

REVISTA PERUANA DE
DERECHO CONSTITUCIONAL

MUJER Y CONSTITUCIÓN

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

Contenido

| | |
|---|-----|
| CARLOS RAMOS NÚÑEZ <i>Presentación</i> | 15 |
| Mujer y Constitución | |
| MARCELA HUAITA ALEGRE <i>La CEDAW como marco de referencia de las sentencias del Tribunal Constitucional peruano</i> | 23 |
| BEATRIZ RAMÍREZ HUAROTO <i>La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de igualdad y no discriminación: los casos de la Policía Nacional del Perú y las Fuerzas Armadas</i> | 55 |
| MOSI MARCELA MEZA FIGUEROA <i>Protección constitucional de la madre en el ámbito laboral</i> | 77 |
| CARLOS RAMOS NÚÑEZ <i>El sufragio femenino: dudas, convicción y oportunismo</i> | 101 |
| MARÍA SOLEDAD BELLIDO ÁNGULO <i>Del silencio a la razón: argumentación sobre el sufragio femenino en la Constituyente de 1931</i> | 111 |
| SUSANA MOSQUERA <i>Mujer y género en el derecho internacional de los derechos humanos</i> | 147 |
| GLÓRIA POYATOS I. MATAS <i>Sentencia pionera en España que define jurídicamente y aplica la técnica de «juzgar con perspectiva de género»</i> | 171 |
| MARÍA CONCEPCIÓN TORRES DÍAZ <i>El sustento constitucional de la impartición de justicia desde la perspectiva de género</i> | 181 |

Miscelánea

EDWIN FIGUEROA GUTARRA

El matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿mito o realidad?

Enseñanzas del caso Obergefell..... 215

LUIS R. SÁENZ DÁVALOS

La doctrina jurisprudencial vinculante

y su desarrollo por el Tribunal Constitucional 239

FRANCISCO CELIS MENDOZA AYMA

Constitucionalización del proceso inmediato. Principio de proporcionalidad 279

ÓSCAR DÍAZ MUÑOZ

Laicidad e igualdad religiosa en la Constitución peruana 299

BERLY LÓPEZ FLORES

El amparo contra laudos arbitrales 311

JORGE LUIS LEÓN VÁSQUEZ

El examen de tres niveles de los derechos fundamentales (drei-schritt-prüfung) 341

RORIC LEÓN PILCO

El valor de la cosa juzgada constitucional

en los procesos constitucionales de tutela de derechos..... 347

Jurisprudencia comentada

ALVARO R. CÓRDOVA FLORES

Caso Edwards vs. Canadá (1929):

cuando las mujeres fueron consideradas personas 375

NADIA IRIARTE PAMO

Mujer y derecho a la educación.

Comentario a la STC 00853-2015-PA/TC..... 381

SUSANA TÁVARA ESPINOZA

La situación de los migrantes irregulares.

Comentario a la STC 02744-2015-PA/TC..... 385

Reseñas

OMAR CAIRO ROLDÁN

Exposición de motivos del Anteproyecto de Constitución del

Estado de 1931..... 395

| | |
|--|-----|
| JERJES LOAYZA JAVIER | |
| <i>Género y justicia. Estudios e investigaciones en el Perú e Iberoamérica</i> | 401 |
| MARÍA CANDELARIA QUISPE PONCE | |
| <i>Trinidad María Enríquez. Una abogada en los Andes</i> | 405 |
| ROGER VILCA APAZA | |
| <i>Las constituciones del Perú</i> | 409 |

La CEDAW como marco de referencia de las sentencias del Tribunal Constitucional peruano

 MARCELA HUAITA ALEGRE*

Sumario

I. La CEDAW y su rol en la protección de derechos humanos de las mujeres. 1.1. Importancia de la CEDAW para el Perú. 1.2. Recepción de la CEDAW por tribunales constitucionales y altas cortes de la región latinoamericana. 1.3. El Perú, el Tribunal Constitucional y su reconocimiento constitucional de los tratados de derechos humanos. **II.** Recepción de la CEDAW en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. 2.1. Clasificación de sentencias. 2.1.1. Sentencias en que la CEDAW fue mencionada. 2.1.2. Tipos de procesos constitucionales en que la CEDAW fue mencionada. 2.1.3. Forma en que la CEDAW fue mencionada. 2.1.3.1. Casos en que la CEDAW fue mencionada pero no sirvió de fundamento de la sentencia. 2.1.3.2. Casos en que la CEDAW fue invocada como parte de los fundamentos de la sentencia de manera genérica. 2.1.3.3. Casos en que la CEDAW fue invocada como parte de los fundamentos de la sentencia citando artículos específicos. 2.1.3.4. Casos en que la CEDAW fue invocada por magistrados de manera individual, en el fundamento de sus votos o en votos singulares. 2.1.4. Tipo de invocación hecha de la CEDAW. 2.1.4.1. CEDAW fue invocada por violación de derechos humanos de manera general. 2.1.4.2. CEDAW fue invocada de manera específica por posible discriminación contra la mujer. 2.1.4.3. CEDAW fue invocada por posible discriminación por género. 2.2. Artículos de la CEDAW que fueron invocados. **III.** Principales hallazgos y perspectivas.

Resumen

El artículo analiza el uso del derecho internacional de los derechos humanos, en particular de la CEDAW, como marco de referencia de las sentencias del Tribunal Constitucional peruano, en un periodo de veinte años (1996-2016). Identifica los distintos usos de esta Convención, se examinan los tipos de procesos en los cuales se hace referencia a la CEDAW, la forma en que es mencionada y el tipo de invocación que se hace. Se concluye que el Tribunal Constitucional ha reconocido a la CEDAW como parte de los tratados fundamentales de derechos humanos que integran el ordenamiento jurídico

* Investigadora asociada al IDEHPUCP, magíster por la American University, egresada del Doctorado de Derecho de la PUCP. Ha sido ministra de la Mujer y presidenta de la Comisión Interamericana de Mujeres.

nacional y la ha invocado para ampliar el catálogo de derechos reconocidos constitucionalmente. Sin embargo, en los casos que afectaban los derechos humanos de las mujeres, solo ha invocado a la CEDAW como fundamento de sus sentencias cuando estos derechos estaban referidos a la maternidad, dejando de lado otras oportunidades como en el debate sobre el derecho a la autodeterminación reproductiva o frente a una discriminación por resultado cuando una norma afectaba desproporcionadamente a un grupo de mujeres. A pesar de ello, se considera que hay una ventana de oportunidades en el uso de la CEDAW de manera más sistemática como referente importante en la protección de los derechos de las mujeres y su acceso a la justicia en nuestro país.

Palabras clave

Derechos humanos, mujeres, acceso a la justicia, CEDAW, derecho internacional, derechos humanos, Tribunal Constitucional.

Abstract

The article analyses the use of international human rights law, in particular CEDAW, as a frame of reference of the Peruvian Constitutional Court rulings, in a period of 20 years (1996-2016). It identifies the different ways of application of this Convention, examines the types of processes in which is mentioned the CEDAW, the form in which it is mentioned and the type of invocation which is made. It is concluded in that TC has recognized the CEDAW as part of the fundamental human rights treaties that comprise the national legal order and has invoked it to expand the catalogue of constitutionally recognized rights. However, in cases affecting the human rights of women, only has invoked the CEDAW as the Foundation of their sentences when these rights were referred to motherhood, leaving aside other opportunities as in the debate on the right to the self-determination reproductive or facing discrimination resulting when a rule disproportionately affects women. In spite of this, it is considered that there is a window of opportunity in the use of CEDAW in a more systematic way as reference in the protection of the rights of women and their access to justice in our country.

Keywords

Human rights, women, access to justice, CEDAW, international law, human rights, Constitutional Court.

I. La CEDAW y su rol en la protección de derechos humanos de las mujeres

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (conocida como CEDAW, por sus siglas en inglés) es el tratado internacional más importante en materia de protección de derechos humanos de las mujeres. Ello es así, tanto por su énfasis en aspectos poco relevados en tratados internacionales más antiguos (entre ellos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pac-

to Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹), cuanto por el respaldo prácticamente universal que ha recibido: 189 Estados han ratificado este tratado, aunque paradójicamente, también es el instrumento internacional con el mayor número de reservas².

