. Costa Rica. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de fecha 28 de noviembre de 2012. Serie C N° 257, párrafo 189.

- Facio, Alda (1999). Metodología para el análisis de género del fenómeno legal. En Alda Facio y Lorena Fries (eds.), *Género y derecho*. Santiago de Chile: Ediciones LOM y La Morada.
- Facio, Alda y Lorena Fries (1999). Feminismo, género y patriarcado. En Alda Facio y Lorena Fries (eds.), *Género y derecho*. Santiago de Chile: Ediciones LOM y La Morada.
- Garcés Peralta, Carolina (2003). La discriminación indirecta o impacto adverso como forma de vulneración del principio de no discriminación. *Cathedra. Espiritu del Derecho. Revista de los Estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*, VI(10). Lima: Grijley.
- Garcés Peralta, Carolina (2012). «El derecho al libre desarrollo de la persona en el ordenamiento jurídico peruano vigente». Tesis de Magíster en Derecho Constitucional. Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Posgrado.
- García Morillo, Joaquín (1991). La cláusula general de igualdad. En *Derecho Constitucional*, Vol. I. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Garrido Gómez, María Isabel (2009). *La igualdad en el contenido y en la aplicación de la ley*. Madrid: Dykinson.
- Instituto Nacional de Estadística e Informática (2016). *Encuesta Demográfica y de Salud Familiar 2015*. Lima: INEI.
- Lagarde, Marcela (1996). *Género y feminismo. Desarrollo humano y democracia*. Madrid: Horas.
- Lamas, Marta (2000). *Cuerpo: Diferencia sexual y género*. México: Taurus.
- Landa Arroyo, César (2006). *Constitución y fuentes del derecho*. Lima: Palestra.
- Landa Arroyo, César (2007). *Tribunal Constitucional y Estado democrático*. Tercera edición. Lima: Palestra.
- Landa Arroyo, César (2014). El impacto del control de convencionalidad en el ordenamiento peruano: entre la época de la dictadura y la consolidación de la democracia constitucional. En Susana Castañeda Otsu (coord.), *Constitucionalismo y democracia en América Latina: controles y riesgos*. Lima: Adrus.
- Laporta, Francisco (1985). El principio de igualdad: introducción a su análisis. *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, 67, 3-31. Madrid.
- Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables-MIMP. Programa Nacional contra la Violencia Familiar y Sexual (atenciones en los CEM. Enero-julio 2016).
- Naciones Unidas (1996). *Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer. Beijing, 4 al 15 de setiembre de 1995*. A/CONF.177/20/Rev.1. Nueva York: Naciones Unidas.
- Organización Mundial de la Salud (1998). *Emergency Contraception: A Guide to the Provision of Services*. WHO/FRH/98.19, Ginebra.
- Organización Mundial de la Salud (2016). Anticoncepción de emergencia. Nota descriptiva 244. Febrero de 2016. Recuperado el 15/10/16 de <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs244/es/>
- Parlamento Europeo (1997). Resolución sobre “Tolerancia cero ante la violencia contra las mujeres”, de 16 de setiembre de 1997.
- Pateman Carol (1995). *El contrato sexual*. Traducción de María Luisa Femenias, revisada por María Xosé Agra Romero. Barcelona/México: Anthropos/Universidad Autónoma Metropolitana, Iztapalapa.

- Pautassi, Laura (2011). La igualdad en espera: el enfoque de género. *Revista Lecciones y Ensayos*, 89, 279-298.
- Portal Farfán, Diana (2012). Carolina. Construcción teórica del Estado y la democracia: ¿Dónde ubicamos a las mujeres? *Gaceta Constitucional*, 51, 313-332.
- Procacci, Giovanna y María Grazia Rossilli (2010). La construcción de la igualdad desde la acción de los organismos internacionales. En Christine Fauré (dir.), *Enciclopedia histórica y política de las mujeres. Europa y América*. Madrid: Ediciones Akal.
- Rodríguez Ruiz, Blanca (2010). Hacia un Estado post-patriarcal. Feminismo y ciudadanía. *Revista de Estudios Políticos*, 149, 87-122.
- Rubin, Gayle (1996). El tráfico de mujeres: notas sobre la «economía política» del sexo. En Marta Lamas (comp.), *El género: la construcción cultural de la diferencia sexual* (pp. 35-96). México: PUEG.
- Rubio Castro, Ana (2006). Ciudadanía y sociedad civil: avanzar en la igualdad desde la política. En Ana Rubio Castro y Joaquín Herrera (coords.), *Lo público y lo privado en el contexto de la globalización*. Andalucía: Instituto Andaluz de la Mujer, Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, Junta de Andalucía.
- Rubio Correa, Marcial, Francisco Eguiguren Praeli y Enrique Bernales Ballesteros (2010). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Análisis de los artículos 1º, 2º y 3º de la Constitución*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Ruíz Bravo López, Patricia (1999). Una aproximación al concepto de género. En Defensoría del Pueblo y Pontificia Universidad Católica del Perú, *Sobre género, derecho y discriminación*. Lima: Defensoría del Pueblo y Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ruiz Miguel, A. (1994). La igualdad como diferenciación. En Varios Autores, *Derechos de las minorías y de los grupos diferenciados* (pp. 286-290). Madrid: Escuela Libre.
- Ruíz, Alicia (2000). La construcción jurídica de la subjetividad no es ajena a las mujeres. En Haydée Birgin (comp.), *El derecho en el género y el género en el derecho*. Argentina: Centro de Apoyo al Desarrollo Local (CEADEL) y Editorial Biblos, Colección Identidad, Mujer y Derecho.
- Sáenz Dávalos, Luis (2013). Balance del actual Tribunal Constitucional en materia de derechos sexuales y reproductivos. *Gaceta Constitucional*, 70, 259-273.
- Salomé Resurrección, Liliana María (2015). «La “discriminación múltiple” como concepto jurídico para el análisis de situaciones de discriminación». Tesis de Magíster en Derecho Constitucional. Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Posgrado.
- Schiek, Dagmar y Lawson, Anna (eds.) (2011). *European Union Non-Discrimination Law and Intersectionality. Investigating the triangle of racial, gender and disability discrimination*. Farnham: Ashgate.
- Scott, Joan (1993). El género: una categoría útil para el análisis histórico. En María Cecilia Cangiano y Lindsay Dubois (comp.), *De mujer a género. Teoría, interpretación y práctica feminista en las ciencias sociales*. Buenos Aires: CEAL.
- Sosa Sacio, Juan Manuel (2016). El «contenido constitucionalmente protegido» de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*, 100, 203-204. Edición Especial. Evolución del TC en la defensa de los derechos fundamentales. Recuperado el 1/10/2016 de <http://derechoydebate.com/admin/uploads/57c8822d44b80-sosa-el-contenido-constitucionalmente-protegido-de.pdf>

- Stolcke, Verena (2000). ¿Es el sexo para el género lo que la raza para la etnicidad... y la naturaleza para la sociedad? *Política y Cultura*, 14, 25-60. Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Xochimilco, México. Recuperado el 15/10/2016 de www.redalyc.org
- Torres Zúñiga, Natalia (2013). *El control de convencionalidad: alcances y características. Algunos aspectos de su aplicación en la práctica del Tribunal Constitucional peruano y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Cuaderno de Trabajo del CICAJ 6. Lima: PUCP.