





REVISTA PERUANA DE  
DERECHO CONSTITUCIONAL



REVISTA PERUANA DE  
DERECHO CONSTITUCIONAL

# MUJER Y CONSTITUCIÓN

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES  

---

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ  
© CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES  
Los Cedros núm. 209 · San Isidro · Lima

REVISTA PERUANA DE DERECHO CONSTITUCIONAL  
MUJER Y CONSTITUCIÓN  
N° 10 · Nueva Época · Diciembre de 2017  
Director: Carlos Ramos Núñez  
Colaboradora: María Candelaria Quispe Ponce

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú: N° 2018-04064  
ISSN: 2222-0615

Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta  
obra sin el consentimiento expreso de los titulares del copyright.

Impreso en Perú  
Tiraje: 1000 ejemplares

Impresión: Servicios Gráficos JMD  
Av. José Gálvez 1549 · Lince  
Telf. (51 1) 472-8273  
ventasjmd@gmail.com

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
DEL PERÚ**

**Presidente**

Ernesto Blume Fortini

**Vicepresidente**

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera

**Magistrados**

Manuel Miranda Canales

Carlos Ramos Núñez

José Luis Sardón de Taboada

Marianella Ledesma Narváez

Augusto Ferrero Costa



**REVISTA PERUANA DE  
DERECHO CONSTITUCIONAL**

**Director**

Carlos Ramos Núñez

**Consejo Editorial**

Jimmy Marroquín Lazo

Nadia Iriarte Pamo

Susana Távara Espinoza

Edgar Carpio Marcos

Luis Sáenz Dávalos

Camilo Suárez López de Castilla

Berly López Flores

Javier Adrián Coripuna



## Contenido

CARLOS RAMOS NÚÑEZ <i>Presentación</i> .....	15
<b>Mujer y Constitución</b>	
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



## Presentación

CARLOS RAMOS NÚÑEZ

*Director General del Centro de Estudios Constitucionales  
y de la Revista Peruana de Derecho Constitucional*

**E**s desde todo punto innegable que, en nuestro país, la constitucionalización de los derechos de las mujeres fue un proceso arduo, disruptivo y, desde luego, inconcluso. Y es que desde el desconocimiento de su entidad como sujeto de derecho, pasando por la morosa y conflictiva incorporación de algunos derechos –como a sufragar y a participar en elecciones, aunque férreamente delimitados– hasta llegar, ahora, a la consagración de un significativo repertorio de garantías, este decurso impone la necesidad de que este proceso de constitucionalización se debata, se someta a escrutinio y, a partir de allí, pueda ser objeto de propuestas que mejor lo redefinan y lo impulsen; para que no solo esta nómina de derechos se acreciente, sino sobre todo para que la igualdad sea el espacio cotidiano de las relaciones entre mujeres y hombres. Este número 10 de la Revista Peruana de Derecho Constitucional (RPDC), órgano oficial del Tribunal Constitucional, asume la urgencia de este debate, y a través de su sección monográfica ha convocado a un valioso conjunto de juristas, magistradas y especialistas, las que, a través de documentados y rigurosos artículos, y desde luego, desde los más plurales puntos de vista, discuten y ponen en cuestión la doctrina y la jurisprudencia canónicas sobre el tema, o esclarecen la génesis de muchos derechos y develan su tortuosa historicidad; y, desde luego, proponen formas y mecanismos que propendan a la optimización de los derechos de las mujeres, bajo el anhelo compartido de garantizar la igualdad respetando las diferencias.

15

No debe omitirse que las mujeres fueron históricamente excluidas del proceso de creación e interpretación de las leyes –y, en general, del espacio público donde hallaban carta de residencia el poder y el prestigio–. En el ámbito constitucional, en una primera fase, esta exclusión, casi total, quedaría plasmada en las cartas fundamentales de los nacientes Estados modernos, así

como en las constituciones decimonónicas. En una segunda fase, posterior a la Segunda Guerra Mundial, se produjo, cuando menos, una formalización del igualitarismo constitucional entre hombres y mujeres, en especial, a través de la consagración del «principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo» en los textos constitucionales de Europa y América Latina.

La constitucionalización del «principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo», no ha sido pacífica; sus repercusiones se patentizan en el proceso de interpretación y aplicación de la norma suprema y, en general, en la motivación de las decisiones judiciales. Desde esta tesitura, la labor de los jueces no ha sido homogénea –ha sido en algunos casos regresiva, a decir verdad–, pero se advierten pronunciamientos que, sostenidos en una argumentación solvente y en una internalización del principio precitado, han contribuido a la difícil tarea –que esta está lejos de culminar– de erradicar la desigualdad y discriminación estructural que afecta a las mujeres. Igualmente importante es, sin duda, la utilización, tanto en sede judicial como en el Tribunal Constitucional, de la jurisprudencia de los tribunales y comités que controlan los tratados de derechos humanos, y de las normas internacionales especializadas en materia de derechos de las mujeres como la CEDAW y la Convención Belém Do Pará.

La sección monográfica, denominada «Mujer y Constitución», integrada por ocho artículos, inicia con el titulado «La CEDAW como marco de referencia de las sentencias del Tribunal Constitucional peruano», y en él la destacada jurista y exministra de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, Marcela Huaita Alegre, efectúa un escrutinio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en el dilatado periodo de 20 años; esto es, de 1996 a 2016. El objetivo de su análisis reside en indagar el uso que el Supremo Intérprete de la Constitución hace –en sus decisiones jurisdiccionales– de uno de los más importantes instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos de las mujeres: la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).

En el segundo artículo de la sección, «La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de igualdad y no discriminación: los casos de la Policía Nacional del Perú y las Fuerzas Armadas», Beatriz Ramírez Huaroto evalúa –a la luz del marco constitucional y los estándares internacionales de derechos humanos, universal e interamericano– seis pronunciamientos emitidos por el Alto Tribunal en casos de infracción del principio de igual-

dad y no discriminación por razones de embarazo (tres casos), paternidad y estado civil, acaecidos en las Escuelas de formación de la Policía Nacional del Perú y de las Fuerzas Armadas. Su examen se centra en determinar si el Tribunal Constitucional, en su proceso argumentativo, ha aplicado una de las herramientas fundamentales para la evaluación de los casos que involucran categorías sospechosas: el test de igualdad o principio de proporcionalidad.

Mosi Meza Figueroa, en su trabajo denominado «La protección constitucional de la madre en el ámbito laboral», examina con detalle el marco nacional e internacional de protección de los derechos de las madres en el ámbito laboral –mujeres que realizan simultáneamente trabajo productivo y reproductivo–; recurre con tal objetivo a la Constitución, a la legislación especializada en la materia y al Sistema Universal e Interamericano de protección de derechos humanos, centrándose especialmente en el Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre «Protección de la maternidad».

Colaboro con el cuarto trabajo de la sección, «El sufragio femenino: dudas, convicción y oportunismo», y en él, con ánimo historiográfico y crítico, procedo a situar la discusión sobre el sufragio femenino en dos ámbitos. En primer lugar, en el académico, analizo las tesis de licenciatura y doctorado de las Facultades de Derecho del Perú que, hacia finales del siglo XIX e inicios del XX, abordan el tema de los derechos civiles y políticos de las mujeres. En segundo lugar, en el político-legislativo, examino el debate que el sufragio femenino generó en la Asamblea Constituyente de 1931. Corroboro, así, el derrotero desigual, de idas y venidas, que ha sufrido la concreción de este derecho, y cómo ha supuesto la resistencia conservadora.

En el quinto trabajo de la sección, «Del silencio a la razón: argumentación sobre sufragio femenino en la Constituyente de 1931», María Soledad Bellido Angulo analiza el concepto de ciudadanía femenina desde los fundamentos de la exclusión, restricción e inclusión, propuestos en el debate constitucional de 1931, y cómo el reconocimiento de esta ciudadanía revela, en buena parte de nuestro constitucionalismo histórico, antes que un desarrollo de los principios del liberalismo –sobre todo el de igualdad, de proyección universal–, una tensión con las limitaciones que se fueron imponiendo al ejercicio pleno de la ciudadanía.

Susana Mosquera, en «Mujer y género en el derecho internacional de los derechos humanos», estudia minuciosamente la jurisprudencia de los

tribunales y comités que controlan los tratados de derechos humanos, con el objetivo de arrojar luz sobre las consecuencias que la sustitución del término «sexo» por «género» –originada en las ciencias sociales y en la academia– estaría generando en la protección de los derechos humanos de las mujeres. La premisa central de su examen es que la falta de consenso sobre el uso del término «género» y las dificultades para su aplicación transversal de la sociología al derecho, podría provocar un efecto distorsionador del bien jurídico al que están destinados esos tratados de derechos humanos.

La magistrada Gloria Poyatos i Matas, en «Sentencia pionera en España que define jurídicamente y aplica la técnica de ‘juzgar con perspectiva de género’», bajo el hilo conductor de la sentencia de la Sala Social del Tribunal de Justicia de Canarias de 7 de marzo de 2017, de la que es ponente, ofrece argumentos en favor de «juzgar con perspectiva de género». De acuerdo con la autora, esta técnica no sería solo una propuesta feminista, sino un mandato jurídico vinculante procedente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos de las Mujeres.

18

María Concepción Torres Díaz, en «El sustento constitucional de la impartición de justicia desde la perspectiva de género», pone de relieve las potencialidades del «género» como categoría de análisis jurídico en la interpretación y aplicación normativa; esboza su fundamentación constitucional y enfatiza la dimensión internacional del texto constitucional español. Esto último se derivaría de la obligación de que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

La sección «Miscelánea» de la revista empieza con el artículo de Edwin Figueroa Gutarra, «El matrimonio entre personas del mismo sexo. ¿Mito o realidad? Enseñanzas del caso Obergefell». Desde el prisma del caso de las enfermeras April de Boer y Jayne Rowse, el autor estudia los criterios del voto en mayoría –suscrito por las juezas Ruth Bader Ginsburg, Sonia Sotomayor y Elena Kagan, y los jueces Stephen Breyer y Anthony Kennedy– y los votos en disenso emitidos por los jueces John G. Roberts, Antonin Scalia, Clarence Thomas y Samuel Alito, en la sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos de América «Obergefell vs Hodges», de 28 de abril de 2015, que consagró la legalidad constitucional del matrimonio entre personas del mismo sexo.

En «La doctrina jurisprudencial vinculante y su desarrollo por el Tribunal Constitucional», Luis Sáenz Dávalos se aboca al estudio de una de las técnicas más relevantes destinadas al fortalecimiento de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. El objetivo central del autor es precisar el significado y delinear las características principales de la «doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante». Tarea ciertamente necesaria y no por ello menos compleja, que es efectuada por el autor a través de la distinción de esta figura jurídica con el precedente constitucional –que, a su entender, cuenta con pautas mejor estructuradas– y con la doctrina jurisprudencial derivada del Poder Judicial, la que, anota, se habría desarrollado de manera ortodoxa.

Francisco Celis Mendoza Ayma, en «Constitucionalización del proceso inmediato. Principio de proporcionalidad», examina con rigor la regulación jurídica del proceso inmediato por flagrancia y pone de manifiesto que la configuración de ‘trámite acelerado’ del proceso, a lo que se suma muchas veces una lectura literal de los dispositivos normativos por parte de los juzgadores, podrían dar lugar, eventualmente, a la vulneración de derechos fundamentales. En consecuencia, propone, como alternativa de solución, la constitucionalización del proceso inmediato y la aplicación del *test de proporcionalidad* desde una perspectiva dialéctica.

Óscar Díaz Muñoz, en «Laicidad e igualdad religiosa en la constitución peruana», se impone la tarea de precisar el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la igualdad religiosa. Con tal objetivo, revisa pormenorizadamente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia, y se interesa sobre todo en esclarecer el tránsito del Estado confesional al Estado aconfesional. Marco esencial que, a través del principio de laicidad, se presenta como el idóneo para la protección del derecho fundamental a la igualdad religiosa.

Berly López Flores en «El amparo contra laudos arbitrales», esboza el estado de la cuestión del amparo arbitral en el Perú. Pone énfasis en el cambio de conceptualización del recurso de anulación de laudo arbitral, y destaca que su punto de inflexión se sitúa en la «tesis jurisprudencial del recurso de anulación como vía igualmente satisfactoria al amparo», enunciada por el Tribunal Constitucional. Esta tesis reconfigura el instituto del amparo arbitral porque, en buena cuenta, determina el derrotero que tendría una demanda de amparo arbitral que se interponga en sede del Tribunal Constitucional.

En su artículo «El examen de tres niveles de los derechos fundamentales (*drei-schritt-prüfung*)», Jorge Luis León Vásquez sostiene que la resolución de casos relacionados a los derechos fundamentales, junto con el carácter de las disposiciones constitucionales –abstractas y generales–, conceden una amplia facultad a los intérpretes (jueces y legisladores), lo que puede acarrear la arbitrariedad y subjetividad. De acuerdo con el autor, el examen escalonado de tres niveles constituye una metodología que permite que la resolución de casos de derechos fundamentales sea controlable, en la medida en que exige una justificación robusta por parte de quien resuelve el caso.

Roric León Pilco en «El valor de la cosa juzgada constitucional en los procesos constitucionales de tutela de derechos», analiza el proceso de formación de la «cosa juzgada» en los procesos constitucionales de tutela de derechos y establece las diferencias de esta figura jurídica con el precedente vinculante. Parte de la premisa de que el Tribunal Constitucional constituye el órgano de clausura de la jurisdicción constitucional –porque no existe la posibilidad de impugnar sus decisiones–, y luego de ello procede a evaluar si la cosa juzgada constitucional puede ser modificada o rectificada por la jurisdicción internacional.

20

Como es habitual, la revista culmina con las secciones «Jurisprudencia comentada» (en la que se glosa sentencias relevantes expedidas por el Alto Tribunal), y «Reseñas» (recensiones de textos constitucionales de última publicación), realizadas por asesores jurisdiccionales y colaboradores de nuestra institución, todas de provechosa lectura.

Olympia de Gouges, hace más de 200 años, publicó su Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana (1791), vibrante texto que parodiaba la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789); exponía, allí, que la «ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos de la mujer son las únicas causas de las desgracias públicas y de la corrupción de los gobiernos»; podría moderarse una afirmación tan hiperbólica, pero no puede soslayarse, de ninguna manera, que la discriminación, las desigualdades y la opresión contra las mujeres, que continúan como un agravio a la dignidad humana, condenan a este mundo a ser perpetuamente injusto. Guardamos, pese a ello, una encendida esperanza, animada por la resistencia y lucha de las mujeres, de que esta iniquidad acabe; son estos textos de las autoras que nos honran con su colaboración –sin importar filiación de credo o ideológica–, testimonio de esa resistencia y esa lucha.

MUJER Y  
CONSTITUCIÓN



## 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**

**L**a 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 Culturales<sup>1</sup>), 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 reservas<sup>2</sup>.

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 Generales<sup>3</sup>, 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-

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> Para ver en detalle, consultar: <[goo.gl/bFcjw8](http://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 CEDAW<sup>4</sup>.

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 Perú<sup>5</sup>. 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-

---

<sup>4</sup> Las observaciones y recomendaciones se encuentran disponibles en el portal de Naciones Unidas: <[goo.gl/L9sFhX](http://goo.gl/L9sFhX)>.

<sup>5</sup> 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](http://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 leyes<sup>6</sup>.

## **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 2006<sup>7</sup>– a través del control de convencionalidad<sup>8</sup>. 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 escasa<sup>9</sup>. Dos investigaciones, entre otras, dan cuenta de esta situación.

<sup>6</sup> 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.

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

<sup>8</sup> 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>.

<sup>9</sup> 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 CEDAW<sup>10</sup>.

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.<sup>11</sup>

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

---

<sup>10</sup> 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.

<sup>11</sup> 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*<sup>12</sup>.

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»<sup>13</sup>. 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»<sup>14</sup>.

## **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](http://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 2016<sup>15</sup>.

### **2.1. Clasificación de sentencias**

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

---

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

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> 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.

<sup>15</sup> 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 mujer<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> 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»<sup>17</sup>, 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/

---

<sup>17</sup> 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 distribución<sup>18</sup>. 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 argumentación<sup>19</sup>.

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

<sup>18</sup> 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.

<sup>19</sup> 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 2009<sup>20</sup>, 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.

41

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.

---

<sup>20</sup> 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).

42

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 conformante 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).

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-PA/JTC y 6546-2006- PA/TC) (STC 00666-2013-PA/TC).*

46

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.

## La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de igualdad y no discriminación: los casos de la Policía Nacional del Perú y las Fuerzas Armadas

 BEATRIZ RAMÍREZ HUAROTO\*

### Sumario

**I.** Introducción. **II.** El principio-derecho a la igualdad y las categorías prohibidas de discriminación comprometidas. **III.** Las consecuencias de un enfoque desde el principio-derecho a la igualdad: el test de igualdad. **IV.** Las consecuencias de un enfoque desde el principio-derecho a la igualdad: inversión de la carga de la prueba. **V.** Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia. **VI.** Conclusiones.

### Resumen

Este trabajo analiza las sentencias del Tribunal Constitucional en casos de expulsión de la Policía Nacional del Perú y las Fuerzas Armadas por embarazo, maternidad y paternidad, y estado civil. Desde el marco constitucional y los estándares internacionales de derechos humanos, hace una evaluación de las tres medidas que intervienen de forma indebida en los derechos fundamentales, amparadas todas en normativa de ambos cuerpos armados: i) la exclusión y prohibiciones realizadas en razón del embarazo, ii) las asociadas a la maternidad y paternidad, y iii) las asociadas a la condición de no ser soltero/a. Se postula que aunque el Tribunal Constitucional ha tutelado los derechos vulnerados en los casos concretos, en su jurisprudencia hace falta un análisis que profundice las vulneraciones al principio-derecho de igualdad en razón de los motivos prohibidos de discriminación por sexo, situación familiar y estado civil a la luz del *test de igualdad* o *principio de proporcionalidad en el análisis de la infracción de la igualdad*, y prestando especial atención a la interseccionalidad de la discriminación. Además, se sostiene que es necesario fortalecer este plano argumentativo por las consecuencias que se desprenden, particularmente la aplicación de un *test estricto* y la carga de la prueba.