La supervisión de la aplicación de esta convención por los Estados parte, está a cargo del Comité CEDAW, órgano que ha ido dando contenido a los acápites de cada uno de los artículos que conforman el tratado internacional, tanto a través de sus 35 Recomendaciones Generales³, cuanto de las Observaciones Finales dirigidas a los Estados parte, con ocasión del análisis de los informes periódicos que éstos someten a su escrutinio. Asimismo, a partir de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo de la CEDAW, por medio de la jurisprudencia desarrollada en virtud del conocimiento de casos concretos –quejas individuales– de violaciones a los derechos humanos de las mujeres.

Desde esta perspectiva, la importancia de la CEDAW para los Estados parte, reside también en su incorporación como marco de referencia (criterio hermenéutico) de las sentencias de los tribunales nacionales, ordinarios o constitucionales, en la medida en que tal incorporación permitiría que los estándares establecidos por este Comité especializado protejan, de manera directa y efectiva, los derechos de las mujeres de los diferentes países del orbe que recurren al sistema de administración de justicia buscando tutela judicial. En efecto, en la Recomendación General N° 33 sobre «acceso a la justicia», el Comité CEDAW establece que uno de los componentes esenciales para el acceso a la justicia por parte de las mujeres es, precisamente, que los sistemas jurídicos se ajusten a las normas internacionales:

d) La buena calidad de los sistemas de justicia requiere que todos los componentes del sistema se ajusten a las normas internacionales de competencia, eficiencia, independencia e imparcialidad y provean, de manera oportuna, recursos apropiados y efectivos que se ejecuten y den lugar a una resolu-

¹ Ambos pactos internacionales fueron adoptados y abiertos a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966.

² En la actualidad persiste la problemática destacada por el profesor Gómez Isa, hace más de una década, en relación con las consecuencias que genera el gran número de reservas que los Estados particulares efectúan a la CEDAW. Véase Felipe GÓMEZ ISA, «La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y su Protocolo Facultativo», en Felipe GÓMEZ ISA (dir.). *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2004, p. 290.

³ Para ver en detalle, consultar: <goo.gl/bFcjw8>.

ción sostenible de la controversia que tengan en cuenta las cuestiones de género para todas las mujeres. Requiere también que los sistemas de justicia se enmarquen en un contexto, sean dinámicos, de participación, abiertos a las medidas innovadoras prácticas, sensibles a las cuestiones de género y tengan en cuenta las crecientes demandas de justicia que plantean las mujeres.

Teniendo en cuenta ello, en este artículo analizaremos la recepción que ha hecho el Tribunal Constitucional peruano de los estándares establecidos en la Convención.

1.1. Importancia de la CEDAW para el Perú

La CEDAW es un tratado del sistema universal de derechos humanos del que el Estado peruano es parte (se encuentra entre los nueve tratados internacionales de derechos humanos). En efecto, fue suscrito por el Perú el 23 de julio de 1981, aprobado por el Congreso mediante Resolución Legislativa N° 23432, del 23 de junio de 1982, y promulgado por el presidente de la República, hacia el 5 de julio del mismo año. De este modo, en cumplimiento de las obligaciones derivadas de la suscripción de este instrumento internacional, el Estado peruano ha presentado hasta ocho informes y, consecuentemente, ha recibido observaciones y recomendaciones formuladas por el Comité CEDAW⁴.

26

Asimismo, el Perú ha suscrito el año 2000 y ratificado el siguiente año (mediante Resolución Legislativa N° 27429, de 23 de febrero de 2001) el Protocolo Facultativo de la CEDAW, que le otorga al Comité la competencia de recibir quejas individuales. Es así que, por ejemplo, el Comité CEDAW ha conocido el caso de LC contra Perú⁵. En consecuencia, es posible afirmar que el Estado peruano es respetuoso con este Comité, no solo presentando oportunamente los informes correspondientes, sino también reconociendo su competencia para recibir casos individuales, y someterlos a su jurisdicción.

A nivel de la judicatura nacional, la CEDAW también constituye –y, debería constituir– un referente para los jueces y juezas, en su labor de protección de derechos humanos de las personas que recurren ante los tribuna-

⁴ Las observaciones y recomendaciones se encuentran disponibles en el portal de Naciones Unidas: <goo.gl/L9sFhX>.

⁵ En este caso, el Comité encontró responsabilidad en el Estado peruano por la violación de los derechos establecidos en los artículos 2 c) y f), 3, 5 y 12, junto con el artículo 1 de la Convención. Véase Comité CEDAW, Comunicación núm. 22/2009. Disponible en: <goo.gl/ZwDLy6>.

les. En efecto, este tratado de derechos humanos no solo puede ser utilizado como marco de referencia de las decisiones judiciales, sino también como una herramienta importante en el ejercicio del «control difuso» –previsto por el artículo 138 de la Constitución Política de 1993–, frente a la aplicación de una norma violatoria de los derechos humanos de las mujeres y, por tanto, inconstitucional. Esta facultad resulta aún más importante en la jurisdicción constitucional, especializada en la protección de derechos fundamentales, a partir de los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data, acción de cumplimiento o dirimencia en conflictos de competencia y, en especial, a través del «control concentrado» que ejerce por vía de la acción de inconstitucionalidad de las leyes⁶.

1.2. Recepción de la CEDAW por tribunales constitucionales y altas cortes de la región latinoamericana

En la región latinoamericana, no son pocos los tribunales constitucionales que vienen incorporando los estándares internacionales de derechos humanos en el control de constitucionalidad y –a partir de lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde 2006⁷– a través del control de convencionalidad⁸. Sin embargo, la utilización de la CEDAW como instrumento internacional de protección de los derechos humanos de las mujeres, es todavía una práctica incipiente, como se desprende de la jurisprudencia de los altos tribunales de justicia. En efecto, la invocación de este instrumento internacional, vía bloque de constitucionalidad, es sumamente escasa⁹. Dos investigaciones, entre otras, dan cuenta de esta situación.

⁶ Para una distinción detallada entre control difuso y control concentrado véase Aníbal QUIROGA LEÓN, «Control 'difuso' y control 'concentrado' en el derecho procesal constitucional peruano», en *Revista de la Facultad de Derecho. PUCP*, 1996, núm. 50, pp. 207-233.

⁷ Néstor Pedro SAGÜÉS, «Obligaciones internacionales y control de constitucionalidad», en *Centro de Estudios Constitucionales de Chile*, Año 8, núm. 1, 2010, pp. 117-136.

⁸ Ver por ejemplo: Carlos M. AYALA CORAO, «Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional», en *Foro Constitucional Iberoamericano*, núm. 7, 2004, pp. 1-74; Diego GARCÍA SAYÁN, «La recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en Sergio GARCÍA RAMÍREZ y Mireya CASTAÑEDA HERNÁNDEZ (COORDS.), *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores-Corte IDH-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, pp. 91-119. Disponible en: <goo.gl/rkPXxs>.

⁹ Para otras regiones se puede consultar: Christopher MCCRUDDEN, «Why do national court judges refer to human rights treaties? A comparative international law analysis of CEDAW», en *American Journal of International Law*, Vol. 109(3); *Asia Pacific Forum on Women, Law and Development. A Digest of Case law on the Human Rights of Women*, Tailandia, 2003.

Una primera investigación, realizada –hace algunos años– por Mónica Roa, Rosalba Torres y Claudia Gómez, sobre la aplicación de la CEDAW en las altas cortes nacionales de Colombia, Argentina y Perú, advierte que el país con mayor cantidad de jurisprudencia que cita la CEDAW es Colombia –aunque las propias autoras concluyen que, en muchos casos, los tratados de derechos humanos como la CEDAW, se citan «con un único objetivo legitimador, es decir, sin buscar el significado material sino solamente la formalidad»–; mientras que en los altos tribunales de Perú y Argentina su utilización se presenta más bien escasa, siendo muy pocos los casos en los que la jurisprudencia usa los criterios establecidos por la CEDAW¹⁰.

Una segunda investigación, efectuada por Judith Schönsteiner, en relación con el uso del derecho internacional de los derechos humanos por el Tribunal Constitucional de Chile, destaca por confirmar la incipiente utilización de la CEDAW en las altas cortes. En efecto, a partir de un análisis cuantitativo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno entre 2008 y 2013, la investigadora identifica que de un universo de 83 sentencias que incluyen alguna referencia específica o general al derecho internacional de los derechos humanos, solo en seis se hace alguna alusión a la CEDAW.¹¹

28

Por nuestra parte, creemos que hay una enorme ventana de oportunidad en la posibilidad que la CEDAW comience a ser utilizada de una manera más sistemática como referente importante en la protección de los derechos humanos de las mujeres de nuestros países y para garantizar su acceso a la justicia.

1.3. El Perú, el TC y su reconocimiento constitucional de los tratados de derechos humanos

La Constitución de 1993, si bien no reconoció expresamente –como sí lo había hecho la Constitución de 1979– que las normas referidas a derechos fundamentales en tratados internacionales tienen rango constitucional, sí establece en su artículo 3 que los derechos enumerados no excluyen a otros

¹⁰ Mónica ROA LÓPEZ, Rosalba TORRES RODRÍGUEZ y Claudia GÓMEZ LÓPEZ, «Aplicación de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) en las altas cortes nacionales. Estudio comparado Colombia, Argentina y Perú», en *Criterio Jurídico Garantista*, núm. 1(1), 2009, pp. 65 y 68.

¹¹ Judith SCHÖNSTEINER, «El derecho internacional de los derechos humanos en el Tribunal Constitucional chileno: el mínimo común denominador», en *Revista de Derecho*, Vol. XXIX, núm. 1, 2016, p. 206.

de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad de la persona humana. Así, el Tribunal Constitucional peruano ha reconocido que la Constitución recogió un sistema de *numerus apertus*¹².

Asimismo, basándose en el artículo 55 de la Constitución, el TC afirma que «los derechos reconocidos en los tratados internacionales de derechos humanos tienen rango constitucional» y, por tanto, «debe concluirse que dichos tratados detentan rango constitucional»¹³. Lo que resulta especialmente importante, a la luz de los debates actuales sobre los alcances y características del *control de convencionalidad* como «instrumento que refuerza la protección de los derechos fundamentales en un contexto de constante interacción entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos»¹⁴.

II. Recepción de la CEDAW en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano

Para la realización de este análisis, nos hemos basado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que aparece en su página web (www.tc.gob.pe) y que –de acuerdo con dicha información– data desde 1996, por lo que el período estudiado va desde ese año hasta 2016¹⁵.

2.1. Clasificación de sentencias

Las sentencias analizadas son doce y las presentamos en el siguiente cuadro de manera resumida:

¹² STC 0025-2005-PI/TC; STC 0026-2005-PI/TC, párrafo 28.

¹³ STC 0025-2005-PI/TC; STC 0026-2005-PI/TC, párrafo 33. Para un análisis más detallado ver, entre otros, Francisco José EGUIGUREN PRAELI, «Aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en la jurisprudencia constitucional peruana», en *Ius et Praxis*, Año 9, núm. 1, 2003, pp. 157-191; Susana MOSQUERA MONELOS (coord.), *La constitucionalización de los tratados de derechos humanos en el Perú*, Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, Lima, Palestra, 2015.

¹⁴ Natalia TORRES ZÚÑIGA, «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», en *Cuaderno de Trabajo del Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica*, Departamento Académico de Derecho-Pontificia Universidad Católica del Perú, núm. 6, 2013.

¹⁵ Agradezco a Vanessa Cuentas del IDEHPUCP por el apoyo brindado para la búsqueda e identificación de las sentencias del Tribunal Constitucional.

| Sentencias del Tribunal Constitucional peruano que hacen referencia a la CEDAW (1996-2016) | | | | | | |
|--|------------------------|--|--------------------------------|--|---|--------------------------------------|
| Año de la sentencia | Expediente | Sumilla | Proceso seguido | Forma en la que la CEDAW fue mencionada | Tipo de invocación a la CEDAW | Artículos citados |
| 2001 | EXP N° 004-2000-AI/TC | "Ley que establece normas de regulación de la situación del personal de la Sanidad de la Policía Nacional", declaraba nulos los actos que otorgaba o incorporaba jerarquías y grados de oficiales a personal de sanidad. | Acción de inconstitucionalidad | Se menciona solo en los antecedentes de la sentencia. | Invocación por posible discriminación contra la mujer | Artículo 2 |
| 2005 | EXP N° 0206-2005-PA/TC | El demandante alega haber sido despedido arbitrariamente, luego que la empresa argumentara responsabilidad por hechos posteriores a su permanencia en el cargo | Acción de amparo | Invocación de artículos específicos en fundamentos de sentencia | Invocación por posible discriminación contra la mujer | Artículo 11, literales a y d |
| 2006 | EXP N° 7435-2006-PC/TC | Demanda de cumplimiento para que se garantice la provisión e información sobre el AOE | Proceso de cumplimiento | Invocación particular por magistrados en fundamento de sus votos o en votos singulares | Invocación por posible discriminación contra la mujer | Artículo 10, inciso h Artículo 16 |
| 2007 | EXP N° 3081-2007-PA/TC | Se busca se deje sin efecto el alta de G.R.S., toda vez que, según argumenta su madre, ella no podría asumir su cuidado ya que es una persona mayor y no cuenta con los recursos necesarios, por lo que solicita que su hija sea nuevamente admitida | Acción de amparo | Invocación genérica en fundamentos de sentencia | Invocación por violación de derechos humanos | -- |

La CEDAW como marco de referencia de las sentencias del Tribunal Constitucional

| Sentencias del Tribunal Constitucional peruano que hacen referencia a la CEDAW (1996-2016) | | | | | | |
|--|--------------------------|--|--------------------------------|--|---|---|
| Año de la sentencia | Expediente | Sumilla | Proceso seguido | Forma en la que la CEDAW fue mencionada | Tipo de invocación a la CEDAW | Artículos citados |
| 2008 | EXP. N° 05652-2007-PA/TC | La demandante solicita su reposición en el puesto de trabajo en tanto alega haber sido víctima de despido discriminatorio por razón de sexo | Acción de amparo | Invocación de artículos específicos en fundamentos de sentencia | Invocación por posible discriminación contra la mujer | Artículos 1, 2, 4, 7, 8, 9, 10, 11, 13, 15, 16 |
| 2009 | EXP 02005-2009-PA/TC | Se demanda al MINSA para que se abstenga de distribuir la AOE | Acción de amparo | Invocación particular por magistrados en fundamento de sus votos o en votos singulares | Invocación por posible discriminación contra la mujer | Artículo 16 numeral 1, inciso e) Artículo 10, inciso h) |
| 2011 | EXP. N° 00032-2010-PI/TC | Se busca la inconstitucionalidad de la prohibición de fumar en establecimientos dedicados a la salud o a la educación, en las dependencias públicas, en los interiores de los lugares de trabajo, en los espacios públicos cerrados y en cualquier medio de transporte público | Acción de inconstitucionalidad | Invocación genérica en fundamentos de sentencia | Invocación por violación de derechos humanos | -- |
| 2013 | EXP. N° 00666-2013-PA/TC | Se solicita que SEDAPAR cumpla con realizar la ejecución del empalme de las redes de desagüe de la Asociación de Vivienda Quinta Residencial Don Carmelo a las redes existentes en la Asociación de Vivienda, luego que se le exigiera un pago de US\$15 000 dólares al demandante por parte de la Asociación de Viviendas Entel | Acción de amparo | Invocación de artículos específicos en fundamentos de sentencia | Invocación por violación de derechos humanos | Artículo 14, numeral 2, inciso h |

| Sentencias del Tribunal Constitucional peruano que hacen referencia a la CEDAW (1996-2016) | | | | | | |
|--|-------------------------|--|------------------|--|---|--|
| Año de la sentencia | Expediente | Sumilla | Proceso seguido | Forma en la que la CEDAW fue mencionada | Tipo de invocación a la CEDAW | Artículos citados |
| 2014 | EXP N° 00139-2013-PA/TC | Se solicita el cambio de 'sexo' en una Partida de Nacimiento (y por ende DNI), luego que por sentencia del Juzgado Civil de San Martín pudiera acceder al cambio de nombre en su DNI | Acción de amparo | Invocación particular por magistrados en fundamento de sus votos o en votos singulares | Invocación por posible discriminación por género | Referencia al RG 28 relativa al Artículo 2 |
| | EXP N° 00388-2013-PA/TC | Estando con ocho meses de embarazo no se le había dado respuesta a su solicitud de descanso pre y post natal remunerado | Acción de amparo | Invocación de artículos específicos en fundamentos de sentencia | Invocación por posible discriminación contra la mujer | Artículo 11, literales 1 y 2 |
| 2015 | EXP 01423-2013-PA/TC | La entonces menor, ACAV, ingresa como cadete FAP a la escuela de oficiales FAP, pero meses después es dada de baja cuando se toma conocimiento de su embarazo | Acción de amparo | Invocación de artículos específicos en fundamentos de sentencia | Invocación por posible discriminación contra la mujer | Artículo 1 Artículo 10 |
| 2016 | EXP N° 06040-2015-PA/TC | Se solicita el cambio de nombre y sexo en sus documentos nacionales de identificación | Acción de amparo | Invocación particular por magistrados en fundamento de sus votos o en votos singulares | Invocación por posible discriminación por género | -- |

2.1.1. Sentencias en que la CEDAW fue mencionada

En el período estudiado, que va desde 1996 hasta 2016, es decir, en la jurisprudencia de 20 años, se ha identificado que solo en doce sentencias del Tribunal Constitucional se hace referencia explícita a la CEDAW. En concreto, fue en 2001 cuando este tratado internacional aparece mencionado en una sentencia. No obstante, tal referencia no aparece en la parte resolutive sino en los «antecedentes», en la medida que fue invocada por la parte demandante.