---

\* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Magistra en Derecho Constitucional por la misma universidad. Diplomada en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante y la PUCP. Docente de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, de la PUCP y de la Escuela de Posgrado de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón.

**Palabras clave**

Discriminación por sexo, test de igualdad, test de proporcionalidad, Policía Nacional del Perú, Fuerzas Armadas, Tribunal Constitucional.

**Abstract**

This paper analyzes the judgments of the Constitutional Court of Peru in cases of expulsion in the Peruvian National Police and Peruvian Armed Forces because of pregnancy, maternity or paternity, and marital status. Considering the constitutional framework and the international standards of human rights, this paper makes an assessment of three measures that infringe the people's fundamental rights, all of them covered by regulations of both police and armed forces: 1) the exclusion and prohibitions made because of pregnancy, 2) those associated to motherhood and fatherhood, and 3) those associated to the condition of being single or not. Although it is postulated that the Constitutional Court has protected the violated rights in concrete cases, its jurisprudence lacks an analysis that deepens on the violations to the principle right to equality on the prohibited grounds of discrimination by gender, family status and marital status, in the light of the test of equality or proportionality when analyzing the infringement of equality, and paying special attention to the intersectionality of discrimination. Additionally, it is postulated that it is necessary to strengthen this argumentative field because of the consequences which arise particularly in the application of a strict test and the burden of the proof.

54

**Keywords**

Sex discrimination, test of equality, test of proportionality, Peruvian National Police, Peruvian Armed Forces, Constitutional Court.

**I. Introducción<sup>1</sup>**

La igualdad en razón del sexo constituye una categoría protegida por el principio-derecho a la igualdad consagrado en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución. Sin embargo, se han denunciado casos de mujeres que han sido discriminadas en las Fuerzas Armadas (FFAA) y la Policía Nacional del Perú (PNP) con razón del embarazo, una situación que es intrínseca a la discriminación por sexo. En virtud de su normativa, los centros de formación de las FFAA y la PNP han expulsado a alumnas gestantes en una sanción vinculada directamente con una decisión personal como la maternidad, propia de su autonomía reproductiva. La misma sanción estaba prevista no solo con ocasión del embarazo y la maternidad, sino también respecto de la paternidad y en relación con el estado civil.

<sup>1</sup> Este trabajo está basado en la investigación realizada por la autora para el *amicus curiae* que el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, institución de cuyo equipo técnico formó parte, presentó en el Expediente N° 01423-2013-PA/TC.

A la fecha, el Tribunal Constitucional (TC) se ha pronunciado en seis casos de expulsión por embarazo, maternidad y paternidad en el ámbito de la PNP y las FFAA. En la PNP, con ocasión de las primeras sentencias sobre la materia, se ha concretado un cambio normativo, aunque como reporta la Defensoría del Pueblo, se han presentado denuncias aún después de las reformas realizadas<sup>2</sup>. Así, en el Decreto Legislativo N° 1151, Ley del Régimen Educativo de la Policía Nacional del Perú, publicado el 11 de diciembre de 2012, se prohibió expresamente que la gestación, maternidad o paternidad de los alumnos, alumnas o cadetes pueda motivar cualquier tipo de sanción, restricción o la separación definitiva de las escuelas de formación de la PNP<sup>3</sup>.

Si bien la publicación de dicha norma representó un avance importante, aún subsisten aspectos con contenido discriminatorio en su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 009-2014-IN, publicado el 7 de setiembre de 2014. En esta norma, artículos 37.2.a.1, 37.2.b.1 y 40, se establece un período de suspensión por gestación y maternidad que no puede ser mayor a dos años ni menor de dieciocho meses, plazo fijo que no prevé la opinión de la alumna o cadete, ni su situación médica, ni académica con la posibilidad de que curse asignaturas que no demanden un esfuerzo físico que pueda resultar perjudicial<sup>4</sup>. Asimismo, otro aspecto que preocupa de la

---

<sup>2</sup> Entre otros, DEFENSORÍA DEL PUEBLO, Nota de prensa N° 002/2014/OCII, de 6 de enero de 2014, disponible en <goo.gl/AJA6HB>; y Nota de prensa N° 290/OCII/DP/2012, de 30 de noviembre de 2012, disponible en <goo.gl/Cpvjqn>.

<sup>3</sup> Artículo 19.- Estudiantes.

Son los cadetes, alumnos y participantes que han cumplido los requisitos de admisión establecidos para cada una de las escuelas integrantes del Régimen Educativo de la Policía Nacional del Perú. Sus derechos, obligaciones, sistema de evaluación, régimen disciplinario y estímulos, son normados en los reglamentos correspondientes.

No puede restringirse o limitarse la permanencia ni retirarles la condición de alumno, alumna o cadete de las Escuelas de Formación de la Policía Nacional del Perú por motivos de gestación, maternidad o paternidad.

Los supuestos previstos en el párrafo anterior no pueden ser empleados como causales de sanción o separación definitiva de las Escuelas de Formación de la Policía Nacional del Perú.

<sup>4</sup> Artículo 40.- Procedimiento académico y plazos para la cadete o alumna gestante.

Para el caso de la cadete o alumna gestante se seguirán los procedimientos siguientes:

a. Es obligación de la cadete o alumna que resulte embarazada durante el proceso de formación policial, informar de su estado de gestación a la dirección de la escuela respectiva, la cual deberá recabar el informe médico en la dependencia de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional del Perú que corresponda.

b. Verificado el estado de gestación, la administración de la escuela expide la respectiva orden de suspensión de actividades académicas en forma inmediata, por un período máximo de dos (02) años, mediante resolución directoral de la escuela respectiva. El plazo mínimo de suspensión otorgado es de dieciocho (18) meses, pudiendo la cadete o alumna solicitar un plazo adicional que, sumado al anterior, no supere el período máximo de dos años establecido en el artículo 14 del Decreto Legislativo N° 1151.

reglamentación es el artículo 37.2 que impide que una persona que tenga un hijo o hija pueda postular a las Escuelas de Formación de la Policía Nacional del Perú<sup>5</sup>.

En el caso de las FFAA también existe una norma con contenido discriminatorio sobre el particular. Se trata del Reglamento Interno de los Centros de Formación de las Fuerzas Armadas, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2010-DE-SG, publicado el 11 de enero de 2010 y aprobado un año después de que el TC estableciera su primera sentencia fundada en un proceso por la separación de cadetes por estado de embarazo<sup>6</sup>. Los artículos 26.b, 26.c, 40.b, 42 y 135.a del reglamento establecen que el estado de gestación de una alumna es una causal de no admisión, causal para darle de baja a una alumna por inaptitud psicofísica de origen psicosomático, y que la maternidad, la paternidad y la no soltería son causales de no admisión y de pérdida de la condición de alumna/o<sup>7</sup>.

c. En caso de que no se produzca el nacimiento, la cadete o alumna puede solicitar su reincorporación, siempre que hayan transcurrido dos (02) meses contados desde la fecha de la pérdida del embarazo.

d. Expedida la orden de suspensión de actividades académicas, la cadete o alumna, abandonará la escuela respectiva en compañía de sus padres o apoderados, formulándose las actas siguientes: recepción de prendas policiales, armamento, munición, enseres, documentación y otras que fueran necesarias.

e. Encontrándose en proceso de suspensión de actividades académicas, la cadete o alumna continúa sujeta a las disposiciones del régimen administrativo y disciplinario de la Escuela de Formación.

f. Cumplido el periodo de suspensión de actividades académicas, establecido en el literal b. del presente artículo, la cadete o alumna, dentro de los diez (10) días calendario siguientes, puede solicitar por escrito su reincorporación a la respectiva Escuela de Formación. De no hacerlo, será separada definitivamente por causal académica, al no manifestar su voluntad de reincorporarse y culminar su formación.

g. Para su reincorporación debe aprobar las evaluaciones de aptitud médica, somática y psicológica a cargo de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional del Perú; y aptitud física, a cargo de la Escuela de Formación respectiva.

h. Aprobadas las evaluaciones indicadas en el numeral precedente, la cadete o alumna es reincorporada a la respectiva Escuela de Formación, al semestre académico que le corresponde.

<sup>5</sup> 37.2. Los requisitos aplicables al ingreso a las Escuelas de Formación son los siguientes:

a. Requisitos para la Escuela de Oficiales:

1. Estar soltero(a), sin hijos, ni dependientes directos.[...]

b. Requisitos para las Escuelas de Educación Superior Técnico Profesional.

1. Estar soltero(a), sin hijos, ni dependientes directos.

<sup>6</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 05527-2008-HC/TC.

<sup>7</sup> Artículo 26.- De los Requisitos.

Son requisitos para los postulantes a los Centros de Formación los siguientes:

a) Ser peruano (a) de nacimiento o haber nacido en el extranjero de padre o madre.

b) Ser soltero (a), sin hijos, ni dependientes directos.

c) No encontrarse en estado de gestación durante el Proceso de Admisión.

El presente trabajo analiza las tres medidas que se consideran que intervienen de forma indebida en los derechos fundamentales de las personas a propósito de su integración a las FFAA y la PNP en virtud de esta normativa: i) la exclusión y prohibiciones realizadas en razón del embarazo, ii) la exclusión y prohibiciones asociadas a la maternidad y paternidad, y iii) la exclusión y prohibiciones asociadas a la condición de no ser soltero/a.

Para la argumentación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 55° y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y en la jurisprudencia constitucional<sup>8</sup>, se hará referencia al conjunto de estándares internacionales pertinentes, lo que incluye los tratados sobre derechos humanos, así como los estándares que se desprenden de las decisiones e interpretaciones adoptadas por los órganos constituidos según tratados de derechos humanos de los que el Perú es parte. Desde este marco se hará una evaluación de las sentencias del TC en casos respecto de supuestos de expulsión por embarazo, maternidad y paternidad de la PNP y las FFAA.

## **II. El principio-derecho a la igualdad y las categorías prohibidas de discriminación comprometidas**

57

El TC peruano ha destacado que «la igualdad, en tanto principio, es uno de los pilares del orden constitucional que permite la convivencia armónica en sociedad. Por su parte, la igualdad, en tanto derecho, implica una exigencia individualizable que cada persona puede oponer frente al Es-

---

Artículo 40.- De los requisitos para mantener la Condición de Cadete o Alumno

La condición de militar en formación del cadete y/o alumno de los Centros de Formación de las Fuerzas Armadas, está necesariamente condicionada a mantener los siguientes requisitos:

[...]

b) Estado civil, paternidad y maternidad.

[...]

Artículo 42.- Del estado civil, paternidad y maternidad.

Para obtener y mantener la condición de Cadete o Alumno en los Centros de Formación de las Fuerzas Armadas, se requiere cumplir con lo siguiente:

a) Ser soltero (a).

b) No haber tenido o tener hijo (a).

c) No encontrarse en estado de gestación.

Artículo 135.- Causales de origen Psicosomático.

Son causales de origen Psicosomático las siguientes:

a) Encontrarse en estado de gestación.[...]

<sup>8</sup> STC 0047-2004-AI/TC, fundamento 61; STC 0047-2004-AI/T, fundamento 26 al 33.

tado para que este lo respete, proteja o tutele»<sup>9</sup>. La importancia del principio de igualdad es tal que vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico<sup>10</sup>.

Por su centralidad el principio-derecho de igualdad y no discriminación está reconocido en todos los tratados de derechos humanos a través de cláusulas autónomas o subordinadas y abiertas o restringidas<sup>11</sup>. En el ejercicio de su función consultiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que «la no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos»<sup>12</sup>.

Asimismo, se ha establecido que «el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico»<sup>13</sup>. Este derecho-principio impone a los Estados la obligación de abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*, y, además, los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas<sup>14</sup>. En el trámite de los casos contenciosos, se han retomado estos aspectos, lo mismo que en la jurisprudencia constitucional nacional.

58

En el marco del principio-derecho de igualdad tienen especial relevancia las categorías o motivos prohibidos de discriminación, que son los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar; estas han evolucionado a través del tiempo pues no solo están contenidas en los tratados, sino en las decisiones de los órganos responsables del seguimiento de su cumplimiento<sup>15</sup>.

<sup>9</sup> STC 0606-2004-PA, fundamento 9.

<sup>10</sup> STC 0033-2007-PI/T, fundamento 57.

<sup>11</sup> Anne F. BAYESKY, «El principio de igualdad o no discriminación en el derecho internacional», en *Human Rights Law Journal*, Vol. 11, N° 1-2, pp. 3-8.

<sup>12</sup> CORTE IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003, párrafo 83.

<sup>13</sup> *Ibid.*, párrafo 101.

<sup>14</sup> *Ibid.*, párrafos 103-104.

<sup>15</sup> Ariel E. DULTZKY, «El principio de igualdad y no discriminación. Claroscuros de la jurisprudencia interamericana», en *Anuario de Derechos Humanos del Centro de Derechos Hu-*

Respecto de la primera medida identificada en este trabajo, la exclusión y prohibiciones realizadas en razón del embarazo, se destaca que este aspecto es consustancial al sexo femenino, pues aunque no todas las mujeres tengan embarazos a lo largo de su vida, solo las mujeres pueden quedar embarazadas. Por ello, debe reafirmarse el estándar constitucional por el cual cualquier distinción, exclusión o restricción de trato asociada al embarazo está íntimamente relacionada al «sexo» y, en consecuencia, está proscrita en virtud del artículo 2.2 de la Constitución<sup>16</sup>. Si bien esto ha sido anotado por el TC, no se ha aprovechado, a la fecha, la jurisprudencia para establecer las consecuencias jurídicas que se desprenden de valorar como discriminación por sexo a la discriminación con razón del embarazo, como se explicará más adelante.

Respecto de la segunda medida identificada, a saber, la exclusión y prohibiciones asociadas a la maternidad y paternidad, es necesario que ambos supuestos se valoren como parte de una categoría prohibida de discriminación, la de «situación familiar», que forma parte del artículo 2.2 de la Constitución en la expresión «o de cualquiera otra índole». La Observación General N° 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala que la situación familiar integra los motivos de discriminación que deben asimilarse dentro de la cláusula «otra condición social», y que tiene lugar cuando se establecen distinciones entre individuos por el hecho, entre otras cosas, de tener responsabilidades con hijos, hijas y personas a cargo<sup>17</sup>. Las normas aplicables en el caso bajo análisis se ajustan a ello.

Asimismo, respecto de la exclusión y prohibiciones asociadas a la maternidad y paternidad, debe subrayarse que existe una discriminación concurrente en razón del sexo pues la maternidad y la paternidad no son igualmente evidentes. La paternidad se establece solo en dos casos: cuando el padre admite voluntariamente hacer el reconocimiento de su hijo/a o cuando es declarado judicialmente como padre, mientras que la maternidad por sus implicancias biológicas es siempre obvia durante el embarazo, y también de

---

*manos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, núm. 3, pp. 16-24; Dinah SHELTON, «Prohibición de discriminación en el derecho internacional de los derechos humanos», en *Anuario de Derechos Humanos del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, núm. 4, pp. 30-35.

<sup>16</sup> STC 05527-2008-HC/TC, fundamento 9; STC 01151-2010-PA/TC, fundamento 3; STC 01423-2013-PA/TC, fundamentos 21-25.

<sup>17</sup> COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación General N° 20. «La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales»*, 2009, párrafo 31.

forma posterior por los cambios físicos que el embarazo trae asociados y que quedan como evidencia en el cuerpo de las mujeres. Anotado esto, entonces, debe valorarse que serán las mujeres a quienes siempre les afectará una restricción en razón de la situación familiar. Aunque el tratamiento similar de la maternidad y la paternidad aparenta ser neutro, no lo es porque implica por resultado un trato diferenciado entre mujeres y hombres.

En la Observación General N° 20, mencionada en el párrafo precedente, se indica que es discriminación indirecta aquella que se encuentra en leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras, pero que influyen de manera desproporcionada por los motivos prohibidos de discriminación (párrafo 10.b). Por lo expuesto, debe valorarse jurídicamente que las diferencias de trato basadas en la categoría prohibida de situación familiar (maternidad/paternidad) tienen adicionalmente un impacto diferenciado concurrente en razón del sexo. La jurisprudencia constitucional sobre diferencia de trato por maternidad/paternidad en la materia se ha basado mayoritariamente en la consideración del derecho al libre desarrollo de la personalidad<sup>18</sup>, y aunque ha considerado a la igualdad no ha profundizado en sus alcances en los términos expuestos.

60

Respecto de la tercera medida identificada, la exclusión y prohibiciones asociadas a la condición de no soltería, es necesario que se valore como distinciones contrarias a la categoría prohibida de «estado civil», parte del artículo 2.2 de la Constitución en la expresión «o de cualquiera otra índole». La Observación General N° 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala que el estado civil es uno de los motivos de discriminación que deben asimilarse dentro de la cláusula «otra condición social» y que tiene lugar cuando se establecen distinciones entre individuos por el hecho, entre otras cosas, de estar casados o no (párrafo 31). La jurisprudencia constitucional sobre la materia a la fecha hace referencia tangencial a la condición de estado civil<sup>19</sup>.

Es relevante que las tres medidas de intervención en los derechos fundamentales sean analizadas como transgresiones a las categorías prohi-

---

<sup>18</sup> STC 05527-2008-HC/TC, de 11 de febrero de 2009, fundamento 22; STC 01151-2010-PA/TC de 30 de noviembre de 2010, fundamento 9; STC 01126-2012-PA/TC de 6 de marzo de 2014, fundamentos 18 al 20; STC 01423-2013-PA/TC, de 9 de diciembre de 2015, fundamentos 31-33. STC 01406-2013-PA/TC de 30 de marzo de 2016, fundamentos 7-14.