En efecto, la primera vez que la CEDAW es citada en una sentencia del Tribunal Constitucional lo es en una acción de inconstitucionalidad interpuesta por la Defensoría del Pueblo, por recorte de derechos pensionarios al personal femenino de la Policía Nacional del Perú: STC 004-2000-AI/TC. Si bien la acción fue declarada fundada y el máximo intérprete de la Constitución reconoció que, en el caso concreto, se había afectado el principio de igualdad en contra de un grupo de mujeres, perdió la oportunidad de mencionar y utilizar la CEDAW como criterio hermenéutico –conforme lo prevé la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución–, y solo se amparó en los artículos constitucionales pertinentes.

33

La siguiente referencia a la CEDAW, aunque todavía de manera marginal, se registra el año 2005, en la STC 0206-2005-PA/TC, sobre despido injustificado. Concretamente, la Convención es citada en el fundamento 15, donde se recogen los criterios referidos a la procedencia del amparo en casos de controversias laborales individuales:

Los despidos originados en la discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma o de cualquier otra índole, tendrán protección a través del amparo, así como los despidos producidos con motivo del embarazo, toda vez que, conforme al artículo 23° de la Constitución, el Estado protege especialmente a la madre. Deber que se traduce en las obligaciones estatales de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, prohibiendo, en especial, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad, así como la discriminación sobre la base del estado civil y prestar protección especial a la mujer durante el embarazo (artículo 11, numerales 1 y 2, literales a y d de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas).

Es en el año 2008, en la STC 05652-2007-PA/TC, que declaró fundada la demanda de amparo interpuesta por Rosa Bethzabé Gambini Vidal contra la Sociedad de Beneficencia de Lima Metropolitana (SBLM) y el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (MIMDES), que por primera vez el TC utiliza la CEDAW como marco de referencia relevante para proteger los derechos. En este proceso, la demandante alegaba haber sido víctima de despido discriminatorio por razón de sexo, por el hecho de estar embarazada, lo que constituía una vulneración al derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo reconocido en el artículo 2º, inc. 2 de la Constitución. Solicitaba, en consecuencia, su reposición en el puesto de trabajo.

Finalmente, es entre los años 2014 y 2015 (luego de un periodo latente, en el que es esporádicamente mencionada en algunos fundamentos de votos o votos singulares de los magistrados) que la CEDAW vuelve a ser marco de referencia importante en la fundamentación de las sentencias del Tribunal Constitucional, especialmente en la resolución de los casos relacionados con la discriminación por razón de embarazo.

34

De este modo, una primera lectura permite afirmar que el Tribunal Constitucional peruano conoce la CEDAW y, a su vez, la invoca en su jurisprudencia. No obstante, esta invocación se produce en muy pocas ocasiones, apenas en doce sentencias en un periodo de dos décadas, con el agravante de que es aún en menos casos –de entre las doce sentencias– en los que se hace una referencia sustancial de esta Convención, como detallaremos más adelante.

2.1.2. Tipos de procesos constitucionales en los que la CEDAW fue mencionada

De los seis tipos de procesos constitucionales que son competencia del Tribunal Constitucional, de acuerdo con lo prescrito por la Constitución y el Código Procesal Constitucional (hábeas corpus, amparo, hábeas data, acción de cumplimiento, acción de inconstitucionalidad y proceso competencial), solo en tres tipos de procesos ha sido invocada la CEDAW: en nueve acciones de amparo, en dos procesos de inconstitucionalidad y en un proceso de cumplimiento. Como puede advertirse, en los procesos de amparo es donde se produce un mayor desarrollo jurisprudencial.

2.1.3. Forma en que la CEDAW fue mencionada

Teniendo en cuenta la modalidad en que la CEDAW fue mencionada por el Tribunal Constitucional en los doce casos ya señalados, se advierte que la Convención es referida hasta en tres modalidades. En primer lugar, en ocho casos fue aludida en los fundamentos de la sentencia, de los cuales en tres es referida de forma genérica, y en cinco de forma concreta, esto es, se citan artículos específicos de la Convención. En segundo lugar, en tres casos es mencionada de manera individual por algunos magistrados. En tercer lugar, en un caso es mencionada solo en los antecedentes pero no sirve de fundamento de la sentencia. Veamos:

2.1.3.1. Casos en que la CEDAW fue mencionada pero no sirvió de fundamento de la sentencia

- **STC 004-2000-AI/TC:** fue citada como fundamento del demandante y luego en la sentencia se hace alusión al principio de igualdad.

Como ya se ha manifestado, esta es una de las dos ocasiones en que la CEDAW es citada en una acción de inconstitucionalidad; y si bien la sentencia declara fundada la acción, y en consecuencia inconstitucionales una serie de artículos y disposiciones de la Ley N° 26960, el Tribunal Constitucional no recoge los argumentos de la Defensoría del Pueblo (demandante), aunque los menciona de manera resumida, a saber:

El demandante sostiene, principalmente, lo siguiente: a) Que, desconociendo que el personal femenino de la Policía adquirió sus grados en aplicación de la Ley N° 24173 y el artículo 62° de la Ley N° 25066, la Ley N° 26960 pretende que las beneficiadas vuelvan a la situación que tenían cuando en nuestro país regían normas que discriminaban a las personas en razón del sexo, lo cual vulnera el derecho a la igualdad, reconocido en el artículo 2°, inc. 2), de la Constitución Política del Estado, artículo 26° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 24° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y artículo 2° de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer¹⁶.

¹⁶ STC 04-2000-AI/TC.

En la parte de los fundamentos de la STC 004-2000-AI/TC, sin citar la CEDAW, el Tribunal Constitucional solo menciona de manera genérica que:

Adicionalmente, y por lo que respecta a la Primera Disposición Final y Complementaria de la Ley N° 26960, queda claro que, además de los preceptos constitucionales mencionados, también se afecta el principio de igualdad, y la regla de legislar por la naturaleza de las cosas, y no por la diferencia de las personas, reconocidos, tanto en el artículo 2), inc. 2), como en el primer párrafo del artículo 103° de la Constitución.

De esta manera, se deja de lado la oportunidad de visibilizar la inconstitucionalidad de una ley que afectaba desproporcionadamente a un grupo de mujeres, como eran las oficiales pertenecientes a la sanidad policial.

2.1.3.2. Casos en que la CEDAW fue invocada como parte de los fundamentos de la sentencia de manera genérica

- **STC 3081-2007-PA/TC:** la CEDAW es mencionada de manera enumerativa junto con otros instrumentos internacionales de derechos humanos para dar cuenta de su existencia, pero no se desarrolla algo específico.
- **STC 0032-2010-PI/TC:** se menciona la CEDAW como tratado de derechos humanos que precisa alcances del derecho a la igualdad, sin hacer referencia a un artículo específico.

Como se advierte, si bien en estas sentencias –a diferencia del supuesto anterior– el Tribunal Constitucional alude expresamente a la CEDAW, lo hace solo de una manera genérica. Es decir, no precisa ningún artículo en particular. En ambas sentencias (STC 3081-2007-PA/TC y STC 0032-2010-PI/TC) el intérprete supremo de la Constitución invoca la CEDAW como parte del elenco de instrumentos internacionales de derechos humanos que se debe tener en cuenta cuando se trata de su protección. Así por ejemplo señala:

33. A estos instrumentos internacionales se suman otros que, si bien son importantes y a los cuales este Colegiado les ha deparado especial reflexión, dada la naturaleza del caso *sub judice*, no es posible más que su simple enumeración:

- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer» (STC 3081-2007-PA/TC).

2.1.3.3. Casos en que la CEDAW fue invocada como parte de los fundamentos de la sentencia citando artículos específicos

- **STC 0206-2005-PA/TC:** es citada para establecer en qué casos procede el amparo por despido injustificado, y en este caso no procede (artículo 11, numerales 1 y 2, literales a y d).
- **STC 05652-2007-PA/TC:** discriminación por embarazo (artículos 1, 4, 11, y se mencionan los artículos 2, 7, 8, 9, 10, 11, 13, 15, 16).
- **STC 00666-2013-PA/TC (Exp. N° 03520-2010-PA/TC):** se menciona el artículo 14, inc. 2, para abundar en fundamento del derecho de acceso al agua potable y a los servicios de saneamiento (artículo 14, numeral 2, inc. h).
- **STC 00388-2013-PA/TC:** discriminación sobre la base del estado civil y prestar protección especial a la mujer durante el embarazo (artículo 11, numeral 1 y 2, literales a y d de la Convención).
- **STC 01423-2013-PA/TC:** discriminación por embarazo (artículo 1, 5 y 10, y control difuso de constitucionalidad).

Las sentencias en las que se hace una referencia sustantiva a la CEDAW son los procesos de amparo, mayoritariamente en los casos de discriminación por embarazo. Sin embargo, no necesariamente en todas esas sentencias se ha citado el mismo artículo de la Convención, ni se ha declarado fundada la demanda.

En las sentencias recaídas en los Exp. 05652-2007-PA/TC y Exp. N° 00388-2013-PA/TC se hace referencia en especial al artículo 11 de la CEDAW, dado que las demandas son, en un caso, por despido injustificado por razón de embarazo y en otro por falta de gozo de licencias pre y post natal; mientras que la sentencia en el Exp. N° 0206-2005-PA/TC, si bien es un caso de discriminación por despido, la CEDAW solo es citada a manera de ejemplo, para decir en qué casos procede el amparo por despido injustificado, siendo que en el caso concreto no procede esa alegación.

De otro lado, en la sentencia recaída en el Expediente 01423-2013-PA/TC –aunque nuevamente estamos ante un caso de discriminación por embarazo– se trata más bien de discriminación frente al derecho a la educación, pues el caso es de una cadete de la Fuerza Aérea del Perú, que es dada de baja cuando se toma conocimiento de su embarazo y, por tanto, se invoca el artículo 10 de la CEDAW, a saber:

28. Por su parte, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), suscrita el 23 de junio de 1981 y ratificada el 13 de setiembre de 1982 por el Perú, en lo que respecta al derecho a la educación de las mujeres ha establecido en su artículo 10 las medidas que los Estados deben adoptar a fin de asegurar la igualdad de derechos en la esfera educativa:

- a) Las mismas condiciones de orientación en materia de carreras y capacitación profesional, acceso a los estudios y obtención de diplomas en las instituciones de enseñanza de todas las categorías, tanto en zonas rurales como urbanas; esta igualdad deberá asegurarse en la enseñanza preescolar, general, técnica y profesional, incluida la educación técnica superior, así como en todos los tipos de capacitación profesional;
- b) Acceso a los mismos programas de estudios y los mismos exámenes, personal docente del mismo nivel profesional y locales y equipos escolares de la misma calidad;
- c) La eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo y, en particular, mediante la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos de enseñanza. (...). (Sentencia recaída en el Exp. N° 01423-2013-PA/TC).

38

Un quinto caso es el de la sentencia recaída en el Exp. N° 00666-2013-PA/TC (Exp. N° 03520-2010-PA/TC) que menciona el artículo 14, inc. 2 de la CEDAW para fundamentar el derecho de acceso al agua potable y a los servicios de saneamiento, sin que ello esté en relación con una situación de discriminación contra la mujer como analizaremos en su momento.

Así, podemos decir que la CEDAW si bien ha sido invocada en cinco casos, en los fundamentos de la sentencia, solo en tres de ellos ha estado directamente relacionada con situaciones concretas de discriminación contra la mujer, y en todos estos casos la discriminación ha sido por embarazo.

2.1.3.4. Casos en los que la CEDAW fue invocada por magistrados de manera individual, en el fundamento de sus votos o en votos singulares

- **Exp. N° 7435-2006-PC/TC:** voto del magistrado Mesía Ramírez, para fundamentar Derecho a la autodeterminación reproductiva

como un derecho implícito del libre desarrollo de la personalidad y autonomía (artículo 16, CEDAW) y Derecho a la vida y a la integridad física, psíquica y moral de la mujer (artículo 10, inc. h, CEDAW).

- **Exp. N° 2005-2009-PA/TC:** Fundamento del voto del magistrado Mesía Ramírez, y en el voto singular de los magistrados Landa Arroyo y Calle Hayen, Derecho a la autodeterminación reproductiva como un derecho implícito del libre desarrollo de la personalidad y autonomía (artículo 16, CEDAW).
- **Exp. N° 0139-2013-AA:** Se hace mención a la Recomendación General 28 relativa al artículo 2 de la CEDAW para fundamentar el derecho a la identidad de género en el voto singular de los magistrados Eto Cruz y Mesía Ramírez.
- **Exp. N° 06040-2015-PA/TC:** Se menciona a la CEDAW de manera indirecta para interpretar el término género en el fundamento del voto de la magistrada Ledesma.

Resulta también interesante dar cuenta que en cuatro sentencias, la CEDAW ha sido invocada por magistrados de manera individual, en tres casos como fundamento de votos que coincidían con la mayoría sin que esta invocación haya sido recogida en las consideraciones o fundamentos de la propia sentencia, y en dos casos como sustento de votos singulares. En las cuatro sentencias estamos además en la valoración de los llamados «derechos sexuales y reproductivos»¹⁷, particularmente relevante resulta que es el magistrado Mesía Ramírez quien utiliza la referencia a la CEDAW de manera reiterada en tres de los casos mencionados.

Concretamente, en dos de estos casos (STC 7435-2006-PC/TC y STC 2005-2009-PA/TC) las sentencias recaen en el controvertido tema de la Anticoncepción Oral de Emergencia (AOE). Tanto en la primera sentencia (STC 7435-2006-PC/TC) en donde el Tribunal Constitucional se pronuncia a favor de que se garantice la provisión e información sobre la AOE, como en la segunda y contradictoria sentencia (STC 2005-2009-PA/

¹⁷ Para un mayor desarrollo véase Marcela HUAITA ALEGRE, «Los derechos sexuales y reproductivos en Iberoamérica, logros y desafíos», Ponencia presentada en el II Congreso Iberoamericano de Derecho Sanitario, 2004.

TC), en donde más bien se prohíbe su distribución gratuita, el magistrado Mesía Ramírez desarrolla un voto singular en el que invoca a la CEDAW. Sin embargo y por paradójico que parezca, el voto del 2006 de Mesía Ramírez fue a favor que se distribuya, mientras que su voto en el 2009 fue en contra de su distribución¹⁸. Es decir, lo que nos llama la atención es que la invocación a la CEDAW no ha sido garantía para la ampliación de derechos de las mujeres necesariamente, sino que ha sido utilizada por el mismo magistrado para fundamentar votos contradictorios sobre el mismo tema. Si bien no desconocemos que la naturaleza de las acciones eran diferentes, la del 2006 era una acción de cumplimiento sobre una disposición del Ministerio de Salud, y la del 2009 una acción de amparo, en el fondo de ambas sentencias estaba la ampliación o restricción del derecho a la autodeterminación reproductiva, como el mismo magistrado señala.

Efectivamente, tanto en su voto del 2006 como en el del 2009, el magistrado Mesía Ramírez utiliza la CEDAW para fundamentar el derecho a la autodeterminación reproductiva y el derecho a la vida e integridad de la mujer. En relación con el derecho a la autodeterminación reproductiva, este es reconocido en ambos fundamentos de voto como implícito en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, y por tanto invoca el artículo 16 de la CEDAW, para ratificar que toda mujer tiene derecho a elegir libremente el método anticonceptivo de su preferencia, de una manera idéntica en su argumentación¹⁹.

Mientras que el derecho de las mujeres a información y asesoramiento sobre planificación familiar fuertemente vinculado con el derecho a la vida y la integridad de la mujer es el que sufre un cambio de valoración en el criterio del magistrado. Así, en el fundamento de su voto en la sentencia del 2006, el magistrado Mesía Ramírez afirma que:

La realidad social le impone al Estado la obligación objetiva de hacer todo cuanto esté a su alcance para evitar que las mujeres mueran por abortos clandestinos (...) Desde esta perspectiva, el AOE constituye, frente a los abortos terapéuticos o criminológicos, una alternativa aceptable de cara

¹⁸ Loaiza analiza de manera detallada la composición del Tribunal Constitucional con ocasión de las sentencias relativas a la AOE. Véase Pamela LOAIZA, «La judicialización de la política en el Perú: una observación del Tribunal Constitucional y sus decisiones frente a la píldora del día siguiente (2001-2010)», en *Politai. Revista de Ciencia Política*, Año 4, núm. 7, pp. 179-195.