<sup>19</sup> STC 01406-2013-PA/TC, fundamento 15.

bidat de discriminación de «sexo», «situación familiar» y «estado civil» por las consecuencias jurídicas que de ello se desprenden. En este punto interesa concluir que si bien el artículo 2.2 de la Constitución señala en su literalidad que «nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole», esta enumeración debe ser interpretada de forma amplia.

El TC ha señalado a propósito del artículo 2.2 que «de la expresión ‘de cualquier otra índole’, el constituyente ha deseado elaborar una cláusula de carácter indeterminado que sea pasible de amoldarse a los tiempos y que pueda reconocer nuevos supuestos de especial tutela»<sup>20</sup>. Esta es la interpretación que se desprende de la jurisprudencia interamericana<sup>21</sup> y de los estándares del Sistema Universal de Derechos Humanos<sup>22</sup>. Por tanto, en los alcances del artículo 2.2 de la Constitución deben entenderse comprendidas las categorías prohibidas de «situación familiar» y «estado civil», junto con la de «sexo» que es explícita en la disposición.

A propósito de las diferencias de trato basadas en el embarazo, es preciso notar que están íntimamente vinculadas a estereotipos de sexo<sup>23</sup>, en tanto se basan en preconcepciones respecto de las características físico-biológicas de las mujeres: se desvaloriza el embarazo pues se le valora como una desventaja física frente a los hombres.

Asimismo, en relación a la maternidad y la paternidad, se puede apreciar cómo la diferencia de trato se basa en un imaginario social en el cual el policía y el militar ideales no tienen responsabilidades familiares que atender. Y ese sesgo, aunque se extiende a madres y padres, afecta más a las mujeres en tanto que por los estereotipos sobre los roles sexuales<sup>24</sup>, es decir, las nociones sobre los comportamientos apropiados que se asocian a mujeres y hombres, suele esperarse de las mujeres mayor proclividad al cuidado de hijos e hijas.

---

<sup>20</sup> STC 01153-2013-PA/TC, fundamento 4.

<sup>21</sup> CORTE IDH, *Caso «Atala Ríffo y niñas» vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia de 24 de febrero de 2012, párrafos 83-85.

<sup>22</sup> COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación General N° 20. «La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales»*, 2009, párrafos 27-35.

<sup>23</sup> Rebecca J. COOK y Simone CUSACK, *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*, Bogotá, Profamilia, 2010, p. 29.

<sup>24</sup> Rebecca J. COOK y Simone CUSACK, *Op. cit.*, p. 33.

Por ello, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW en sus siglas en inglés), señala en su artículo 1 que la discriminación contra las mujeres «denotará toda distinción, exclusión, restricción basada en el sexo que tenga como 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 esfera». Y el artículo 5 señala que es una obligación de los Estados «modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y 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». Este artículo releva también la necesidad de que se promueva «una comprensión adecuada de la maternidad como función social» y «el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos».

62

En los casos presentados en las escuelas de formación de las FFAA y la PNP es importante atender también a la discriminación múltiple, pues algunas personas o grupos sufren discriminación por más de uno de los motivos prohibidos. Esa discriminación acumulativa afecta a las personas de forma especial y concreta, y merece particular consideración y medidas específicas para combatirla<sup>25</sup>. En muchos de los casos de alumnas/os y estudiantes de las escuelas de formación de las FFAA y la Policía las víctimas son adolescentes. La edad es un motivo prohibido de discriminación en diversos contextos. Las niñas, niños y adolescentes tienen en todos los tratados de derechos humanos el derecho a una atención especial. El interés superior del niño/a es un derecho en sí mismo, un principio y una norma de procedimiento y debe ser considerado en las afectaciones al derecho-principio de igualdad<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación General N° 20...*, *op. cit.* párrafo 17.

<sup>26</sup> COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación General N° 14. «Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial»*, 2013, párrafos 1-71. Estos estándares se han incorporado en la normativa nacional también por medio de la Ley N° 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, de 17 de junio de 2016.

### III. Las consecuencias de un enfoque desde el principio-derecho a la igualdad: el test de igualdad

Que las medidas de intervención en los derechos fundamentales se analicen a la luz de las categorías prohibidas de discriminación de «sexo», «situación familiar», «estado civil» y «edad», está relacionado con la aplicación del *test de igualdad* o *principio de proporcionalidad en el análisis de la infracción de la igualdad* conforme ha sido delineado por la jurisprudencia constitucional peruana<sup>27</sup>. Este no ha sido usado en ninguno de los casos previos sobre la materia resueltos por el Tribunal. Se considera que es relevante que se haga uso de este procedimiento en tanto coadyuva a clarificar la argumentación constitucional para casos de discriminación.

Conforme a la jurisprudencia del supremo intérprete de la Constitución a nivel nacional<sup>28</sup>, los pasos que se han de efectuar en el *test de igualdad* o *principio de proporcionalidad en el análisis de la infracción de la igualdad* son los siguientes:

- i) Determinación del tratamiento legislativo diferente: la intervención en la prohibición de discriminación.
- ii) Determinación de la «intensidad» de la intervención en la igualdad.
- iii) Determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin).
- iv) Examen de idoneidad.
- v) Examen de necesidad.
- vi) Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

Sobre el primer paso, se ha señalado que debe identificarse un término de comparación o *tertium comparationis*<sup>29</sup>. La Observación General N° 20 destaca cómo hay discriminación directa en aquellos actos u omisiones que no tienen una situación similar comparable como el embarazo, con lo que se tiene discriminación directa en razón del sexo<sup>30</sup>. Asimismo, conforme a lo

---

<sup>27</sup> STC 045-2004-PI/TC, fundamentos 31-41; STC 06626-2006-PA/TC, fundamento 45; STC 02437-2013-PA/TC.

<sup>28</sup> Entre otras, STC 045-2004-PI/TC, fundamento 33.

<sup>29</sup> STC 06626-2006-PA/TC, fundamento 45.1.

<sup>30</sup> COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación General N° 20... op. cit.*, 2009, párrafo 10.a.

señalado previamente, debe valorarse que las diferencias directas en razón de situación familiar (maternidad/paternidad) aunque son neutras en apariencia, tienen consecuencias diferenciadas por sexo lo que implica evaluar una discriminación indirecta concurrente por este motivo prohibido. Por último respecto, el estado civil es el parámetro por el cual se hace diferencia directa entre personas solteras y casadas.

En cuanto al segundo paso, conviene resaltar que, en este marco, la identificación de motivos proscritos por la Constitución que además tengan como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho fundamental determina una *intensidad grave* en la intervención en la igualdad<sup>31</sup>. La determinación de la intensidad «es una variable que debe ser empleada en el análisis del principio de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto». De un lado «en el análisis del subprincipio de necesidad se ha de proceder a una comparación entre las intensidades de la intervención del medio adoptado por el legislador y del medio hipotético para, según ello, examinar si este último es de menor intensidad o no respecto al primero. Por otra parte, en el examen de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, la intensidad de la intervención en la igualdad constituye una variable que ha de compararse con la intensidad o grado de realización u optimización del fin constitucional»<sup>32</sup>.

64

En la doctrina comparada, a propósito de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, se ha señalado que la identificación de un/ unos motivo/s prohibido/s de discriminación con incidencia en derechos fundamentales determina que la evaluación en el test de igualdad sea un escrutinio de carácter estricto<sup>33</sup>. La jurisprudencia internacional interamericana señala que en relación con los motivos prohibidos de discriminación debe aplicarse un test estricto de la diferenciación<sup>34</sup> y que la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso.

<sup>31</sup> STC 045-2004-PI/TC, fundamento 35.a; STC 06626-2006-PA/TC, fundamento 45.2.a

<sup>32</sup> STC 045-2004-PI/TC, fundamento 36.

<sup>33</sup> Carlos BERNAL PULIDO, «El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana», en VEGA GÓMEZ, Juan y CORZO SOSA, Edgar (coords.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 70.

<sup>34</sup> CORTE IDH, *Caso «Atala Riffo y niñas» vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia de 24 de febrero de 2012, párrafo 131.

En la materia de análisis, se ha señalado previamente que existen vulneraciones al principio-derecho de igualdad por tratamientos diferentes en razón de tres motivos prohibidos de discriminación:

- Exigencia de no estar embarazada: discriminación por sexo.
- Exigencia de condición de no maternidad ni paternidad: discriminación por situación familiar y por sexo.
- Exigencia de condición de soltería: discriminación por estado civil.

Asimismo, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia se ha señalado que existen diversos derechos fundamentales en juego: los derechos al libre desarrollo/desenvolvimiento de la personalidad, a la educación, y a la protección de la familia.

En la medida que se verifica que los tratamientos diferenciados están basados en motivos prohibidos de discriminación y que estos tienen incidencia en derechos constitucionales, entonces debe aplicarse el test de igualdad reconociendo la existencia de una intensidad grave, o lo que en el Derecho comparado e internacional se denomina como un test estricto de igualdad.

65

Sobre el tercer paso se requiere confrontar si se cumple o promueve un objetivo constitucional (estado de cosas o situación jurídica que se pretende alcanzar) y un fin constitucional (el derecho, principio o bien constitucional a cuya consecución se dirigía el tratamiento diferenciado). En ninguno de los casos resueltos previamente por el Tribunal Constitucional se hace un análisis en este sentido. Si se emprendiera, debería considerarse que no es razonable justificar las medidas restrictivas en la finalidad de la consolidación o fortalecimiento de las FFAA y la PNP como parte del Sistema de Defensa Nacional reconocido en los artículos 163-175 de la Constitución. En esta medida puede concluirse que no existe finalidad válida. En el marco de la jurisprudencia colombiana se destaca que aplicar un escrutinio estricto en razón de los motivos prohibidos de discriminación y los derechos en juego implica identificar un «objetivo constitucionalmente imperioso»<sup>35</sup>, lo que no se vislumbra en el caso concreto.

El cuarto paso, el examen de idoneidad, presupone que se haya identificado una finalidad legítima. Si se concede que en el presente caso es posible

---

<sup>35</sup> Carlos BERNAL PULIDO, «El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana», *op. cit.*, p. 71.

encontrar una finalidad válida relacionada con el fortalecimiento o consolidación de las FFAA y la PNP, se requiere demostrar que el trato diferenciado por razón de sexo en casos de embarazo, por razón de situación familiar y sexo en la diferencia por maternidad y paternidad y por razón de estado civil cuando se exige la condición de soltera/o tiene una relación lógica con su cumplimiento u obtención.

Si se alegara que lo que se busca resguardar en concreto es la capacidad física de las/los integrantes de las FFAA y de la PNP debe considerarse que para las mujeres no es un imposible tener un buen estado físico post-embarazo y que la paternidad, la maternidad y la condición de soltero/a no son determinantes para tener una óptima condición física.

Si se argumentara que en concreto se trata de resguardar la dedicación exclusiva que deben tener las/los cadetes y alumnas/os a su labor educativa, no queda claro cómo proscribir asumir responsabilidades familiares garantiza ello de forma idónea. En el marco de un escrutinio estricto se señala que evaluar la idoneidad implica que todo trato diferente debe ser «la medida más idónea para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso»<sup>36</sup>. Si no existe idoneidad entre el trato diferenciado y un fin constitucional entonces debe concluirse que la diferencia en torno al embarazo, la maternidad, la paternidad y la soltería no son constitucionales.

66

En quinto lugar, el examen de necesidad presupone la superación del paso previo e implica analizar si existen medios alternativos que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad. En este punto la jurisprudencia constitucional peruana señala que debe valorarse si la intensidad del medio hipotético es menor frente a la intensidad grave que está comprometida por haberse identificado criterios prohibidos de discriminación y afectación de derechos constitucionales. En el caso colombiano se indica que aplicar un escrutinio estricto implica que «para que un trato diferente sea necesario, no debe existir ninguna medida alternativa que revista la misma idoneidad para alcanzar el objetivo constitucionalmente imperioso, y que no implique una injerencia en el principio de igualdad o implique una injerencia de menor grado»<sup>37</sup>. En el caso concreto no se realiza el análisis porque se considera que las diferencias de trato en torno

<sup>36</sup> *Idem*.

<sup>37</sup> Carlos BERNAL PULIDO, «El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana», *op. cit.*, p. 72.

al embarazo, la maternidad, la paternidad y la soltería no son constitucionales desde los pasos previos.

En última instancia, el examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación implica que se evalúe que cuanto mayor es el grado de afectación al principio de igualdad, tanto mayor ha de ser el grado de optimización o realización del fin constitucional. En este punto la jurisprudencia constitucional peruana señala que debe valorarse la intensidad grave en la intervención en la igualdad cuando hay motivos proscritos de discriminación y derechos constitucionales en juego, para compararla con la intensidad o grado de realización u optimización del fin constitucional. Un análisis estricto de igualdad exigiría que «para que un trato diferente sea proporcional en sentido estricto, el grado de realización del objetivo constitucionalmente imperioso debe ser por lo menos equivalente al grado de afectación del principio de igualdad»<sup>38</sup>. Como en el paso previo, en el caso materia de estudio no se concreta el análisis porque se considera que las diferencias de trato en torno al embarazo, la maternidad, la paternidad y la soltería no son constitucionales desde antes.

#### **IV. Las consecuencias de un enfoque desde el principio-derecho a la igualdad: inversión de la carga de la prueba**

La relevancia de que las medidas de intervención en los derechos fundamentales se analicen a la luz del principio-derecho a la igualdad es también por sus repercusiones en la carga de la prueba. La Corte IDH ha señalado que, tratándose de motivos prohibidos de discriminación se invierte la carga de la prueba, lo cual significa que corresponde a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio<sup>39</sup>.

Esta inversión está presente en la legislación nacional en el Código de protección y defensa del consumidor, artículo 39<sup>40</sup>. La inversión de la

---

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 73.

<sup>39</sup> CORTE IDH, *Caso «Atala Riffo y niñas» vs. Chile*, *op. cit.*, párrafo 124.

<sup>40</sup> Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Artículo 39.- Carga de la prueba.

La carga de la prueba sobre la existencia de un trato desigual corresponde al consumidor afectado cuando el procedimiento se inicia por denuncia de este o a la administración cuando se inicia por iniciativa de ella. Para acreditar tal circunstancia, no es necesario que el afectado pertenezca a un grupo determinado. Corresponde al proveedor del producto o servicio acreditar la existencia de una causa objetiva y justificada. Si el proveedor demuestra la existencia de una causa objetiva y razonable, le corresponde a la otra parte probar que esta es en realidad

carga de la prueba consiste en que una vez que una persona haya demostrado que existen indicios suficientes de que ha sido víctima de trato diferenciado, corresponderá a la parte demandada presentar pruebas que justifiquen de manera objetiva y razonable el trato diferenciado<sup>41</sup>.

Esta inversión probatoria es «fruto de una larga construcción jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de igualdad por razón de sexo, se ha reconocido un nuevo equilibrio probatorio que abandona el elemento intencional y basa su razonamiento en la constatación objetiva de la diferencia de trato»<sup>42</sup>.

Por las características de la discriminación es particularmente importante que la jurisprudencia constitucional enfatice la regla de la inversión de la carga de la prueba cuando se alega discriminación por motivos prohibidos constitucionalmente. La prueba de la discriminación «es extremadamente compleja, su argumentación difícil y no siempre se ha[n] aplicado consistentemente por parte de los tribunales» sus implicancias probatorias<sup>43</sup>.

Por ello, es posible afirmar que la eficacia de toda regulación anti-discriminatoria «depende de su régimen probatorio, pero el desafío no solo consiste en establecer un nuevo régimen jurídico, sino en conseguir hacer realidad un cambio de los procedimientos jurisdiccionales tradicionales por lo que respecta a la metodología y a la prueba»<sup>44</sup>.

68

## V. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia

Como se ha mencionado, a la fecha el TC se ha pronunciado en seis casos de expulsión por embarazo, maternidad y paternidad en el ámbito de la PNP y las FFAA. Hasta el último de los casos publicados, que es el penúltimo en ser emitido, la jurisprudencia constitucional era exclusivamente respecto de la PNP; por ello solo hay un caso vinculado a las FFAA.

---

un pretexto o una simulación para incurrir en prácticas discriminatorias. Para estos efectos, es válida la utilización de indicios y otros sucedáneos de los medios probatorios.

<sup>41</sup> Guillermo F. TREACY, «Categorías sospechosas y control de constitucionalidad», en *Leciones y Ensayos*, núm. 89, 2011; UNIVERSIDAD DE LOS ANDES, *La carga de la prueba en casos de discriminación*, Programa de Justicia Global y Derechos Humanos de la Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes, 2009.

<sup>42</sup> María José AÑÓN ROIG, «Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja», *Isonomía*, núm. 39, 2013, p. 145.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 146.

<sup>44</sup> *Idem.*

**Cuadro**

**Sentencias del Tribunal Constitucional del Perú en casos de supuestos de expulsión por embarazo, maternidad y paternidad**

Expediente	Demandante	Fecha	Resumen de los hechos	Sentido de la sentencia
08957-2006-PA/TC	Orlando Alburquerque Jiménez	22 de marzo de 2007	El recurrente fue separado de la Escuela Técnico Superior PNP La Unión de Piura porque en su declaración de ingreso a la escuela policial mintió sobre su paternidad.	Infundada
05527-2008-HC/TC	Nidia Yesenia Baca Barturén	22 de febrero de 2009	La recurrente fue internada en el Hospital Regional de Sanidad de la PNP de Chiclayo y se le inició proceso administrativo sancionador por estar embarazada.	Fundada
01151-2010-PA/TC	Marthyory del Rosario Pacheco Cahuana	30 de noviembre de 2010	La recurrente fue separada de la Escuela de Suboficiales de la PNP de Arequipa por estar embarazada.	Fundada
01126-2012-PA/TC	Dogner Lizith Díaz Chiscul	6 de marzo de 2014	El recurrente fue separado de la Escuela de Suboficiales de la PNP de Reque en Chiclayo porque en su declaración de ingreso a la escuela policial mintió sobre su paternidad.	Fundada
01423-2013-PA/TC	Andrea Celeste Alvarez Villanueva	9 de diciembre de 2015	La recurrente fue separada de la Escuela de Oficiales de la Fuerza Aérea del Perú por estar embarazada.	Fundada
01406-2013-PA/TC	Mauricio Lin Morales Guevara	30 de marzo de 2016	El recurrente fue separado de la Escuela Técnico Superior PNP de Tarapoto porque en su declaración de ingreso a la escuela policial mintió sobre su estado civil y su paternidad.	Fundada

En estos casos tres han sido interpuestos a favor de recurrentes mujeres y tres en casos de hombres. En todos los casos de las mujeres la razón de la sanción fue el embarazo, mientras que en los casos de los varones fue la paternidad y, en un caso, también la falta de veracidad respecto del estado civil. Salvo el primer caso, el Tribunal ha fallado a favor de las partes demandantes. Sobre esto, cabe anotar que el TC ha variado de criterio en cuanto a la falta de veracidad respecto del requisito de no paternidad, pues en sus dos sentencias posteriores ha justificado inclusive que los cadetes hayan mentido sobre dicho aspecto de su vida personal, en atención a la imposibilidad de estudiar que admitirlo les hubiera implicado.