¹⁹ Véase Exp. N° 7435-2006-PC/TC, punto 4 del fundamento de voto del magistrado Mesía Ramírez y Exp. N° 2005-2009-PA/TC, punto 3 del fundamento del voto del mismo magistrado Mesía Ramírez.

a las repercusiones que produce en la integridad física, psíquica y moral de la mujer la expulsión violenta del feto (STC 7435-2006-PC/TC).

Mientras que en su voto del 2009²⁰, sostiene que:

No cabe duda que la PDS puede jugar en materia de planificación familiar un papel importante. Incluso podría tratarse de una alternativa excepcional a tomarse en cuenta por las políticas públicas de salud, de cara a las obligaciones del Estado de impedir la muerte de mujeres pobres que se someten a prácticas abortivas en condiciones de insalubridad. Sin embargo, lo que puede ser bueno y oportuno desde las razones de la política, tiene que ser compatible con el techo ético de la Constitución. (...) Pero creo que si la PDS es abortiva, su utilización como parte de la política estatal relacionada con la planificación familiar no debería estar permitida (STC 2005-2009-PA/TC).

Como no es intención del artículo profundizar en el debate de los derechos sexuales y reproductivos, sino en la utilización de la CEDAW para la protección de los derechos fundamentales, vamos a dejar esta línea de análisis, no sin antes decir que el cambio de posición del magistrado Mesía Ramírez finalmente tiene que ver con la valoración del derecho a la vida e integridad física, psíquica y moral de la mujer, que de alguna manera se devalúa frente a la del concebido en el fundamento de su voto en la segunda sentencia.

De otro lado, es interesante que a pesar que el voto del magistrado Mesía Ramírez fue concordante con la posición asumida por el Tribunal en ambos casos, en ninguno de ellos se recoge en los fundamentos de la sentencia lo establecido por la CEDAW, y eso que se trataba de un caso que claramente afectaba los derechos de las mujeres, y más cuando justamente uno de los grandes aportes de la citada Convención fue iluminar los derechos de las mujeres en relación con los aspectos reproductivos.

Quienes sí coinciden con el magistrado Mesía Ramírez en invocar a la CEDAW, aunque con una posición de fondo contraria a la de la sentencia, son los magistrados Landa Arroyo y Calle Hayen en una sentencia del 2009.

²⁰ La sigla PDS alude a la denominación «píldora del día siguiente», que es otra manera de referirse a la AOE (anticonceptivo oral de emergencia). Nótese que el cambio de denominación no está exento de un posicionamiento frente al fármaco, pues en el caso de la AOE el énfasis está en su efecto anticonceptivo y su uso eventual o por emergencia; mientras que la denominación PDS el énfasis está en el uso *post* coital y, por tanto, el riesgo de la interrupción del proceso de un eventual embarazo.

Así, estos dos magistrados, citan el art. 16 de la CEDAW, en particular el numeral 1, literal e), para fundamentar el derecho de la mujer a decidir el número de hijos:

46. (...) la mujer en especial tiene el derecho de recibir la información completa que le permita tomar la decisión respecto del ejercicio de sus derechos reproductivos dentro del cual se encuentra como ya se afirmó, de manera central el de decidir cuándo, cómo y con quién tendrá hijos y cuántos tendrá. Es en este ámbito que se inserta la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer aprobada por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 23432 publicada el 5 de junio de 1982 que establece en su art. 16° numeral 1 inc. e) que, los Estados Partes adoptarán 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 en lo referente a 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 (STC 2005-2009-PA/TC).

Como se puede apreciar, los magistrados del TC peruano, ni cuando se pronunciaron a favor de la distribución de la AOE ni cuando se opusieron a la distribución gratuita de esta, vieron la conveniencia de fundamentar sus consideraciones en lo establecido por la CEDAW, a pesar que –por el tenor de los fundamentos individuales o los votos singulares–, dicha argumentación fue parte de las deliberaciones de los magistrados. En nuestra opinión, ello constituye más que una pérdida de oportunidad, una falta de reconocimiento a los sustantivos aportes que la CEDAW ha brindado en materia de derechos reproductivos de las mujeres, en particular en lo referente a la autodeterminación reproductiva, a pesar que la CEDAW es el único tratado que menciona de manera expresa la planificación familiar y establece la responsabilidad de los Estados parte de garantizar el derecho de las mujeres «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» (artículo 16, inc. e).

Por otra parte, en la sentencia recaída en el Exp. N° 0139-2013-AA/TC, referido al caso de un transexual que solicita cambio de sexo, nuevamen-

te el magistrado Mesía Ramírez, en un voto singular redactado en conjunto con el magistrado Eto Cruz, hace referencia a la CEDAW para fundamentar su voto, e ilustrar la diferencia entre el sexo y el género. En particular, cita la Recomendación General N° 28 relativa al artículo 2 en la que el Comité CEDAW pone de manifiesto que la Convención es aplicable no solo a las situaciones de discriminación por sexo sino también a por motivos de género, entendiéndose que:

El término 'sexo' refiere aquí a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer. El término 'género' se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que la sociedad atribuye a esas diferencias biológicas, lo que da lugar a relaciones jerárquicas entre hombres y mujeres y a la distribución de facultades y derechos a favor del hombre y en detrimento de la mujer (Recomendación General N° 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW/C/GC/28, 16 de diciembre de 2010) (STC 0139-2013-AA/TC).

En su análisis, los magistrados Mesía Ramírez y Eto Cruz reconocen, además, que las interpretaciones efectuadas por el Comité CEDAW –así como otros comités internacionales– son vinculantes para el Estado peruano a pesar que la sentencia de la mayoría no haya considerado estas posturas que –a su juicio– hacen que la fundamentación de la sentencia sea *inconvenional* y que la propia sentencia resulte contraria a las obligaciones del Perú como Estado parte. Veamos:

Estas posturas, sin embargo, así como las interpretaciones vinculantes del CEDAW, del Comité de DESC y de la Corte IDH que, si bien no reconocen expresamente el derecho al cambio de sexo registral, recogen el presupuesto para su admisión, esto es, el reconocimiento del derecho a la 'identidad de género', como una identidad conformada por elementos distintos al biológico (psicológicos, sociales y culturales), no han sido consideradas en la sentencia en mayoría, la que más bien ha adoptado una tesis contraria a esta doctrina convencional: la de que el Derecho solo puede admitir el sexo biológico como elemento configurador de la identidad sexual de una persona. En conclusión, bien puede decirse que la sentencia en mayoría no solo contiene una fundamentación claramente inconvenional, sino que ella misma resulta contraria a las obligaciones internacionales que el Estado peruano ha asumido en materia de protección de derechos humanos al desconocer el 'derecho identidad de género' como

derecho conforme del ordenamiento jurídico peruano(Voto singular de los magistrados Mesía Ramírez y Eto Cruz en la STC 0139-2013-AA/TC).

Es importante resaltar el reconocimiento por parte de estos magistrados de la fuerza vinculante de las interpretaciones que el Comité hace de la CEDAW, a través de sus recomendaciones generales, aunque dicho convencimiento no es recogido en la sentencia misma.

En una sentencia posterior (STC 06040-2015-PA-TC), también sobre cambio de sexo, la magistrada Ledesma Narváez, en el fundamento de su voto invoca de manera indirecta la CEDAW, al citar un documento de la OEA en que se hace alusión a la Convención para diferenciar los conceptos «sexo» y «género» como se analizará posteriormente.

2.1.4. Tipo de invocación hecha de la CEDAW

Del análisis precedente, se deduce claramente que la CEDAW ha sido invocada con diferentes propósitos. En unos casos, ha sido invocada para ampliar las fronteras de los derechos humanos reconocidos expresamente en la Constitución, beneficiando así a hombres y mujeres peruanas, como es el caso del derecho al agua potable y saneamiento; en otros casos ha sido invocada cuando están en juego derechos humanos de las mujeres, especialmente en relación con el ámbito reproductivo, y una tercera invocación cuando se trata de discriminación por género en casos que no atañen directamente a las mujeres.