En los casos de trato diferenciado con ocasión del embarazo, el Tribunal ha desarrollado los alcances de la discriminación por el motivo prohibido del sexo, aunque sin profundizar en extenso sus implicancias, salvo en la STC 01423-2013-PA/TC en que da cuenta en mayor medida de la trascendencia del derecho a la igualdad y de no discriminación<sup>45</sup> y del trasfondo de la vinculación entre el sexo y el embarazo<sup>46</sup>. En los casos de discriminación por paternidad y condición de soltería, por el contrario, no se observa que el Tribunal haya precisado particularmente con claridad los motivos prohibidos de discriminación detrás de ambos supuestos: por situación familiar y por estado civil, respectivamente.

70

Asimismo, se ha anotado previamente que en la jurisprudencia del TC sobre la materia se han declarado diversos derechos fundamentales en juego: los derechos al libre desarrollo/desenvolvimiento de la personalidad, a la educación, y a la protección de la familia. No obstante, la mayor parte de la jurisprudencia ha considerado principalmente el derecho al libre desarrollo de la personalidad<sup>47</sup> y aunque ha hecho referencia a la igualdad en relación a la discriminación por sexo, salvo en la sentencia previamente referida, no ha profundizado en sus alcances en los términos expuestos.

Sobre los derechos afectados, debo hacer algunos apuntes complementarios a los desarrollados por la jurisprudencia constitucional existente. Respecto del *derecho al libre desarrollo/desenvolvimiento de la personalidad*,

---

<sup>45</sup> STC 01423-2013-PA/TC, fundamentos 17 al 20.

<sup>46</sup> STC 01423-2013-PA/TC, fundamentos 21 al 25.

<sup>47</sup> STC 05527-2008-HC/TC, fundamento 22; STC 01151-2010-PA/TC, fundamento 9; STC 01423-2013-PA/TC, fundamentos 31 al 33; STC 01406-2013-PA/TC, fundamentos 7 al 14; STC 01126-2012-PA/TC de 6 de marzo de 2014, fundamentos 18-20.

cabe mencionar que la Convención Americana de Derechos Humanos incluye el derecho a la libertad personal en su artículo 7. La jurisprudencia interamericana señala que aquí se «incluye un concepto de libertad en un sentido extenso como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones»; incluye entonces «el concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones»<sup>48</sup>. Esto incluye que no se produzcan injerencias arbitrarias en las decisiones de las personas respecto de sus propias vidas, lo que está en juego en las intervenciones que se analizan en el presente caso.

El *derecho a la educación* se encuentra garantizado tanto en la normatividad nacional cuanto en la internacional. El Pacto de San Salvador lo incluye en el artículo 13 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales lo recoge en su artículo 13. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado específicamente que la no discriminación es parte de una de las tres dimensiones a la accesibilidad a este derecho:

6. [...] La educación en todas sus formas y en todos los niveles debe tener las siguientes cuatro características interrelacionadas: [...]

b) Accesibilidad. Las instituciones y los programas de enseñanza han de ser accesibles a todos, sin discriminación, en el ámbito del Estado Parte. La accesibilidad consta de tres dimensiones que coinciden parcialmente:

i) No discriminación. La educación debe ser accesible a todos, especialmente a los grupos no vulnerables de hecho y de derecho, sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos (véanse los párrafos 31 a 37 sobre la no discriminación [...])

31. La prohibición de la discriminación, consagrada en el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto, no está supeditada ni a una implantación gradual ni a la disponibilidad de recursos; se aplica plena e inmediatamente

---

<sup>48</sup> CORTE IDH, *Caso «Artavia Murillo y otros» vs. Costa Rica (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, Sentencia de 28 de noviembre de 2012, párrafo 142.

a todos los aspectos de la educación y abarca todos los motivos de discriminación rechazados internacionalmente (Comité DESC 1999: párrafos 6 y 31).

Por su parte, el artículo 10° de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres establece que «[l]os Estados parte adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres». Al interpretar diversos artículos de la Convención, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra las Mujeres (Comité CEDAW) ha señalado que son tres las obligaciones fundamentales de los Estados a efectos de eliminar la discriminación contra las mujeres:

En primer lugar, los Estados parte tienen la obligación de garantizar que no haya discriminación directa ni indirecta contra la mujer en las leyes y que, en el ámbito público y el privado, la mujer esté protegida contra la discriminación que puedan cometer las autoridades públicas, los jueces, las organizaciones, las empresas o los particulares por tribunales competentes y por la existencia de sanciones y otras formas de reparación.

La segunda obligación de los Estados parte es mejorar la situación de facto de la mujer adoptando políticas y programas concretos y eficaces.

En tercer lugar los Estados parte están obligados a hacer frente a las relaciones prevalecientes entre los géneros y a la persistencia de estereotipos basados en el género que afectan a la mujer no solo a través de actos individuales sino también porque se reflejan en las leyes y las estructuras e instituciones jurídicas y sociales (Comité CEDAW 2004, párrafo 7).

El *derecho a la protección de la familia* está reconocido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos que garantiza la protección que esta debe tener frente a normas discriminatorias. La jurisprudencia interamericana señala que el derecho a la vida privada y familiar se protege en la Convención bajo dos artículos de forma complementaria: el 11.2 y el 17<sup>49</sup>. El artículo 11 de la Convención requiere la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan

<sup>49</sup> *Ibid.*, párrafo 145.

la vida privada y familiar; su ámbito de protección ha sido interpretado en términos amplios más allá del derecho a la privacidad pues «abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales», de modo que «la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada»<sup>50</sup>.

Recalca la Corte Interamericana que «el derecho a la vida privada se relaciona con la autonomía reproductiva por lo que la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre»<sup>51</sup>. Sobre el artículo 17, la Corte señala que «conlleva, entre otras obligaciones, a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar» y que «es un derecho tan básico de la Convención Americana que no se puede derogar aunque las circunstancias sean extremas»<sup>52</sup>. Sobre este derecho, el artículo 16 de la CEDAW dispone que debe eliminarse la discriminación contra las mujeres en todos los asuntos relacionados con las relaciones familiares.

Sobre los aspectos abordados en los primeros apartados de este trabajo, cabe anotar que salvo la sentencia recaída en el Expediente N° 01423-2013-PA/TC no se realiza explícitamente un test de proporcionalidad para el análisis de las medidas de intervención identificadas<sup>53</sup>. Sin embargo, aún en este caso se trata de un test de proporcionalidad general, sin particularizar la afectación a la igualdad identificada en la misma sentencia. En consecuencia, no se realiza referencia alguna a un *test estricto* en relación al motivo prohibido de discriminación en juego, ni los derechos fundamentales en juego.

Asimismo, respecto de la inversión de la carga de la prueba no se menciona nada en ninguna sentencia, lo cual es explicable en tanto en su jurisprudencia el Tribunal no enfatiza en los motivos prohibidos de discriminación y sus implicancias.

---

<sup>50</sup> *Ibid.*, párrafos 142-143.

<sup>51</sup> *Ibid.*, párrafo 146.

<sup>52</sup> *Ibid.*, párrafo 145.

<sup>53</sup> STC 01423-2013-PA/TC, fundamento 37.

## VI. Conclusiones

6.1. A la fecha, las denuncias de casos de discriminación en escuelas de formación de las FFAA y de la PNP con razón del embarazo, la maternidad, la paternidad y el estado civil, obedecen a prácticas institucionales que tienen un marco normativo de sustrato. En el caso de las FFAA, el Reglamento Interno de los Centros de Formación de las Fuerzas Armadas, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2010-DE-SG, publicado el 11 de enero de 2010, establece que el estado de gestación de una alumna es una causal de no admisión y causal para darle de baja por inaptitud psicofísica de origen psicossomático, así como que la maternidad, la paternidad y el estado civil son causal de no admisión y de pérdida de la condición de alumna/o. En el caso de la PNP, si bien el Decreto Legislativo N° 1151, publicado el 11 de diciembre de 2012, señala que no puede restringirse o limitarse la permanencia, ni sancionarse ni separarse definitivamente de las escuelas de formación por motivos de gestación, maternidad o paternidad, el reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 009-2014-IN, publicado el 7 de setiembre de 2014, establece un período de suspensión por gestación y maternidad obligatorio e impide que una persona que tenga un hijo o hija pueda postular.

74

6.2. Al analizar la constitucionalidad de tres medidas que intervienen en derechos fundamentales, a saber, la exclusión y prohibiciones realizadas en razón del embarazo, a la maternidad y paternidad, y a la exigencia de soltería, es posible identificar expresiones de discriminación por sexo, por situación familiar y por estado civil, tres categorías prohibidas de discriminación. Es importante que en el análisis constitucional se profundice en las vulneraciones al principio-derecho de igualdad en razón de los motivos prohibidos de discriminación por sexo, situación familiar y estado civil. Esto es especialmente relevante por las implicancias de este plano argumentativo.

6.3. Dentro de las afectaciones a la igualdad, es necesario brindar especial atención a la *interseccionalidad* de la discriminación con razón de la edad pues muchas de las denunciantes son adolescentes que tienen derecho a una protección especial.

6.4. Una de las implicancias de centrar la argumentación en los motivos prohibidos de discriminación se da en la aplicación del *test de igualdad* o *principio de proporcionalidad en el análisis de la infracción de la igualdad*, delineado por la jurisprudencia constitucional, como método que coadyuva

a clarificar la argumentación constitucional para casos de discriminación. El test debería ser usado de forma sistemática para analizar aquellos casos en que hay elementos vinculados a la discriminación, y exige un nivel *estricto* de control en atención de la conjunción entre motivos prohibidos y derechos fundamentales vulnerados.

6.5. La relevancia de analizar las medidas de intervención en los derechos fundamentales a la luz del principio-derecho a la igualdad se aprecia también en las repercusiones en la carga de la prueba. La jurisprudencia constitucional tiene la oportunidad de profundizar en el estándar de inversión de carga de la prueba, en casos que involucran motivos prohibidos de discriminación, de forma semejante a los estándares del sistema interamericano.

6.6. De la revisión de los seis casos de expulsión por embarazo, maternidad y paternidad, y estado civil en el ámbito de la Policía Nacional del Perú y las Fuerzas Armadas resueltos por el Tribunal Constitucional se aprecia un importante cambio entre la primera sentencia declarada infundada y las siguientes que fueron acogidas. Hasta la fecha, la mayor parte de los casos han estado referidos a la Policía y un solo caso está vinculado a las FFAA. La mitad son referidos a la discriminación con razón del embarazo y la otra mitad a paternidad y uno por estado civil. Del análisis se desprende que en la mayoría de las sentencias la argumentación ha estado centrada en derechos como el libre desarrollo de la personalidad, la educación y la protección de la familia, y no precisamente en la igualdad y los motivos prohibidos de discriminación en juego. Esto ha tenido como consecuencia que en la aplicación del test de proporcionalidad, que solo se usa en una sentencia, no se hace referencia a un nivel *estricto* de control constitucional y tampoco se hace referencia alguna a la inversión de la carga de la prueba, tan necesaria en casos de discriminación en atención a la naturaleza de los hechos que se denuncian. Allí hay una veta para fortalecer la argumentación constitucional para la protección de los derechos; los planteamientos de este trabajo apuntan hacia ello.



## Protección constitucional de la madre en el ámbito laboral

 MOSI MARCELA MEZA FIGUEROA\*

### Sumario

**I.** Introducción. **II.** Especial protección constitucional a la madre trabajadora. **III.** Protección internacional de la madre trabajadora. **IV.** Derechos protegidos 4.1. Licencia por maternidad. 4.2. Licencia en caso de enfermedad o de complicaciones. 4.3. Prestaciones. 4.4. Protección del empleo y no discriminación. 4.5. Madres lactantes **V.** Conclusiones.

### Resumen

Lejos de pretender condensar la historia de la participación femenina en el trabajo productivo o su cada vez menor intervención monopólica en el hogar, el presente artículo tiene como propósito analizar las implicancias jurídicas actuales generadas a partir de la compleja interacción entre la mujer *madre* y la mujer *trabajadora* –concentradas en una sola persona como manifestación de su derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad–, así como las herramientas que le brinda nuestro ordenamiento constitucional, a fin de lograr una perfecta simbiosis entre ambas.

### Palabras clave

Derecho constitucional, derecho laboral, derechos de la mujer, madre trabajadora, despido discriminatorio.

### Abstract

Far from attempting to condense the history of women's participation in productive work or their diminishing monopolistic intervention at home, this article aims to analyze the current legal implications generated by the complex interaction between the *mother* woman and the *worker* woman –joint in a single person as a manifestation of her fundamental right to the free development of personality–; as well as the tools provided by our Constitution, in order to achieve a perfect symbiosis between both of them.

### Keywords

Constitutional Law, labor law, women rights, working mother, discriminatory dismissal.

*A Melissa.*

---

\* Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesora de Derecho Constitucional en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón (UNIFÉ). Asesora jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

## I. Introducción

El propósito vital, la forma de conducirse y las decisiones que toma un ser humano son manifestaciones de libertad. Los actos humanos, en los que interviene el entendimiento y la voluntad, acompañados de condicionantes externos, van moldeando, definiendo y fortaleciendo su personalidad.

Este desarrollo personal, ejercido con libertad, tiene sustrato en la propia existencia humana y, por tanto, en su dignidad. Como tal, al igual que todos los derechos fundamentales, merece reconocimiento constitucional —explícito o implícito— y requiere de mecanismos efectivos para su pleno ejercicio.

Si bien la determinación de nuestro proyecto de vida se circunscribe a una esfera de total libertad en la que corresponde al Estado mantener una posición distante, la eficacia de este y todos los derechos, incluidas las libertades clásicas, requiere de participación estatal —en mayor o menor grado—, a través de las funciones que le son inherentes: legislativa, jurisdiccional y administrativa.

78

De esta manera, un ordenamiento jurídico coherente, compuesto por reglas claras diseñadas para todos los supuestos posibles, y exento de antinomias, sería un escenario ideal para el despliegue del elenco de derechos inherentes a la persona. Sin embargo, el escenario real no es tan llano y determinado como el primero, tiene zonas oscuras, dispares e inclusive desniveladas que no permiten una presentación adecuada del mismo. Para superar estas deficiencias, se requiere de un personaje que, consciente de ellas y conocedor de otras herramientas superiores de solución de problemas, pueda conducirlo a una *performance* exitosa; este personaje es el juez. Sin perjuicio de ello, también resulta vital para la obtención de los fines esperados, la gestión de los recursos, sean estos presupuestarios, logísticos, humanos, de control y otros. La labor del gestor va a depender, en estos casos, del elenco de derechos distribuido en el escenario: algunos, por su propia naturaleza, requieren de una participación mayor del gestor, y otros, de una contribución menor. La asignación de recursos y el diseño de políticas públicas van a obedecer entonces a las exigencias propias del derecho fundamental en escena.

La decisión de ser madre e insertarse a la vez en el mercado laboral como medio para su realización personal es, sin duda, una manifestación del

derecho que tiene todo ser humano –en este caso particular, la mujer– al libre desarrollo de la personalidad. Para su plena eficacia, requiere necesariamente de los tres personajes a los que se ha hecho referencia: al legislador, al juez y al gestor, quienes actúan bajo la sombra de un cuerpo mayor: la Constitución.

## **II. Especial protección constitucional a la madre trabajadora**

El artículo 23 de la norma fundamental dispone que el Estado protege de manera especial a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan. Este principio constitucional «se encarga de establecer una prelación respecto del ámbito subjetivo de tutela del principio *protector* (...) no se trata de una protección exclusiva, sino preferente, que se justifica a partir de las peculiares características de los grupos mencionados y que requieren, por tanto, de una tutela adicional, entendida en el sentido de equipararlos con el resto de categorías de trabajadores, mas no en perjuicio de aquellas»<sup>1</sup>.

La madre trabajadora es así sujeto de especial protección respecto de otros trabajadores, inclusive de otras mujeres que no son madres. Este trato diferenciado obedece a una razón objetiva: la maternidad. La tutela constitucional debe extenderse entonces a todos los momentos biológicos derivados de ella: la gestación, el parto y la lactancia.

Surge a continuación la interrogante de si esta protección es solo aplicable a los aspectos biológicos de la maternidad o también a aquellos no biológicos que aparecen con la misma. En principio, habría que señalar que este término de comparación (biológico) es indiscutiblemente objetivo y aplicable a todos los casos, por ello, sería la regla general.

Sin embargo, podrían existir situaciones vinculadas a la crianza que justificarían alguna tutela particular. Es cierto que el segundo párrafo del artículo 6 de la Constitución establece que es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, lo que implica una responsabilidad compartida del padre y la madre. Empero, lo cierto es que son muchas

---

<sup>1</sup> Guillermo BOZA PRO, «La madre trabajadora como sujeto laboral especialmente protegido en el ordenamiento peruano», en Carlos BLANCAS, Guillermo BOZA y Fernando GARCÍA (Eds.) *Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano. Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*, Lima, Grijley/Sociedad Peruana del Derecho al Trabajo y de la Seguridad Social, 2009.

las familias que se encuentran conformadas únicamente por esta última y su descendencia; por tanto, las labores de crianza y de provisión económica recaen en esta única persona.

En consecuencia, pueden diseñarse medidas legislativas o políticas públicas dirigidas a esta población en virtud del referido artículo 23. Su exigibilidad judicial en la vía constitucional, sin embargo, sería más compleja —aunque no imposible—, pues requerirá de una mayor carga argumentativa y probatoria que fundamente la imperiosa necesidad de una actuación estatal sin la cual se considere este principio vulnerado.

De otro lado, el principio de protección especial de la madre trabajadora no solo se encuentra vinculado a los intereses de la madre, en el entendido del ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad o en el plano prestacional de las atenciones y cuidados médicos —sobre los que ahondaremos líneas después— a los que se somete para el cuidado de su salud; sino también a los intereses del niño o del que esté por nacer.

Así, tenemos también el artículo 4 de la Constitución, que refiere: «La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad».

80

Este otro principio resulta ser entonces el marco del amparo otorgado por la norma suprema mediante el aludido artículo 23. Mientras que el artículo 4 se refiere a los sujetos que merecen especial protección por parte del Estado<sup>2</sup>, por su especial condición de vulnerabilidad en los distintos ámbitos en los que se desenvuelven; el artículo 23 incide en su protección circunscrita únicamente al ámbito laboral.

Sin perjuicio de lo señalado, «no hay que olvidar que esta ‘protección especial’ se enmarca dentro de la teoría institucional de los derechos fundamentales, en la que ningún derecho es absoluto»<sup>3</sup>. Evidentemente, este principio obedece a situaciones objetivas que merecen tratos diferenciados,

---

<sup>2</sup> Al que no se adiciona intencionalmente —a pesar que la Constitución sí lo consigna— el término *comunidad*, pues se trata del elemento humano conformante del Estado.

<sup>3</sup> César LANDA ARROYO, «El derecho del trabajo en el Perú y su proceso de constitucionalización: análisis especial del caso de la mujer y la madre trabajadora», en *Themis Revista de Derecho*, núm. 65, 2014.

cualquier motivación subjetiva que se alegue en beneficio de un sujeto especial, en este caso la madre, resultaría discriminatorio.

### **III. Protección internacional de la madre trabajadora**

El reconocimiento constitucional del principio de protección especial a la madre trabajadora le otorga la categoría suprema del orden jurídico interno. Este *status* trae consigo un valor objetivo, es decir, es obligación del Estado garantizar todas las condiciones necesarias para su pleno cumplimiento. Una pregunta surge inmediatamente: ¿cuáles son los alcances de este deber estatal?

La respuesta, sin duda, no se encuentra exenta de diversas, e inclusive incompatibles, interpretaciones. Ante esta divergencia, debemos recurrir a una herramienta que nos brinda la propia Constitución, en su cuarta disposición final y transitoria: «Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú».

81

Por tanto, acudiremos a los principales instrumentos internacionales que, a lo largo del proceso de universalización de los derechos humanos, fueron aprobados a nivel global y a nivel regional, los cuales contienen disposiciones relativas a la protección de la familia, la maternidad, el menor y la mujer que trabaja.

#### **Tratados internacionales vinculados a la protección de la madre trabajadora**

Declaración Universal de DD.HH. 1948	Artículo 16 (...) 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. Artículo 25 (...) 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. (...)
--------------------------------------	---

<b>Sistema Universal de Protección de DD.HH.</b>	
<p>Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 1966</p>	<p>Artículo 10 Los Estados parte en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges. 2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.</p>
<p>Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer 1967</p>	<p>Artículo 10 (...) 2. A fin de impedir que se discrimine contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y garantizar su derecho efectivo al trabajo, deberán adoptarse medidas para evitar su despido en caso de matrimonio o maternidad, proporcionarle licencia de maternidad con sueldo pagado y la garantía de volver a su empleo anterior, así como para que se le presten los necesarios servicios sociales, incluidos los destinados al cuidado de los niños. 3. Las medidas que se adopten a fin de proteger a la mujer en determinados tipos de trabajo por razones inherentes a su naturaleza física no se considerarán discriminatorias.</p>
<p>Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer 1979</p>	<p>Artículo 4 (...) 2. La adopción por los Estados parte de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria. Artículo 11 (...) 2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados parte tomarán medidas adecuadas para: a. Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base de estado civil; b. Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales; c. Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños; d. Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.</p>

Sistema Regional de Protección de DD.HH.	
Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - Protocolo de San Salvador 1988	Artículo 15 Derecho a la Constitución y Protección de la Familia 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material (...) 3. Los Estados partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a: a. conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto.

**Fuente:** Tratados internacionales en materia de Derechos Humanos.

**Elaboración:** propia.

Mención aparte merece el Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la protección de la maternidad, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo el 15 de junio de 2000. Este convenio constituye el instrumento internacional más actualizado en dicha materia y se adoptó en respuesta a la necesidad de revisar el convenio del mismo nombre, correspondiente al año 1952, que también contiene disposiciones relativas al descanso por maternidad (doce semanas, de las cuales 6 semanas corresponderán al periodo puerperal y podrán ser prolongables por enfermedad sobrevenida al parto), las prestaciones en dinero y médicas mientras dure el referido descanso, la interrupción del trabajo por lactancia y la ilegalidad del despido comunicado durante la licencia por maternidad.

El Convenio 183 de la OIT tuvo un tránsito largo en el procedimiento de perfeccionamiento interno –en el Perú–, pues luego de haber sido remitido por la Cancillería al Congreso de la República el 14 de febrero de 2002 y archivado al concluir los periodos legislativos de 2006 y 2011, fue finalmente aprobado el 21 de marzo de 2015, mediante Resolución Legislativa 30312, conforme lo exige el artículo 56 de la Constitución.

Además, previamente a su ratificación por el presidente de la República, se coordinó la modificación de la Ley N° 26644 que regula la licencia por maternidad a efectos de que el tiempo que esta otorga sea consistente con el indicado en el referido Convenio, lo que ocurrió el 24 de noviembre de 2015, al promulgarse la Ley N° 30367. De esta manera, mediante Decreto Supremo 12-2016-RE fue ratificado el Convenio 183, cuyo texto se publicó

en el diario oficial *El Peruano* el 31 de mayo de 2016 y entró en vigor el 9 de mayo de 2017<sup>4</sup>.

Como anota el preámbulo, este convenio toma en cuenta «la situación de las mujeres trabajadoras y la necesidad de brindar protección al embarazo, como responsabilidad compartida de gobierno y sociedad», y busca promover «la igualdad de todas las mujeres integrantes de la fuerza de trabajo y la salud y la seguridad de la madre y el niño». Para tal fin, reconoce los siguientes derechos a las madres trabajadoras:

a) Licencia de maternidad:

- Duración de al menos catorce (14) semanas.
- Seis (6) de las catorce (14) semanas corresponderán obligatoriamente a la etapa posparto.
- En caso de que la fecha efectiva del parto sea posterior a la fecha presunta, el periodo prenatal se extenderá hasta la fecha en que el parto tiene lugar, sin reducir la duración del periodo posnatal obligatorio.

84

b) Licencia en caso de enfermedad o de complicaciones:

- En adición a la licencia que corresponde por maternidad, y sobre la base de un certificado médico, se otorgará una licencia por complicaciones o enfermedades derivadas del embarazo o del parto, la cual podrá ser anterior o posterior a la primera.

c) Prestaciones:

- Deberán financiarse mediante un seguro social obligatorio o con cargo a fondos públicos.

Prestaciones pecuniarias:

- Deberán ser proporcionadas a las mujeres que se ausenten por la licencia de maternidad.
- Deben garantizar a la mujer y su hijo condiciones de salud apropiadas y un nivel de vida adecuado.

---

<sup>4</sup> Los pormenores del procedimiento de perfeccionamiento interno son detallados en la exposición de motivos del aludido Decreto Supremo.

- Si la base de las prestaciones son las ganancias anteriores de la mujer, el monto de aquellas no deberá ser inferior a los dos tercios de estas. Si se fijan por otros métodos, el monto debe ser del mismo orden de magnitud que el que resulta en promedio de la aplicación de la fórmula anterior.
- Si una mujer no reúne las condiciones exigidas para estas prestaciones, tendrá derecho a percibir prestaciones adecuadas con cargo a los fondos de asistencia social.
- En caso la economía y el sistema de seguridad social del Estado no estén suficientemente desarrollados, el monto debe ser equivalente por lo menos al de las prestaciones previstas para los casos de enfermedad o de incapacidad temporal.

Prestaciones médicas:

- Deberán ser proporcionadas a la madre y a su hijo.
- Comprende: asistencia antes, durante y después del parto, así como la hospitalización, de ser necesario.

85

d) Protección del empleo y no discriminación:

- Prohibición del despido a una mujer embarazada, o durante la licencia de maternidad, o después de haberse reintegrado al trabajo durante un periodo determinado por cada legislación, por motivos relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia.
- La carga de la prueba de que los motivos fueron otros incumbe al empleador.
- Se garantiza el retorno de la mujer al mismo puesto de trabajo o a uno equivalente con la misma remuneración, al término de la licencia.
- Prohibición de que se exija a una mujer que solicita un empleo que se someta a un examen para comprobar si está o no embarazada, con excepción de aquellos trabajos que estén prohibidos para embarazadas o lactantes o que puedan significar un riesgo reconocido o significativo para la salud de la mujer y del hijo.

e) Madres lactantes:

- La mujer tiene derecho a una o varias interrupciones por día o a una reducción diaria del tiempo de trabajo para la lactancia de su hijo.
- Estas interrupciones o reducciones deben contabilizarse como tiempo de trabajo y remunerarse.

Si bien el Convenio 183 de la OIT forma parte del derecho nacional, conforme al artículo 55 de la Constitución, resulta imperioso acudir al desarrollo legislativo previo a su entrada en vigor, con el objeto de evidenciar las coincidencias o divergencias de nuestro derecho interno con el internacional, y así poder determinar el margen de protección mayor que le da una u otra fuente. Para tal efecto, seguiremos la estructura planteada en el convenio y analizaremos cada uno de los derechos que comprende el principio de protección especial de la mujer trabajadora.

#### **IV. Derechos protegidos**

86

##### **4.1. Licencia por maternidad**

El 27 de junio de 1996 se publicó la Ley N° 26644 que precisa el goce del derecho de *descanso pre y posnatal* de la trabajadora gestante, correspondientes a cuarenta y cinco (45) días por cada etapa; con la posibilidad de diferir el descanso prenatal, total o parcialmente, a la etapa posterior al parto, haciendo un total de noventa (90) días de licencia por maternidad.

Como se adelantó, este periodo de descanso tuvo que ser modificado de manera previa a la ratificación del Convenio, mediante la Ley N° 30367, ampliándose a cuarenta y nueve (49) días la licencia prenatal y a un número igual el descanso posnatal, cumpliéndose entonces con las catorce (14) semanas (98 días) referidas en el tratado.

Estos 49 días que deben tomarse *obligatoriamente como licencia posnatal* equivalen a siete semanas, las cuales superan las seis consideradas por el Convenio como forzosas para dicho periodo. De esta manera, la legislación nacional es inclusive más tuitiva que la internacional con relación al tiempo de descanso que debe otorgarse a una madre que se encuentra en el puerperio.

De otro lado, la *postergación del descanso prenatal* a la que se ha hecho referencia –que solo puede ser decidida por la trabajadora gestante–, se encuentra sujeta a la condición de no afectar a la madre ni al concebido. Para tal efecto, debe certificarse médicamente dicha inocuidad, la cual deberá ser comunicada al empleador dos meses antes de la fecha probable de parto.

La posibilidad de que esta fecha probable de parto no se corresponda con la fecha efectiva de parto, sea por adelanto o por retraso, es una variable que también ha sido considerada por nuestra legislación. Si bien, la redacción original de la disposición solo preveía la opción de adelanto del alumbramiento –en cuyo caso se estableció que los días de adelanto se acumularán al descanso posnatal–, la Ley N° 27402<sup>5</sup> modificó el artículo 3 de la Ley N° 26644, e incorporó las previsiones respecto a la menos probable pero siempre posible opción de retraso del parto.

De esta manera, con el afán de evitar un escenario de desprotección a las mujeres que podrían encontrarse en esta poco previsible situación, se dispuso que los días de retraso serán considerados como descanso médico por incapacidad temporal para el trabajo y pagados como tales, diseñando así una fórmula distinta pero igual de efectiva que la consignada en el convenio.

A mayor abundamiento, el reglamento de la Ley N° 26644<sup>6</sup> considera el supuesto en el que el concebido no nazca vivo, en cuyo caso procederá igualmente el goce del descanso por maternidad si el alumbramiento se produce después de las treinta (30) semanas de gestación. Si esta ocurre entre las semanas 22 y 30, este derecho estará supeditado a que el concebido nazca vivo y sobreviva más de 72 horas.

Como medida adicional, la ley en referencia permite que la trabajadora pueda gozar del periodo de descanso vacacional pendiente de manera inmediatamente posterior al que le corresponde por licencia de maternidad, es decir, a partir del día siguiente de cumplido este último.

---

<sup>5</sup> Publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 20 de enero de 2001.

<sup>6</sup> Aprobado mediante Decreto Supremo 005-2011-TR, publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 17 de mayo de 2011.

#### **4.2. Licencia en caso de enfermedad o de complicaciones**

La versión inicial de la Ley N° 26644 no contemplaba el riesgo de embarazos o partos complejos, o de enfermedades derivadas de los mismos; empero, la incorporación efectuada por la Ley N° 27606<sup>7</sup> dispuso que el descanso posnatal se extenderá por 30 días adicionales en los casos de *nacimiento múltiple*. A su vez, la Ley N° 29992<sup>8</sup> modificó esta incorporación y añadió un supuesto adicional para el goce de esta extensión del descanso posnatal: el *nacimiento de niños con discapacidad*.

Si bien dicha ley no regula el supuesto en el que la madre pueda contraer alguna enfermedad como consecuencia de la gestación o del alumbramiento, o que se presente una complicación distinta a la referida en el párrafo anterior, o riesgo de complicación, como refiere el artículo 5 del convenio; también es cierto que el mismo artículo dispone que la naturaleza y la duración máxima de esta licencia podrán ser estipuladas según lo determinen la legislación y la práctica nacionales. En ese sentido, de presentarse una incapacidad temporal para el trabajo por alguno de los motivos antes señalados, podría recurrirse al descanso médico previsto precisamente para tal incapacidad con la observancia de las disposiciones que lo regulan.

#### **4.3. Prestaciones**

La Constitución reconoce en su artículo 10 el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida.

De esta manera, al ser un derecho de configuración legal, es desarrollado por la Ley N° 26790, de modernización de la seguridad social en salud<sup>9</sup>. En ella, se detalla la cobertura que otorga el Estado a los asegurados, mediante prestaciones de prevención, promoción, recuperación y subsidios, para el cuidado de su salud y bienestar social, trabajo y enfermedades profesionales. Entre estos subsidios, tenemos los de maternidad y lactancia, consignados en el artículo 12, literal b, del referido dispositivo legal.

---

<sup>7</sup> Publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 23 de diciembre de 2001.

<sup>8</sup> Publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 7 de febrero de 2013.

<sup>9</sup> Publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 21 de julio de 2006.

Para el otorgamiento del *subsidio por maternidad*, se requiere que la afiliada regular en actividad cumpla los requisitos establecidos en la propia norma<sup>10</sup>. Luego de ello, se determinará el monto de acuerdo al promedio diario de las remuneraciones de los doce (12) últimos meses<sup>11</sup>. Este promedio será multiplicado por el número de días de goce de la prestación, es decir, los 98 días que dura la licencia por maternidad, con la posibilidad de extenderlos por 30 días más, en mérito de los supuestos detallados en el acápite anterior.

Como se precisa en el artículo 16 del reglamento de la citada ley<sup>12</sup>, este subsidio tiene el objeto de resarcir el lucro cesante como consecuencia del alumbramiento y de las necesidades de cuidado del recién nacido, y se otorga con la condición de que durante estos periodos la afiliada no realice trabajo remunerado.

El pago de este subsidio se efectúa con cargo a reembolso de ESSA-LUD, por parte de la entidad empleadora a la asegurada en la misma forma y oportunidad en que percibe sus remuneraciones<sup>13</sup>.

Por su parte, el *subsidio por lactancia* se otorga directamente a la madre con el objeto de contribuir al cuidado del recién nacido, quien resulta ser el beneficiario del mismo. Es por ello que la condición para su otorgamiento será que el lactante nazca vivo y que sea inscrito como derecho/habiente del asegurado titular.

La forma de determinar este subsidio no está vinculado a la remuneración de la madre, pues como se indicó ella no es la beneficiaria, sino el hijo. En tal sentido, se trata de un monto fijo definido por el Consejo Directivo de

---

<sup>10</sup> Artículo 10.- Derecho de Cobertura.

Los afiliados regulares y sus derechohabientes tienen el derecho a las prestaciones del Seguro Social de Salud siempre que aquellos cuenten con tres meses de aportación consecutivos o con cuatro no consecutivos dentro de los seis meses calendario anteriores al mes en que se inició la contingencia y que la entidad empleadora haya declarado y pagado o se encuentre en fraccionamiento vigente las aportaciones de los doce meses anteriores a seis meses previos al mes de inicio de la atención, según corresponda.

<sup>11</sup> Si su afiliación es menor a este período, se considerará el promedio de los meses que tenga la trabajadora como afiliada.

<sup>12</sup> Aprobado mediante Decreto Supremo 009-97-SA, publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 9 de setiembre de 1997.

<sup>13</sup> Conforme se precisa en el numeral 6 de la Directiva de Gerencia General 08-GG-ES-SALUD-2012 Normas complementarias al reglamento de pago de prestaciones económicas, aprobada por Resolución de Gerencia General 619-GG-ESSALUD-2012.