2.1.4.1. CEDAW fue invocada por violación de derechos humanos de manera general

Al respecto, nos parece interesante que en dos de estos casos, la mención a la CEDAW se haya dado de manera genérica como parte del cuerpo de tratados de derechos humanos que el Tribunal Constitucional tiene en su consideración al momento de resolver, sin que en dichos casos se hayan presentados violaciones específicas al derecho a la igualdad entre hombres y mujeres

Así en el Exp. N° 3081-2007-PA/TC, sobre un caso de violación al derecho a la salud, en particular la salud mental de una mujer con discapacidad, luego de citar una amplia variedad de instrumentos internacionales

referidos tanto al derecho a la salud como a la protección de las personas con discapacidad, el Tribunal Constitucional expresa:

33. A estos instrumentos internacionales se suman otros que, si bien son importantes y a los cuales este Colegiado les ha deparado especial reflexión, dada la naturaleza del caso sub judice, no es posible más que su simple enumeración: Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (STC 3081-2007-PA/TC).

Una segunda invocación, podemos encontrarla en el Exp. N° 0032-2010-PI/TC, que busca la inconstitucionalidad de la prohibición de fumar en establecimientos dedicados a la salud o a la educación, en las dependencias públicas, en los interiores de los lugares de trabajo, en los espacios públicos cerrados y en cualquier medio de transporte público. En este caso, el Tribunal Constitucional menciona a la CEDAW como tratado de derechos humanos, sin citar ningún artículo específico, pero señalando que:

69. (...) la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, es un tratado sobre derechos humanos, que precisa determinados alcances del derecho a la igualdad de género, exigiendo a los Estados partes la adopción de determinadas medidas para efectivizar su protección, aunque no reconozca al derecho por primera vez (...) (STC 0032-2010-PI/TC).

45

Esta referencia nos parece de especial interés, porque en ella el Tribunal Constitucional afirma claramente su concepción de la CEDAW como un tratado que no reconoce derechos nuevos sino que precisa de los alcances de derechos ya reconocidos en otros instrumentos internacionales, para garantizar la igualdad de género y efectivizar una protección específica a las mujeres.

La tercera invocación de la CEDAW por violación de derechos humanos en general, la encontramos en la sentencia que recae en el Exp. N° 00666-2013-PA/TC, referido al derecho al agua potable y al desagüe. A diferencia de las dos sentencias anteriores que invocan a la CEDAW sin citar un artículo específico, en el caso de esta sentencia, la cita a la CEDAW es porque esta convención es uno de los pocos tratados internacionales que específicamente menciona al derecho al agua potable y por eso se le incluye en la lista de instrumentos internacionales relevantes. Así, el Tribunal Constitucional establece que:

6. *El derecho de acceso al agua potable y a los servicios de saneamiento se encuentra reconocido implícitamente en algunos tratados internacionales sobre derechos humanos. Así, tenemos el inciso h) del artículo 14.2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, cuyo texto dispone que toda mujer tiene derecho a gozar “de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua” (STC 00666-2013-PA/TC).*

Esta jurisprudencia es especialmente interesante, por cuanto el TC utiliza la CEDAW para ampliar los márgenes de protección de los derechos humanos, en particular del derecho al agua, en nuestro ordenamiento jurídico.

5. (...) *En este sentido, corresponde reiterar que el derecho de acceso al agua potable y a los servicios de saneamiento, si bien no se encuentra reconocido expresamente en la Constitución, tiene su fundamento en su artículo 3° por cuanto está relacionado “directamente a valores tan importantes como la dignidad del ser humano y el Estado Social y Democrático de Derecho” (STC 6534-2006-PAJTC y 6546-2006- PA/TC) (STC 00666-2013-PA/TC).*

Es decir, este es un claro ejemplo de lo que en otras sentencias el TC ha establecido en relación con la Constitución de 1993, que contiene un *numerus apertus* de derechos constitucionales, que pueden complementarse con otros de naturaleza análoga, con fundamento en tratados internacionales sobre derechos humanos, como lo es la CEDAW. Al respecto, podemos citar las sentencias STC 025-2005-PI/TC y STC 026-2005-PI/TC:

30. Los “derechos de naturaleza análoga” pueden estar comprendidos en cualquier otra fuente distinta a la Constitución, pero que ya conforma el ordenamiento jurídico. Dentro de las que pudieran identificarse como tal, no cabe duda que se encuentran los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado peruano es parte. En efecto, si en las fuentes de nuestro ordenamiento jurídico se indaga por aquella donde se pueda identificar derechos que ostenten ‘naturaleza análoga’ a los derechos que la Constitución enuncia en su texto, resulta indudable que tal fuente reside, por antonomasia, en los tratados internacionales sobre derechos humanos que conforman nuestro ordenamiento jurídico. En consecuencia, dichos tratados, todos ellos de consuno, enuncian derechos de naturaleza ‘constitucional’.

Hasta aquí, podemos decir que el TC –en sentencias no directamente relacionadas con casos de discriminación contra la mujer– ha reconocido a la CEDAW como parte de los tratados fundamentales de derechos humanos, que si bien no reconoce derechos nuevos si precisa los alcances de derechos ya reconocidos en otros instrumentos internacionales, de manera que sirve para fundamentar derechos no reconocidos expresamente en nuestra constitución pero que forman parte de los derechos humanos que deben ser protegidos por nuestro ordenamiento jurídico.

2.1.4.2. CEDAW fue invocada de manera específica por posible discriminación contra la mujer.

De entre los siete expedientes en los que la CEDAW es invocada en situaciones de posible discriminación contra la mujer, seis de ellos guardan relación con la decisión reproductiva de la mujer, a saber, tener o no tener hijos e hijas, acceso a anticonceptivos, despido o separación de escuela por embarazo, licencia por maternidad y uno de ellos guarda relación con derechos pensionarios, una situación de discriminación por resultado, dado que la ley en cuestión afectaba desproporcionalmente a un grupo de mujeres.

47

Si analizamos con mayor detalle, podemos decir que la CEDAW es claramente invocada en los fundamentos de las sentencias del Tribunal Constitucional para reconocer los derechos de la mujer derivados de su maternidad: despido por embarazo (STC 05652-2007-PA/TC), licencia por maternidad (STC 00388-2013-PA/TC) y reincorporación de cadete que fue dada de baja por embarazo (STC 01423-2013-PA/TC); o por lo menos reconocer la no justificación de una medida como el despido si la mujer está embarazada (STC 0206-2005-PA/TC). Mientras que en los casos que se han ventilado en relación con el derecho a decidir no tener más hijos, como son los casos relativos a la AOE (STC 7435-2006-PC/TC y STC 02005-2009-PA/TC), la sentencia no recoge a la CEDAW en sus fundamentos, sino que esta es más bien invocada de manera particular por los magistrados, ya sea para fundamentar su voto o para dejar constancia de un voto singular.

Por último, en el Exp. N° 004-2000-AI/TC que abordaba el caso de los derechos pensionarios a personal de la sanidad de la Policía Nacional, lo que claramente configuraba una violación del artículo 2 de la CEDAW, porque la Ley 29960 tenía un impacto sobredimensionado en las mujeres de la sanidad de

las fuerzas policiales y por tanto resultaba discriminatoria, como lo afirmara la Defensoría del Pueblo en su demanda, la sentencia no recoge este argumento aunque declara inconstitucional determinados artículos de la citada ley.

Dicho de otra manera, en los casos que afectaban los derechos humanos de las mujeres, el Tribunal Constitucional peruano solo ha invocado la CEDAW como fundamento de sus sentencias cuando estos derechos estaban referidos a la maternidad para proteger a la madre, tanto antes como después del parto.

En este análisis resulta especialmente relevante detenernos en la sentencia que recae en el Exp. N° 05652-2007-PA/TC. El caso aborda una situación de discriminación por razón de sexo, dado que la demandante alega haber sido despedida cuando puso en conocimiento de la institución empleadora su embarazo. En su análisis, el TC se plantea un abordaje muy interesante desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos. Así, establece que:

48

9. Pues bien, teniendo presente que la cuestión que se plantea en el presente proceso de amparo consiste en determinar la existencia de un despido discriminatorio por razón de sexo, motivado por el embarazo y consiguiente maternidad de la recurrente, este Tribunal Constitucional considera necesario abordar las siguientes materias:

- a. La igualdad de derechos de hombres y mujeres en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
- b. La igualdad y obligación de no discriminación.
- c. La protección internacional de la mujer y sus derechos humanos.
- d. La discriminación y la igualdad en materia laboral.
- e. La discriminación por razón de sexo: el embarazo (STC 05652-2007-PA/TC).