ESSALUD, el cual asciende actualmente a S/. 820,00<sup>14</sup>. En caso se produzca un parto múltiple, la norma prevé que se otorgue un subsidio adicional por cada hijo.

Además de las prestaciones económicas, la seguridad social prevé también *prestaciones médicas* de maternidad, que consisten en el cuidado de la salud de la madre gestante y la atención del parto, extendiéndose al periodo del puerperio y al cuidado de la salud del recién nacido<sup>15</sup>.

Tratándose del caso de mujeres gestantes que laboran de manera independiente, la legislación nacional permite su incorporación al seguro potestativo, el cual contiene también prestaciones de salud por maternidad, mas no prestaciones económicas (subsidios).

Se advierte, entonces, que nuestro ordenamiento jurídico no solo protege a la madre trabajadora mediante el otorgamiento de las licencias que correspondan a su condición, sino que –además– le brinda prestaciones pecuniarias y médicas que incluso comprenden un alcance mayor a las dispuestas por el Convenio.

#### **4.4. Protección del empleo y no discriminación**

La Constitución en su artículo 2, inciso 2, reconoce el derecho a la igualdad y no discriminación. Está proscrito, entonces, cualquier trato distinto por parte del Estado o un particular –como expresión de la eficacia vertical y horizontal de los derechos fundamentales– hacia toda persona basado en su origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

El ámbito laboral no es ajeno a esta prohibición constitucional, inclusive la propia norma fundamental, en el artículo 26, inciso 1, reconoce como un principio de la relación de trabajo la igualdad de oportunidades sin discriminación.

A pesar de encontrarse en el ámbito de lo constitucionalmente prohibido, no puede desconocerse que en el plano fáctico se presentan actos

---

<sup>14</sup> Este monto fue fijado en la primera disposición complementaria del Reglamento de pago de prestaciones económicas, aprobado por Acuerdo 58-14-ESSALUD-2011, publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 28 de julio de 2011.

<sup>15</sup> Artículo 12 del reglamento de la Ley N° 26790.

vulneratorios del derecho a la igualdad, específicamente y a propósito del objeto de estudio del presente artículo, las formas discriminatorias a causa del sexo de la trabajadora.

Una manifestación de estas actuaciones inconstitucionales por parte del empleador es la que se ejerce contra una trabajadora que se encuentra en estado de gravidez. La extinción del vínculo laboral motivada por el embarazo de una persona, el nacimiento de otra, o por encontrarse esta última en etapa de lactancia, es reprochable desde una perspectiva constitucional y, por tanto, merece que se le sancione con la nulidad. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia:

La discriminación por razón de sexo comprende aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no solo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca. Tal como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres. Por lo tanto, cualquier distinción de trato (distinción, exclusión o restricción) en el ámbito público o privado que sea desfavorable para la mujer por razón de su estado de gravidez, debido a que le impide injustificadamente gozar o ejercer los derechos fundamentales de que es titular, constituye un acto discriminatorio que es nulo de pleno derecho por contravenir el inciso 2, del artículo 2, de la Constitución (fundamento 3 de la Sentencia recaída en el Expediente 01151-2010-PA/TC).

El despido discriminatorio por embarazo, nacimiento o lactancia genera, además, un menoscabo en el proyecto de vida de la trabajadora —derecho reconocido en el artículo 2, inciso 1, de la Constitución—, pues no solo implica una interrupción en sus aspiraciones laborales, sino también una sanción al ámbito estrictamente íntimo que significa tomar la decisión de ser madre.

Estas malas prácticas vulneran también la libertad de la mujer trabajadora, pues generan desincentivos para que ella decida *libremente* tomar una decisión de esta naturaleza. A las consideraciones regulares que una persona tiene en cuenta para apostar por la maternidad (afectivas, fisiológicas, profesionales, entre otras), tendría que sumarse el riesgo a perder el empleo.

Por todo ello es que la madre trabajadora tiene una protección reforzada contra el despido, claro, siempre y cuando este se genere por circunstancias no vinculadas con su desempeño y conducta en el trabajo. De esta manera, un despido realizado durante la gestación o los noventa (90) días posteriores al nacimiento genera una presunción a favor de la madre gestante, e invierte la carga de la prueba respecto del empleador, quien deberá acreditar la existencia de una causa justa para el despido. En caso esto no ocurra, se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, el nacimiento o la lactancia.

Si bien esta regla está contenida en las disposiciones que regulan el régimen laboral privado<sup>16</sup>, resulta aplicable de manera supletoria a todos los regímenes laborales, con las particularidades que cada uno pueda tener. Sin embargo, a pesar de la cobertura más amplia de esta protección que se ha visto reflejada en las dos modificaciones que ha tenido esta regla, consideramos que no es suficiente: inicialmente el despido era considerado nulo cuando se producía dentro de los noventa (90) días anteriores o posteriores al parto; luego, se extendió a cualquier momento del periodo de gestación más los noventa (90) días posteriores al parto, al circunscribir la protección solo al embarazo; y, finalmente, se amplió la protección al embarazo, el nacimiento y la lactancia, pero no se extendió el periodo en el cual opera la presunción de despido discriminatorio.

En efecto, si la lactancia es una consecuencia necesaria del alumbramiento y, como tal, es también objeto de atención prioritaria por parte del Estado, cualquier despido originado en esta etapa –que, como se analizará en el acápite siguiente, tiene una duración legal de un año– debe encontrarse igualmente cubierto por la referida presunción. La Ley N° 30367, además de aumentar a noventa y ocho (98) días el periodo de licencia por maternidad, fue la que modificó la regla a la que se ha hecho referencia en el párrafo precedente: amplió la presunción del despido discriminatorio al nacimiento y la lactancia –además del embarazo, que se encontraba en las dos versiones anteriores de la disposición–, pero mantuvo la presunción para los noventa (90) días posteriores al parto, sin extenderlos al año de lactancia.

---

<sup>16</sup> Artículo 29, literal e, del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo 003-97-TR, publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 27 de marzo de 1997.

Como se advierte del debate que generó esta medida legislativa<sup>17</sup>, la ampliación del periodo de presunción al que se hizo referencia no fue discutida; ello solo significa que la incorporación del nacimiento y la lactancia al ámbito de protección de la madre trabajadora solo constituye una mera declaración de ideales que no tiene aterrizaje concreto en el ámbito fáctico. Sin duda, una labor aún pendiente para el legislador.

De otro lado, a fin de que opere la referida presunción del despido discriminatorio, la legislación exige que el empleador haya sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa a dicho despido.

Un requisito como este resulta *a priori* razonable, pues el hecho de imputar al empleador una actitud tan reprochable como la que resulta ser el despido motivado por la gestación de la trabajadora, el nacimiento o la lactancia del menor, requiere de un conocimiento previo de tal condición. La notificación al empleador, acompañada de algún documento que acredite el estado de gravidez de la trabajadora, se convertiría en una suerte de garantía para la protección reforzada que tiene la gestante.

Empero, también es cierto que una formalidad como la señalada solo tendría sentido en el entendido que el embarazo no se encuentre en un estado avanzado y, por tanto, sea notorio. La evidencia de una desarrollada gestación no puede pasar inadvertida para el empleador y, en consecuencia, un despido originado en esta evidencia –a pesar de que no exista una notificación de por medio– no puede ser soslayado.

En principio, corresponde al legislador precisar esta regla, con el objeto de encausarla al fin constitucionalmente protegido. No obstante, ante un caso concreto de despido motivado por la gestación de una trabajadora quien no haya comunicado su estado al empleador pero que lo evidenciaba, corresponde al juez brindar una solución adecuada a derecho.

El artículo 26 de la Constitución reconoce como uno de los principios de la relación laboral el de interpretación favorable al trabajador, en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma. Este principio, de la mano con el de protección especial a la madre trabajadora, debe ser utilizado por el juzgador para resolver la controversia, mediante un

---

<sup>17</sup> Diario de los debates del jueves 22 de octubre de 2015, correspondiente a la 22° sesión de la primera legislatura ordinaria de 2015.

ejercicio hermenéutico que otorgue verdadera eficacia a los derechos fundamentales de la accionante.

Este razonamiento ha sido también desarrollado por la Corte Suprema de Justicia de la República en la Casación Laboral 275-2005, Arequipa<sup>18</sup>, referida a un caso de nulidad de despido motivado por embarazo, sin el cumplimiento de la exigencia de la notificación previa al empleador. En la lógica descrita, la Corte señaló en su considerando noveno lo siguiente:

(...) cuando en el último párrafo de la norma materia de casación se dispone como exigencia la notificación documental del embarazo al empleador (previa al despido) para oponerla como causal de nulidad de despido, lo que se buscó fue evitar despidos arbitrarios a mujeres gestantes que no traslucen su real situación especial, de allí que se requiera en este caso como requisito *sine qua non* la comunicación documental al empleador, pues de lo contrario no sería posible presumir que el despido efectuado se encontró motivado en razones discriminatorias contra la gestante. Distinta es la situación cuando el estado de gestación es evidente por el desarrollo del feto, resultando razonable entender que la madre trabajadora se encuentra igualmente protegida frente a despidos, en atención al precepto constitucional señalado en el considerando anterior; consecuentemente de producirse el despido a una madre en evidente estado de gestación, se debe entender que tal despido tiene como fundamento la discriminación por embarazo.

El criterio antes descrito ha sido reiterado por la Corte Suprema en sucesivas resoluciones, así tenemos, a modo de ejemplo, la Casación Laboral 4957-2011, La Libertad: «como la norma apunta a entender a la notificación documental como la certeza de que el empleador tome conocimiento del embarazo de la trabajadora, esta notificación ya no es exigible ante una situación evidente de certeza indudable del estado de gravidez, por lo que se debe evitar caer en la literalidad del precepto, pues lo que se persigue es la protección (...) de la madre trabajadora y en particular de aquella que se encuentre embarazada».

Ciertamente, no todas las gestantes en estado avanzado pueden evidenciar su condición; en tal sentido, asumir que un empleador que despidió a una mujer en esta situación –quien, además, no comunicó de su embarazo

---

<sup>18</sup> Publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 2 de noviembre de 2006.

oportunamente— actuó motivado por razones de discriminación, sería arbitrario. Así pues, la regla contenida en la disposición aludida —notificación previa— sería necesariamente exigible para estos casos. No puede soslayarse, entonces, que «en algunos casos se advierte que son los trabajadores que con la finalidad de obtener un medio que les permita solicitar su reposición utilizan indebidamente esta figura laboral»<sup>19</sup>.

De otro lado, es importante que la protección que se le brinde a la madre trabajadora no implique solo restricciones al empleador —como la prohibición del despido arbitrario—, sino también actuaciones concretas que redunden en el bienestar de ella y del concebido.

Así tenemos la Ley N° 28048, de protección a favor de la mujer gestante que realiza labores que pongan en riesgo su salud y/o el desarrollo normal del embrión y el feto<sup>20</sup>, que permite a la madre trabajadora solicitar a su empleador no realizar estas labores, previa certificación médica que concluya que las condiciones de trabajo pueden significar la exposición a tales riesgos<sup>21</sup>. De esta manera, como lo ha previsto el reglamento de la citada ley<sup>22</sup>, la asignación de labores distintas a las habituales, incluso la que conlleva un cambio de puesto de trabajo, constituye una medida temporal en tanto persistan dichos riesgos<sup>23</sup>, la que culmina con el parto<sup>24</sup>.

Luego de esta etapa, y con el regreso de la madre a su centro de labores después del goce de la licencia por maternidad, el empleador está obligado a retornar a la trabajadora a sus labores originarias, pudiendo esta accionar en caso esta reincorporación no se produzca, por hostilidad<sup>25</sup>.

---

<sup>19</sup> Jorge TOYAMA MIYAGUSUKU y Carole Ivonne NEYRA SALAZAR, «Criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema sobre el despido nulo», en *Revista Ius et Veritas*, núm. 52, 2016.

<sup>20</sup> Publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 1 de agosto de 2003.

<sup>21</sup> A mayor abundamiento acerca de tales riesgos, puede revisarse el listado de los agentes físicos, químicos, biológicos, ergonómicos y psicosociales que los generan, así como sus correspondientes intensidades, concentraciones o niveles de presencia y los periodos en los que afecta el embarazo, aprobado por Resolución Ministerial 374-2008-TR, publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 30 de noviembre de 2008.

<sup>22</sup> Artículo 3 del Decreto Supremo 009-2004-TR, publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 21 de julio de 2004.

<sup>23</sup> Estas medidas, evidentemente, no significarán un menoscabo en los derechos laborales, económicos o profesionales de la trabajadora.

<sup>24</sup> El reglamento también dispone que por pacto individual o convenio colectivo se puede acordar extender la medida hasta que concluya el período de lactancia, en atención a los riesgos que puedan afectar al recién nacido a través de la leche materna.

<sup>25</sup> Conforme se precisa en el artículo 11 del referido reglamento. Por demás, este derecho a retornar al mismo puesto de trabajo al término del descanso por maternidad fue reiterado en el artículo 10 del reglamento de la Ley N° 26644.

Un caso en el que se produjo esta alteración de las condiciones de trabajo de la madre a su retorno del descanso posnatal, referido al lugar de la prestación del servicio (el empleador le asignó una plaza en Lambayeque a los dos días de regresar del referido descanso, a pesar de haberse encontrado laborando en Lima previamente), y que mereció el establecimiento de criterios jurisprudenciales por parte de la Corte Suprema, fue la Casación Laboral 2456-2014-Lima<sup>26</sup>, la cual dispuso lo siguiente en su considerando decimocuarto:

Particularmente cuando el empleador, en uso del *ius variandi*, modifica las condiciones de empleo de una trabajadora en estado de gestación o lactancia, corresponderá analizar tal acto tomando en cuenta los derechos de la trabajadora a no ser discriminada, a la especial asistencia y protección del Estado conforme a la Constitución, a la protección de la vida como valor fundamental dentro del ordenamiento constitucional; la familia como institución básica de la sociedad y la prevalencia de los derechos de los niños.

96

Evidentemente, las afectaciones a estos derechos deben ser acreditadas por la trabajadora que se considere afectada, pues no toda variación de sus condiciones laborales resultan arbitrarias *per se*. No debe perderse de vista que el empleador tiene esta potestad en ejercicio del *ius variandi*, y solo en el caso concreto deberá determinarse si estos actos son jurídicamente reprochables.

En mérito a lo expuesto, se advierte que la legislación nacional –con las precisiones a las que se hizo referencia sobre la ampliación del periodo de protección contra el despido discriminatorio y la adecuación de la exigencia de la notificación documentaria previa–, además de la jurisprudencia constitucional y laboral, se encuentra en consonancia con lo dispuesto por el Convenio 183 de la OIT.

#### **4.5. Madres lactantes**

Una consecuencia biológica derivada del parto es la lactancia. El periodo en el que se produce esta relación alimenticia esencial –además de especialmente afectiva– entre la madre y el menor es variable. Sin embargo,

---

<sup>26</sup> Publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 30 de marzo de 2016.

corresponde al legislador tomar los datos de la realidad y, conforme a ella, diseñar reglas generales que protejan también esta etapa.

Así, mediante la Ley N° 27240<sup>27</sup>, se dispuso que la madre trabajadora tiene una hora diaria de permiso por lactancia materna, al término del periodo posnatal. Precisamente, la variabilidad de esta etapa se manifestaba en la propia legislación, pues mientras el régimen laboral público otorgaba este permiso hasta que el hijo tenga un año<sup>28</sup>, la citada ley –aplicable al régimen laboral privado– lo hacía hasta que este tuviera como mínimo seis meses. Esta absurda diferenciación fue finalmente equiparada a la de mayor protección, es decir, un año para ambos regímenes, mediante la Ley N° 27591<sup>29</sup>.

Debe precisarse, asimismo, que esta hora diaria de permiso por lactancia materna puede ser convenida por la madre trabajadora y el empleador, pudiendo ser fraccionado en dos tiempos iguales. Además, se considera como efectivamente laborada para todo efecto legal, incluyéndose el goce de la remuneración correspondiente, conforme lo precisa la Ley N° 27403<sup>30</sup>.

En adición a las disposiciones antes referidas sobre permisos por lactancia materna, nuestra legislación también ha previsto medidas orientadas a su promoción. Así, mediante Ley N° 29896<sup>31</sup>, se dispone la implementación de lactarios en todas las instituciones del sector público y privado en las que laboren veinte o más mujeres en edad fértil<sup>32</sup>.

Siguiendo la definición establecida por la ley, el *lactario* es un ambiente especialmente acondicionado y digno para que las madres trabajadoras extraigan su leche materna durante el horario de trabajo, asegurando su adecuada conservación. La implementación de dichos lactarios promueve positivamente la costumbre de alimentar vía la leche materna.

---

<sup>27</sup> Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 23 de diciembre de 1999.

<sup>28</sup> El artículo 108 del Reglamento de la Carrera Administrativa, aprobado mediante Decreto Supremo 005-90-PCM, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 18 de enero de 1990, precisa este periodo.

<sup>29</sup> Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 13 de diciembre de 2001.

<sup>30</sup> Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 20 de enero de 2001.

<sup>31</sup> Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 9 de febrero de 2016.

<sup>32</sup> A efectos de esta ley, se considera como mujeres en edad fértil a aquellas que se encuentren entre los 15 a 49 años de edad, conforme precisa el Decreto Supremo 001-2016-MIMP, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 9 de febrero de 2016.

Como se ha podido advertir, la reducción diaria del tiempo de trabajo por lactancia —contabilizada como periodo laborado y, por tanto, remunerado—, dispuesta por el Convenio, ha sido regulada, con creces, por nuestro ordenamiento jurídico. Incluso se han incorporado medidas legislativas adicionales, como la creación de lactarios en los centros de labores públicos y privados, que protegen la salud y la buena nutrición del menor.

## **V. Conclusiones**

1. La determinación del proyecto de vida individual —en el que se incorpore la maternidad y el trabajo productivo ejercidos en simultaneidad— es una expresión de libertad; y, como tal, encuentra reconocimiento constitucional a través del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este derecho requiere *a priori* de una participación limitada del Estado, por tratarse de una libertad; sin embargo, en el caso concreto de la madre trabajadora, es necesaria la participación activa del Estado para su plena eficacia, pues no se desenvuelve de manera aislada, sino acompañado de otros principios constitucionales y derechos fundamentales.
2. Entre los principios constitucionales que lo acompañan, tenemos el de protección especial a los sujetos e institutos contenidos en el artículo 4 de la norma fundamental, entre los que se encuentran el niño, la madre y la familia; asimismo y de manera más específica, el de protección especial a la madre trabajadora reconocido en el artículo 23 de la Constitución. De otro lado, los derechos fundamentales que complementariamente lo acompañan son el de la vida, la salud y la integridad, tanto de la madre como del menor.
3. Este trato especial obedece a motivaciones objetivas que son consustanciales a la mujer: la maternidad y sus momentos biológicos (gestación, parto y lactancia); por lo que está proscrito cualquier tratamiento preferente sustentado en argumentos meramente subjetivos. Esta prohibición se constituye en un límite de este principio, pues protege otros derechos fundamentales como el de igualdad y no discriminación.
4. Una interpretación adecuada que se realice del contenido de estos principios y derechos, es la que debe efectuarse a partir de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, tanto aquellos que hayan sido expedidos en el sistema universal como en el regional. En esta línea,

el Convenio 183 de la OIT sobre la protección de la maternidad, de reciente entrada en vigor en nuestro país, emerge como el instrumento más actual y completo que desarrolla cada uno de los derechos específicos que comprende la protección especial de la madre trabajadora, referidos a la licencia de maternidad, licencia en caso de enfermedad o de complicaciones, prestaciones médicas y pecuniarias, protección del empleo y no discriminación, y sobre madres lactantes.

5. La legislación interna ha desarrollado, por su parte, cada uno de los derechos específicos contenidos en el Convenio, superando inclusive sus alcances; a modo de ejemplo, otorga una licencia por maternidad de 98 días, de las cuales 49 deben corresponder obligatoriamente al descanso posnatal, ambos periodos son mayores a los señalados en el Convenio; igual resulta el caso del subsidio por maternidad que en el ámbito es superior a la fórmula propuesta a nivel internacional.
6. Sin perjuicio del desarrollo normativo y jurisprudencial que el tema ha merecido, subsisten situaciones que requieren de respuestas concretas a fin de lograr una vigencia efectiva de estos derechos, tales como la ampliación del periodo de protección contra el despido discriminatorio al año que comprende la lactancia, o la eliminación de la exigencia formal de la notificación previa al empleador en los casos de embarazos evidentes.



## El sufragio femenino: dudas, convicción y oportunismo

 CARLOS RAMOS NÚÑEZ\*

### Sumario

**I.** Introducción. **II.** Los derechos civiles y políticos de las mujeres en el ámbito académico: tesis de licenciatura y doctorado en derecho. **III.** El sufragio femenino en el Congreso Constituyente de 1931.

### Resumen

El autor analiza el debate en torno al reconocimiento de los derechos políticos de las mujeres, concretamente, el derecho al sufragio femenino en el Congreso Constituyente de 1931. Presta atención también a la reflexión que sobre el particular se produjo en el ámbito académico, en los trabajos de investigación: tesis de licenciatura y doctorado.

### Palabras clave

Mujer, derechos políticos, sufragio femenino, Congreso Constituyente de 1931.

101

### Abstract

The author analyzes the debate around the recognition of women's political rights, specifically, the right to female suffrage in the Constituent Congress of 1933. It also pays attention to the reflections on the subject that occurred in the academic field, in research papers such as Bachelor and PhD thesis.

### Keywords

Women, political rights, women's suffrage, Constituent Assembly of 1931.

### I. Introducción

Desde fines del siglo XIX, se abría camino en la doctrina civil peruana todo un movimiento orientado a reivindicar los derechos personales y patrimoniales de la mujer. La lucha por la autonomía civil –severamente restringida en el Código de 1852–, así como el ideal de

---

\* Esta es una versión actualizada de un fragmento de mi libro *Historia del derecho civil peruano. Siglos XIX y XX*, Tomo V, «Los signos del cambio», Vol. 2: «Instituciones», Lima, Fondo Editorial PUCP, 2006.

igualdad entre los sexos, propugnado por el feminismo de la segunda ola –es decir, el feminismo posterior al que tempranamente propugnaran Condorcet), Sophie de Grouchy, Olympe de Gouges, Mary Wollstonecraft–, recogido por intelectuales progresistas de uno y otro género, se instala en el centro de la discusión<sup>1</sup>.

La abundancia de tesis universitarias y hasta uno que otro fallo jurisprudencial, daban buena cuenta de la urgencia por que se conciliase el nuevo paradigma de la mujer –en tanto protagonista en las esferas intelectual, académica, profesional y comercial– con el diseño de una legislación acorde a tales cambios. El acceso a la educación superior, el ejercicio de la abogacía –y de las demás profesiones liberales– y, sobre todo, el sufragio femenino, figuran entre los frentes de batalla más gravitantes.

En este artículo se analiza el debate que el sufragio femenino suscitó –dividiendo incluso a parlamentarios de una misma agrupación partidaria– en la Asamblea Constituyente de 1931, que aprueba la Constitución de 1933. También se presta atención –muy sucintamente– a este tema en su faz académica, fundamentalmente, en las tesis de licenciatura y doctorado de las facultades de derecho, a fines del siglo XIX e inicios del siglo XX.

El reclamo por los derechos políticos de las mujeres que se expone en la «Declaración de Seneca Falls», suscrita en 1848 en Nueva York<sup>2</sup>; el alegato de John Stuart Mill sobre «La admisión de las mujeres al sufragio universal»<sup>3</sup> defendido en el Parlamento inglés el 20 de mayo de 1867; y, los argumentos esgrimidos por la diputada Clara Campoamor, en favor del sufragio feme-

<sup>1</sup> Existe frondosa literatura en torno a las bases teóricas del feminismo jurídico. Véase, en especial: Catherine MACKINNON, *Feminismo inmodificado. Discursos sobre la vida y el derecho*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014; Owen FISS, «¿Qué es el feminismo?», en *Doxa*, núm. 14, 1993. Sobre la historia de la teoría feminista. Véase: Celia AMORÓS y Ana De MIGUEL ÁLVAREZ (eds.), *Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización* (3 vol.), Madrid, Minerva Ediciones, 2007; Alicia PULEO edita un texto que recoge los principales textos de los autores de la Ilustración consecuente: CONDORCET, «Sobre la admisión de las mujeres al derecho de ciudadanía del 3 de julio de 1790»; Olympe de Gouges, «Declaración de los derechos de la mujer y la ciudadana [1792]», en VV. AA., *La ilustración olvidada. La polémica de los sexos en el siglo XVIII*, Anthropos, Barcelona, 1993, pp. 100-106 y 154-156; Mary, WOLLSTONECRAFT, *Vindicación de los derechos de la mujer [1792]*, Cátedra, Madrid, 1994.

<sup>2</sup> Alicia MIYARES, «El Manifiesto de Seneca Falls», en *Leviatan*, núm. 75, 1999.

<sup>3</sup> John Stuart MILL, «La admisión de las mujeres al sufragio electoral; 20 de mayo, 1867», en John Stuart MILL, *Sobre el voto y la prostitución*, Castilla La Mancha, Almad, 2011, pp. 59-76.

nino, el 31 de octubre de 1931 ante el Parlamento español<sup>4</sup>, tuvieron cierta reverberación en el Perú, tanto en sede parlamentaria cuanto en la academia. Aunque el eco determinante procede de uno de los autores radicalmente igualitarios, que sin embargo, en relación con los derechos políticos de las mujeres sostuvo un discurso misógino: Rousseau<sup>5</sup>, cuyas ideas estuvieron muy presentes en el Asamblea Constituyente de 1931.

## **II. Los derechos civiles y políticos de las mujeres en el ámbito académico: tesis de licenciatura y doctorado en derecho**

La censura del molde patriarcal sancionado por la Constitución de 1920<sup>6</sup> y contenido en los códigos decimonónicos básicos asomaría, en el entresiglo, como uno de los cometidos básicos del feminismo. El desigual tratamiento dispensado a las mujeres en el Código Civil de 1852 no sería solo uno de los blancos de la arremetida feminista, sino también materia de reflexión en sede universitaria. La producción académica en torno a los derechos de las mujeres se inicia en la Universidad San Antonio Abad del Cuzco: en 1866, el estudiante Erasmo Reynoso entrega su tesis de licenciado –y de título de abogado– «La patria potestad corresponde no solo al padre sino también a la madre»<sup>7</sup>. Recoge la posta otro joven cuzqueño, Nicanor Cano, quien, inspirado en los postulados del derecho natural, sustenta, en 1873, su memoria de bachiller, «La igualdad fundamental de la especie humana implica igualdad de derechos entre el varón y la mujer»<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> La diputada Clara Campoamor fue la única mujer que integró la Comisión de Constitución elegida por las Cortes Constituyentes, el 28 de julio de 1931. Defendió tenazmente el derecho de sufragio de las mujeres. Ver: Clara CAMPOAMOR, *Mi pecado mortal: el voto femenino y yo* [1936], Madrid, Instituto Andaluz de la Mujer, 2001; Concha FAOAGA BARTOLOMÉ, y Paloma SAAVEDRA RUIZ, *Clara Campoamor: la sufragista española*, Madrid, Instituto de la mujer, 2007.

<sup>5</sup> Jean Jacques ROUSSEAU, *Emilio, o de la educación*, Madrid, Alianza, 1998.

<sup>6</sup> La Carta de 1920, aprobada durante el Oncenio de Leguía, constituyó un verdadero cambio de paradigma. Con esta Carta se inauguró el constitucionalismo social en el Perú. Ver: Carlos RAMOS NÚÑEZ (ed.), *Las constituciones del Perú*, estudio preliminar de Carlos Ramos Núñez, Lima, Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional/Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2017, p. 59.

<sup>7</sup> Erasmo REYNOSO, «La patria potestad corresponde no solo al padre sino también a la madre», Tesis de licenciado, Cuzco, Universidad Nacional del Cuzco, 1866. Fue sustentada el 12 de octubre del citado año. Esta y las demás referencias a tesis cuzqueñas del entresiglo proceden, básicamente, del catálogo que obra en el libro de Horacio VILLANUEVA URTEAGA, *Universidad Nacional San Antonio Abad del Cuzco*, Cuzco, Edit. H. G. Rozas, 1963, pp. 128-144.

<sup>8</sup> Nicanor Cano, «La igualdad fundamental de la especie humana implica igualdad de derechos entre el varón y la mujer», Tesis de bachiller, Cuzco, Universidad del Cuzco, sustentada el 18 de mayo de 1873.

La primera tesis que aboga por de los derechos de las mujeres defendida en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos fue la disertación de licenciado en jurisprudencia de César A. Cordero, «La emancipación social y civil de la mujer», del año 1874<sup>9</sup>. En 1879, un joven historiador del derecho y romanista en ciernes, Lizardo Alzamora, hijo del catedrático de la especialidad en San Marcos, don Román Alzamora, redactaba su tesis de bachiller «Obligaciones contraídas por mujer casada»<sup>10</sup>. Varios años después, Hermilio Bao, en 1887, repetía idéntico título<sup>11</sup>. Estas tesis alentaban una mayor participación de las mujeres en la vida civil y económica y deploraban las restricciones legislativas que los vigentes Códigos estipulaban.

En la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas de San Marcos, el candidato a bachiller José del Pino escribe una ambiciosa tesis, de corte sociológico y jurídico, con el encabezado de «El Estado y la mujer»<sup>12</sup>. La tesis, defendida con inusitado éxito en febrero de 1909, y recomendada para su publicación en la *Revista Universitaria*, constituía un esfuerzo por trazar una visión panorámica de la condición de las mujeres dentro del ordenamiento social y legal imperantes. Una versión retocada con el título de «La mujer ante la ley», le servirá a Del Pino para graduarse de bachiller en la Facultad de Jurisprudencia en 1909<sup>13</sup>. Significativamente, el joven dedicaba su disertación «El Estado y la mujer» a las activistas Zoila Aurora Cáceres y Esther Festini, del Centro Social de Señoras de Lima. Como fundamento de sus apreciaciones, el tesista invocaba la autoridad de los sociólogos y economistas en boga: Mill, Fouillé, Prevost y, especialmente, Spencer y las *Inducciones de la Sociología y las Instituciones domésticas*, a los que cita frecuentemente a lo largo de su tesis. Al inicio del trabajo, Del Pino escribía:

No cabe duda que una de las cuestiones político-sociales de más interesante actualidad es la del mejoramiento de la mujer. El movimiento feminista se extiende cada vez más y obtiene franquicias en todas partes.

<sup>9</sup> César A. CORDERO, «*La emancipación social y civil de la mujer*», Tesis de doctor, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1874.

<sup>10</sup> Lizardo ALZAMORA, «Obligaciones contraídas por mujer casada», Tesis de bachiller, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1879.

<sup>11</sup> Hermilio BAO, «Obligaciones contraídas por mujer casada», Tesis de bachiller, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1887.

<sup>12</sup> Juan José DEL PINO, «El Estado y la mujer», Tesis para el bachillerato de Ciencias Políticas y Administrativas. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Imprenta Mercantil, 1909.

<sup>13</sup> Juan José DEL PINO, «La mujer ante la ley», Tesis de bachiller en Jurisprudencia, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1909.

(...) Espontáneamente, nuestros Gobiernos muy poco o nada se han preocupado por la mujer<sup>14</sup>.

Del Pino, que adopta a la largo de su tesis una postura tuitiva antes que propiamente igualitarista, esboza un paralelo entre los recientes avances en materia de legislación obrera y la ausencia de mejoras similares en el campo de los derechos femeninos; en ese contexto, exclamaba Del Pino, «no es justo ni prudente que se deje al sexo débil abandonado a su suerte». Incluso sostenía que más urgente y necesaria resultaba la protección de la mujer que la de los obreros, siquiera por razones estrictamente cuantitativas: «mientras éstos se hallan en insignificante minoría, las mujeres forman el 50 por ciento de los peruanos»<sup>15</sup>. El joven sanmarquino Del Pino sintetizaba las aspiraciones generales de feminismo en los siguientes postulados: la igualdad de educación entre los sexos, un criterio único para juzgar los actos de la mujer y del varón, y la «sujeción completa del sentimiento a la razón». En el plano de las relaciones económicas, el tesista señalaba «el libre acceso a todas las ocupaciones de la vida», mientras que, en el ámbito jurídico, reseñaba la supresión de la autoridad marital; igualdad de derechos entre cónyuges; y la identidad de derechos civiles, cívicos y penales.

No obstante, la tesis de Juan José Del Pino distaba de adscribirse a una línea feminista o, al menos, a una posición de avanzada. Su valor reside más en su carácter documental en torno a la mentalidad de la época. Del Pino, no obstante su vocación modernizante, tiene muy en cuenta la disparidad natural y simbólica de los sexos y, veladamente, la superioridad física varonil. En efecto, un aspecto –muy curioso– de la tesis «El Estado y la mujer» reposa en la enumeración de los supuestos males que acarrearía la emancipación absoluta de la mujer. Entre esos «problemas» –o, más bien, prejuicios– se hallaban el *surmenage* cerebral, la anemia, la esterilidad y la «degeneración del amor [sic]» que supuestamente afligiría a las mujeres dedicadas a la actividad intelectual; el decrecimiento de las uniones conyugales y de la tasa de natalidad ocasionada por la participación de las fémimas en los asuntos públicos; el «agotamiento del pudor y moralidad en la mujer por su absoluta identificación con el hombre»; el descuido de las labores domésticas –uno de los tópicos de la época–; la desventaja para los obreros varones, en vista del salario

---

<sup>14</sup> Juan José DEL PINO, «La mujer ante la ley», *op. cit.*, p. 5.

<sup>15</sup> Juan José DEL PINO, «El Estado y la mujer», *op. cit.*, pp. 5-6.

más barato que se abonaría a las operarias. La participación de las mujeres en el ámbito administrativo tampoco se hallaba exenta de peligros: menciona Del Pino la «la tiranía en el gobierno» si la mujer interviniese en él, «por el debilísimo sentimiento de libertad personal que posee, acostumbrada como está a la disciplina de una vida secular de tutelaje»<sup>16</sup>.

Si bien es cierto que Del Pino no suscribe esos anatemas, tampoco los recusa abiertamente. El prudente cometido de sus tesis era establecer una postura moderada entre el feminismo radical y la condena de sus detractores:

A nuestro modo de ver –escribe el tesista–, el feminismo absoluto, como toda reacción contra un estado de cosas opuesto, tiene mucho de utópico; sin que por esto creamos que la mujer tal como está vive feliz, ni que es preciso conservar, cueste lo que cueste, su situación tradicional, ni mucho menos que es necio pensar en modificarla. El carro del progreso por muy lento que marche, va creando a su paso nuevas necesidades y reorganizando la vida humana.<sup>17</sup>

A partir del molde evolutivo spenceriano, Juan José Del Pino propugna la adaptación del ordenamiento legal a las transformaciones que experimentaba. Para el autor, no solo las transformaciones económicas iban de la mano con un cambio en la condición social de la mujer, sino que era necesaria también una modificación en la esfera del derecho. El reconocimiento de los derechos civiles de la mujer era, a juicio del tesista sanmarquino, «conveniente y equitativo».

En relación a los derechos políticos de las mujeres destacan tres estudios. En primer lugar, el trabajo de investigación realizado por Favid J. Duarte, en 1895. La tesis que este autor defendió en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos lleva por título «Derechos políticos de la mujer»<sup>18</sup>. En segundo lugar, la investigación que, en esa misma línea, se puede mencionar es el que llevó a cabo Luis M. Duarte, en 1907. Se trata de una tesis de bachiller llamativamente titulada: «Derechos políticos de la mujer y su capacidad para ejercerlos»<sup>19</sup>. En tercer lugar, la tesis de doctor y título de abogado sus-

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>18</sup> David J. DUARTE, «Derechos políticos de la mujer», Tesis de bachiller, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1895.