Seguidamente, el TC profundiza en cada uno de estos puntos. Es de destacar que cuando aborda «la protección internacional de la mujer y sus derechos humanos», en primer lugar cita correctamente una serie de instrumentos internacionales como la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, la propia CEDAW y su Protocolo Facultativo. En segundo lugar, hace un interesante y minucioso análisis

de la CEDAW, que inicia con las implicancias de la definición de «discriminación contra la mujer» (artículo 1, CEDAW), la necesidad de acciones positivas, la prohibición internacional de la discriminación basada en el sexo, para luego –en un extenso acápite– abordar los derechos humanos de la mujer haciendo referencia –más allá del caso *sub litis*– a derechos tanto de la esfera política, social y económica, glosando para ello cada uno de los artículos de la CEDAW. Asimismo, desarrolla en otro acápite, las obligaciones que los Estados deben implementar para eliminar la discriminación contra la mujer, detallando para ello el artículo 2 de la Convención, y hace un recuento de las principales medidas que el Estado peruano había adoptado para eliminar la discriminación contra la mujer, tanto en la esfera pública como en la privada.

Es decir, en esta importante sentencia, el Tribunal Constitucional reconoce e incorpora a su jurisprudencia los principales estándares de derechos humanos introducidos por la CEDAW y concluye que:

29. Por lo tanto, la prohibición internacional de discriminación basada en el sexo busca promover la igualdad real de las mujeres. Acorde con este propósito, el Estado peruano ha asumido la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para aplicar el principio de la igualdad entre el hombre y la mujer o para remover los obstáculos que impiden el ejercicio pleno del derecho a la igualdad; de dar a las mujeres oportunidades de entablar acciones y pedir protección frente a la discriminación; de tomar las medidas necesarias para eliminar la discriminación tanto en la esfera pública como en el ámbito privado; y de adoptar medidas de acción positiva para acelerar la igualdad de hecho entre el hombre y la mujer (STC 05652-2007-PA/TC).

49

Lamentablemente, dicha jurisprudencia es poco citada posteriormente por el propio Tribunal Constitucional.

2.1.4.3. CEDAW fue invocada por posible discriminación por género

En cuanto a la invocación de la CEDAW en sentencias relacionadas a discriminación por género, podemos encontrar dos relativas a personas transsexuales. En efecto, la recaída en el Exp. N° 00139 2013-PA/TC, en donde –como analizamos anteriormente– el magistrado Mesía Ramírez sustentó un voto singular contrario a la sentencia de la mayoría, y en el que cita al Comité CEDAW en su interpretación sobre la diferencia entre sexo y género,

recogida en la Recomendación General N° 28 relativa al artículo 2 de la CEDAW. En el mismo voto, Mesía Ramírez, sustenta el derecho a la identidad de género, basándose –entre otros– en un documento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que, a su vez, cita al Comité CEDAW:

16. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe ‘Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: Algunos términos y estándares relevantes’, encargado mediante resolución de la Asamblea General d la OEA, AG/RES. 2653 (XLI-O/11), ha explicado esta diferencia de la siguiente manera:

17. La diferencia entre sexo y género radica en que el primero se concibe como un dato biológico y el segundo como una construcción social. El Comité de Naciones Unidas que monitorea el cumplimiento con la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer ha establecido que el término ‘sexo’ se refiere diferencias biológicas entre el hombre y la mujer mientras que el término ‘género’ refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre, y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas (voto singular del magistrado Mesía Ramírez, STC 00139 2013-PA/TC).

50

Si bien, en esta sentencia, el Tribunal Constitucional no se pronuncia a favor de los derechos del transexual, en la sentencia recaída en el Exp. N° 06040-2015-PA/TC, resuelve dejar sin efecto la doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia del Exp. N° 00139 2013-PA/TC y reconocer la afectación de sus derechos fundamentales cuando se impide a estas personas el cambio de nombre y de sexo en sus documentos de identidad. En esta última sentencia y como fundamento del voto de la magistrada Ledesma Narváez, encontramos nuevamente la referencia a la CEDAW, a través de una cita del párrafo 17, similar a la hecha anteriormente por el magistrado Mesía Ramírez del documento «Orientación Sexual, Identidad de Género y Expresión de Género: algunos términos y estándares relevantes», encargado mediante resolución de la Asamblea General d la OEA, AG/RES. 2653 (XLI-O/11).

En suma, podemos decir que la CEDAW ha sido invocada –de manera indirecta– en fundamento de votos o votos singulares en las sentencias del TC para fundamentar el derecho a la identidad de género y la afectación a los derechos fundamentales de las personas transexuales: el derecho al cambio de nombre y de sexo en sus documentos de identidad.

2.2. Artículos de la CEDAW que fueron invocados

En relación con los artículos de la CEDAW más invocados, tenemos que, curiosamente, el artículo 10 relativo a la no discriminación para el goce efectivo del derecho a la educación es el más citado, con cuatro invocaciones: STC 7435-2006-PC/TC; STC 05652-2007-PA/TC; STC 02005-2009-PA/TC y STC 01423-2013-PA/TC; seguido del derecho al matrimonio y la familia: STC 7435-2006-PC/TC; STC 05652-2007-PA/TC y STC 02005-2009-PA/TC; el derecho al empleo: STC 0206-2005-PA/TC; STC 05652-2007-PA/TC; STC 00388-2013-PA/TC y el artículo 2 relativo a medidas de política para la no discriminación: STC 004-2000-AI/TC; STC 05652-2007-PA/TC y STC 00139 2013-PA/TC, con tres menciones cada uno de estos derechos. Un dato curioso es que el artículo 12, relativo al derecho a la salud, no ha sido invocado en ninguna de las sentencias, a pesar de que en dos de ellas –las relativas a la AOE– este constituía una arista importante del análisis.

III. Principales hallazgos y perspectivas

En resumen, del análisis precedente podemos concluir que:

51

- La CEDAW es parte del ordenamiento interno peruano a través de diversos mecanismos: los informes periódicos que el Estado presenta y sobre los que el Comité se pronuncia; el sometimiento a su Protocolo Facultativo a través del cual el Comité conoce de casos individuales; y, la incorporación de sus estándares tanto en la justicia ordinaria cuanto en la constitucional.
- Si bien el Tribunal Constitucional peruano conoce y cita a la CEDAW en su jurisprudencia, son pocos los casos en los que se le invoca, la mayoría de ellos no es una referencia sustancial, aunque en algunos casos sí resulta importante su mención.
- El Tribunal Constitucional ha reconocido la CEDAW como parte de los tratados fundamentales de derechos humanos que, si bien no reconoce derechos nuevos, precisa los alcances de derechos ya reconocidos en otros instrumentos internacionales, y que forman parte de los derechos humanos que deben ser protegidos por nuestro ordenamiento jurídico.

- La CEDAW ha servido al Tribunal Constitucional para ampliar el catálogo de derechos amparados constitucionalmente, como es el caso del derecho al agua potable y saneamiento.
- La fuerza vinculante de las interpretaciones que el Comité CEDAW hace de la Convención a través de sus recomendaciones generales, es reconocida por los magistrados de manera individual en la sustentación de sus votos pero no en los fundamentos mismos de las sentencias.
- En los casos que afectaban los derechos humanos de las mujeres, el Tribunal Constitucional peruano solo ha invocado la CEDAW como fundamento de sus sentencias cuando estos derechos estaban referidos a la maternidad, para proteger a la madre tanto antes como después del parto.
- El Tribunal Constitucional peruano no fundamentó sus consideraciones en lo establecido por la CEDAW en ninguna de las sentencias relativas a la AOE, a pesar que –por el tenor de los fundamentos individuales o los votos singulares–, dicha argumentación fue parte de las deliberaciones de los magistrados y que justamente esta Convención da una especial relevancia a todo lo relativo a los derechos reproductivos de las mujeres.
- La invocación a la CEDAW no ha sido garantía para la ampliación de derechos de las mujeres necesariamente, sino que ha sido utilizada por un mismo magistrado para fundamentar votos contradictorios sobre el mismo tema.
- La CEDAW ha sido invocada –de manera indirecta– en fundamento de votos o votos singulares en las sentencias del Tribunal Constitucional para fundamentar el derecho a la identidad de género y la afectación a los derechos fundamentales de las personas transexuales, como lo son el derecho al cambio de nombre y de sexo en sus documentos de identidad.

Finalmente, si reconocemos que para la buena calidad de los sistemas de justicia se requiere que estos tengan en cuenta las cuestiones de género que afectan a las mujeres, resulta entonces urgente que nuestras cortes, y en particular el Tribunal Constitucional, aprovechen esta enorme ventana de oportunidades y utilicen a la CEDAW de una manera más sistemática como referente importante en la protección de los derechos humanos de las mujeres de nuestro país.