<sup>19</sup> Luis M. DUARTE, «Derechos políticos de la mujer y su capacidad para ejercerlos», *Tesis de bachiller*, 1907.

tentada por Juan Manuel Carrillo: «La mujer en concepto de Derecho», en la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa en 1921 e impresa como folleto en la ciudad de Puno en el mismo año<sup>20</sup>.

La investigación de Carrillo, luego del obligado esbozo histórico de la cuestión —que en realidad ocupa las dos terceras partes del trabajo—, planteaba no solo la igualdad de los derechos de la mujer frente a los del hombre, sino que proclamaba «muy particularmente, el reconocimiento de su función electoral». A lo largo de su tesis, el estudioso sureño se detiene en los tópicos de «La mujer de hoy y mañana: sus derechos» y «Los derechos de la mujer entre nosotros», antes de arribar finalmente al centro de la disertación: «La mujer ante el Derecho público»<sup>21</sup>. El autor sostiene que, así como el movimiento feminista ha conseguido indudables mejoras en los campos de ciencia, las letras, las profesiones liberales, la industria y el comercio, del mismo modo debe reconocerse a la mujer como sujeto de derecho público; en buena cuenta, se le debe considerar ciudadana con capacidad plena para elegir y ser elegida<sup>22</sup>. La mujer actual, esgrimía Carrillo, podría, «con sobrada ventaja», obtener el título de ciudadanía en vista de «la relativa amplitud» de sus conocimientos y los cambios que ella ha experimentado, tanto en el campo social cuanto en el legal<sup>23</sup>.

### **III. El sufragio femenino en el Congreso Constituyente de 1931**

Hacia el año de 1933 se aprueba la segunda Constitución del siglo XX, en el gobierno de Luis M. Sánchez Cerro. Se trata de uno de los documentos más trascendentales de nuestra historia constitucional, por todo lo que supuso a nivel de reconocimiento de derechos entonces emergentes y de insoslayable atención, como el derecho al voto de las mujeres.

La carta magna de 1933 fue edificada obre la base del Anteproyecto de Constitución del Estado, elaborado por la Comisión que estuvo presidida por Manuel Vicente Villarán. En la Exposición de Motivos de este documento se reconoce la importancia del sufragio popular (universal) pero no se incluye a las mujeres. Veamos:

---

<sup>20</sup> Juan Manuel CARRILLO, «La mujer en concepto de Derecho», *Tesis para optar el título de abogado y el grado de doctor en la Facultad de Jurisprudencia, en la Universidad del G. P. San Agustín de Arequipa*, Puno, Tip. Fournier, 1921. Folleto de 29 pp.

<sup>21</sup> *Ibid.*, pp. 20, 21, 22, 26-28.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 26.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 27.

El proyecto de Constitución garantiza el voto secreto y obligatorio, y lo otorga para las elecciones nacionales y locales, (arts. 9, 155, 164) a los peruanos, varones, mayores de 21 años que saben leer y escribir. No se concede voto a las mujeres, porque sus condiciones no son propicias todavía al ejercicio de derechos políticos. La mujer peruana, en general, no se halla en posesión de suficiente independencia civil, social, económica, ni intelectual y religiosa, para votar con entera libertad<sup>24</sup>.

Desde esta perspectiva, el reconocimiento del sufragio femenino fue objeto de un áspero debate constitucional durante el Congreso Constituyente que discutía la elaboración de la Carta de 1933. Así, Víctor Andrés Belaunde, junto con el descentralista puneño Emilio Romero y el socialista Hildebrando Castro Pozo, defendió tenazmente el sufragio irrestricto de la mujer contra la postura de conservadores como Pastor y Delgado de Unión Revolucionaria, que rechazaban toda forma de sufragio; de los apristas que, como Luis Alberto Sánchez, Luis Heysen y Manuel Seaone, pretendían conferirla únicamente a la mujer trabajadora y estudiante, excluyendo a las mujeres que se ocupaban de la labor doméstica o *muñequita*; y aun de ciertos congresistas que planteaban el voto familiar para que fuera el marido quien votase por sí, por su cónyuge y sus hijas<sup>25</sup>.

108

Los conservadores aludían a supuestas divisiones de orden natural y eterno entre los sexos. La política y el gobierno estaría reservado a los varones; el hogar, a la mujer. Las tradicionales diferencias de espacio público y privado para hombres y mujeres, respectivamente formaban parte de su argumentación. Pastor, por ejemplo, consideraba que a la tradición latina le repugnaba el voto femenino<sup>26</sup>. Otro prejuicio muy extendido entre los sectores conservadores era la idea según la cual la mujer, al mismo tiempo que era más sensible –mejor dicho, sensiblera– y orientada hacia fines prácticos e inmediatos, carecía de capacidad lógica y suficiente raciocinio e ideales de or-

<sup>24</sup> *Exposición de motivos del Anteproyecto de Constitución del Estado de 1931*, presentación de Carlos RAMOS NÚÑEZ, estudio liminar de Omar CAIRO ROLDÁN, Lima, Centro de Estudios Constitucionales, Tribunal Constitucional del Perú, 2017, p. 36.

<sup>25</sup> VÍCTOR ANDRÉS BELAUNDE, *El debate constitucional. Discursos en la Asamblea 1931-1932*, Lima, Talleres Gráficos P. L. Villanueva, 1966, pp. 25-42. Véase también el Diario de Debates, Sesiones del 26 y 29 de diciembre de 1931 y sesiones del 4 y 7 de enero de 1932, vol. 1, pp. 400-406, 457-476. La voz «muñequitas», que, en el lenguaje de la época, aludía a mujeres de las clases altas y medias que no trabajaban, fue usada constantemente por Luis Heysen, con las indignadas respuestas de Víctor Andrés Belaunde y Emilio Romero.

<sup>26</sup> Diario de debates, *op. cit.*

den superior. Su condición de personas “dóciles e influenciables” agravaría la división electoral, ya de por sí marcada en el Perú. Ciertamente, conforme a esta perspectiva, las mujeres serían o “conservadoras definidas o revolucionarias extremistas”. Invocaban también la experiencia de los Estados Unidos y de otros países como Inglaterra donde el sufragio femenino habría puesto en evidencia su escaso interés por las elecciones. Por último, la dirección del país no puede prescindir de la energía del espíritu y del carácter del hombre<sup>27</sup>.

En realidad, el rechazo aprista al sufragio general femenino no constituía una razón de principio, sino —como podrá suponerse— atendía a consideraciones de clientelismo electoral inmediato, bajo la creencia de que las *muñequitas*, bajo la influencia del clericalismo, apoyarían, si prosperaba el derecho al sufragio femenino irrestricto, a los grupos reaccionarios<sup>28</sup>. Pareja Paz Soldán, historiador del derecho constitucional peruano, recogiendo las ideas de los asambleístas Belaunde y Romero, juzgaba la exclusión «injusta o denigrante, tanto más que en el Perú más del 80% de las mujeres, especialmente en las clases populares y en nuestra sierra, trabajan y a veces, son ellas las que sostienen el hogar frente a un esposo o un hijo haragán o disipador»<sup>29</sup>. Víctor Andrés Belaunde —cuyo escepticismo sobre el sufragio femenino se trucó en asentimiento absoluto tras leer a Barthelémy<sup>30</sup>— recordó que no había razón lógica para excluir a las mujeres del sufragio; que el antifeminismo solo se explica por la supervivencia de un estado social e intelectual que reduce a la mujer a una buena ama de casa; que, como el voto requiere el sentido ético, las mujeres se hallan en mejor situación para ejercerlo, buscando, ante todo, al más capaz y honrado; que ellas tienen los mismo estímulos que el hombre para interesarse en el gobierno del país; que ya se encontraban para entonces ligadas, de modo íntimo, a la vida y economía de país; que su actividad no solo se manifiesta en el hogar, sino en el taller, en la escuela, en la fábrica, en la universidad, en los servicios públicos y en la vida de la nación; y que el sufragio femenino es una corriente universal<sup>31</sup>.

A fin de rebatir a sus contrincantes apristas que patrocinaban el voto exclusivamente para la mujer trabajadora, Belaunde puntualiza: «Se dice que

---

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>30</sup> Víctor Andrés BELAUNDE, *El debate constitucional, op. cit.*, p. 26.

<sup>31</sup> Diario de debates, *op. cit.*

podrán votar las empleadas, las obreras, las que ejercen el comercio y la industria propia, las profesoras y estudiantes. Todo esto puede reducirse a esta fórmula: todas las mujeres votan, menos la que trabaja y vive del hogar. Y esto es una monstruosidad»<sup>32</sup>. Agregaba luego con lucidez: «El sufragio tiene que ser así general, irrestricto y obligatorio. No podemos concederlo como un favor, una gracia o un privilegio del que se pueda usar»<sup>33</sup>.

La Constitución de 1933 acogió el sufragio de la mujer, pero únicamente para las elecciones municipales<sup>34</sup>. La Constitución de 1933 acogió el sufragio de la mujer, pero únicamente para las elecciones municipales. Lamentablemente mientras rigió dicho cuerpo jurídico, nunca los alcaldes y regidores fueron votados libremente. Apenas en la dictadura del general Manuel A. Odría, por medio de la ley constitucional 1.2391 de 7 de setiembre de 1955, se reformó el artículo 85 de la Constitución de 1933 en los siguientes términos: «Gozan del derecho de sufragio los ciudadanos que sepan leer y escribir». Implícitamente se autorizaba, pues, el derecho al voto femenino como sufragio obligatorio tanto para elecciones municipales como generales, con la sola excepción de mujeres y hombres analfabetos.

110

Era opinión dominante hasta las primeras décadas del siglo XX que la elevación de la mujer al estatuto de ciudadanía resultaba intolerable: tanto daño –sostenía el discurso patriarcal– haría la ausencia de la mujer en el hogar como su presencia en la política<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> Víctor Andrés BELAUNDE, *El debate constitucional, op. cit.*, p. 36.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 34.

<sup>34</sup> El artículo 86 estipulaba: «Gozan del derecho de sufragio los ciudadanos que sepan leer y escribir; y, en elecciones municipales, las mujeres peruanas mayores de edad, las casadas o que lo hayan sido, y las madres de familia que no hayan llegado a su mayoría».

<sup>35</sup> Véase, por ejemplo, las invectivas que lanza, hacia 1909, don Manuel Pío Portugal, un veterano hombre de leyes y defensor del feminismo jurídico en materia de derecho privado, pero detractor acérrimo de que se concediese a la mujer un lugar en la vida política. Portugal, en uno de sus ensayos, titulado precisamente «Feminismo», exclamaba que el eventual reconocimiento de derechos cívicos y políticos a la mujer «lo combatimos como el más trascendental y extravagante de los errores del día». Para el letrado, «si la mujer se ocupa de la política, tiene que abandonar el hogar, lo cual es tan grave y trascendental que no sabemos cómo pueda ponerse en peligro la más sagrada de las instituciones, la más delicada de las bases sociales: el hogar»; y dictaminaba: «En el hogar está la evolución completa de la mujer. Nació allí esclava y termina de jefe con todos los derechos civiles que forman la base más firme de la fasmilia, del Estado y de la humanidad». Véase Manuel Pío Portugal, *op. cit.* pp 173-179.

## Del silencio a la razón: argumentación sobre el sufragio femenino en la Constituyente de 1931

 MARÍA SOLEDAD BELLIDO ÁNGULO\*

*Prácticamente, toda la historia del feminismo puede ser  
leída en clave de reclamar/construir ciudadanía<sup>1</sup>*

### Sumario

**I.** Introducción. **II.** El silencio normativo como exclusión. **III.** Del silencio a la razón: el debate constitucional de 1931. 3.1. La tesis excluyente, por qué ninguna mujer debe votar. 3.2. La tesis restrictiva, por qué solo algunas mujeres deben votar. 3.3. La tesis inclusiva, por qué todas las mujeres pueden votar. **IV.** La solución intermedia, solo algunas deben votar y en elecciones municipales. **V.** Conclusiones.

### Resumen

En este artículo se analiza el proceso de reconocimiento constitucional de la ciudadanía política de las mujeres durante el debate parlamentario que por primera vez prestó atención a este tema en el Perú: el Congreso Constituyente de 1933. Se estudian las principales tesis esgrimidas, que van desde la exclusión, la restricción, la inclusión y, sobre todo, la solución intermedia que permitió reconocer este derecho a muy pocas mujeres y exclusivamente en las elecciones de los gobiernos locales.

### Palabras clave

Ciudadanía política, Constitución de 1933, sufragio femenino, elecciones municipales.

### Abstract

This article analyzes the process of constitutional recognition of the political citizenship of women during the first parliamentary debate that paid attention to this issue in Peru: the Constituent Congress of 1933. The main thesis used in that debate are studied, ranging from proposals of exclusion, restriction, inclusion and, above all, the intermediate solution that allowed

\* Abogada y docente. Egresada de la Maestría en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Juez del Tercer Juzgado de Paz Letrado de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

<sup>1</sup> María Xosé AGRA ROMERO, «Ciudadanía: el debate feminista», en QUESADA, F. *Naturaleza y sentido de la ciudadanía hoy*, Madrid, Publicaciones UNED, 2002, p. 129.

the recognition of this right to few women and exclusively for the election of local governments.

**Keywords**

Political citizenship, Constitution of 1933, female suffrage, municipal elections.

## **I. Introducción**

El reconocimiento constitucional del derecho al sufragio femenino y su ejercicio constituyen hechos relativamente recientes. Desde la fundación de la República hasta la consecución del sufragio en la Constitución de 1933, los textos constitucionales discurrieron entre el silencio normativo y la autorización cualificada y restringida del voto. Por ello, el objetivo de este artículo es reconstruir el contexto discursivo que aprobó, por primera vez, el derecho al sufragio femenino, aunque condicionado exclusivamente a las elecciones municipales.

112

En este propósito se requiere establecer y comprender la gama de discursos y prácticas simbólicas con la que distintos sectores sociales –representados o no– en el debate constitucional de 1933, le fueron dando forma –desde diversos argumentos– a un nuevo concepto de ciudadanía para las mujeres. Así, se analizará el cambio de significado de este concepto, desde los fundamentos de la exclusión, la restricción y la inclusión de ciudadanía, propuestos en el debate.

En esta línea, se usará el Diario de Debates<sup>2</sup> –como fuente primaria– que permite rastrear los diversos argumentos puestos al servicio de una determinada finalidad política; y así también conocer las ideas –que en un contexto concreto– se asumían sobre la diferencia sexual y el significado político que se le atribuía.

Pretendemos explicar –aunque precariamente– cómo uno de los paradigmas más elevados del sistema republicano, el principio de igualdad, fue configurado por un concepto restrictivo y jerarquizado del ciudadano por las constituciones del siglo XIX. Al mismo tiempo, queremos indagar sobre qué razones se construyó el nuevo concepto de *ciudadana* en la Constitución de 1933.

---

<sup>2</sup> CONGRESO CONSTITUYENTE DE 1931, Diario de Debates, Tomo I, Lima, La Nacional, 1936.

Nuestra respuesta provisional apunta a establecer que el largo período de negación, así como también esa primera ampliación del sufragio, no constituyeron en sí, la lógica y necesaria evolución de los principios del liberalismo político, sino por el contrario, la expresión de la tensión existente entre el principio de igualdad –teóricamente universal– y las restricciones que en la práctica existieron en el ejercicio de la ciudadanía, tanto para los hombres, como para las mujeres.

## **II. El silencio normativo como exclusión**

La independencia de las colonias hispanoamericanas, inicia un proceso de adaptación política, destinado a reemplazar el poder colonial mediante instituciones republicanas. Este proceso implicó la elaboración de constituciones y leyes como instrumentos necesarios para la configuración del nuevo orden político y social. Es en ese momento cuando se estandarizan los límites del concepto y práctica de ciudadanía<sup>3</sup>.

Las primeras constituciones peruanas tuvieron la significativa influencia de la Constitución de Cádiz de 1812; a través de ella, puede decirse que «toda hispanoamérica compartió experiencias similares e iguales debates doctrinales, los debates constitucionales fueron un complejo sistema de entrecruzamientos entre los países latinoamericanos, los Estados Unidos y Europa, sobre todo Francia e Inglaterra»<sup>4</sup>.

Este primer constitucionalismo optó por fórmulas restrictivas del derecho al voto, aún sin la necesidad de utilizar –para ello– enunciados excluyentes. Bastó la proclamación del principio abstracto de igualdad, y la exigencia de ciertos requisitos para el ejercicio de la ciudadanía. De esta forma, en el plano pragmático, el sufragio fue excluyente para amplios grupos sociales como: no propietarios, no nacionalizados, poblaciones indígenas, esclavos, y –dentro y fuera de cada uno de esos estratos– para todas las mujeres.

Al igual que en las otras naciones hispanoamericanas, en Perú el desarrollo del concepto ciudadanía se articuló tardíamente al proceso de Ilus-

---

<sup>3</sup> Rina VILLARS, «Exclusión e inclusión de la mujer en el concepto de ciudadanía política en las constituciones hispanoamericanas. Un análisis diacrónico», en *Revista de Derecho*, vol. 2, núm. XXVII, Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2006, p. 296.

<sup>4</sup> Cristóbal ALJOVÍN DE LOSADA, *Caudillos y constituciones, 1821-1824*, Pontificia Universidad Católica del Perú/Fondo de Cultura Económica, Lima, 2002, p. 21.

tración, mediante un silencio normativo que –como práctica sistemática– estableció un concepto unívoco de ciudadano «a través de una interpretación restrictiva del concepto hombre»<sup>5</sup>.

Del análisis de los debates que dieron lugar a la Constitución española de 1812 surge que el concepto de «ciudadano» no constituyó una categoría igualitaria para todos los hombres; sino todo lo contrario, implicó un proceso de jerarquización entre ellos. Así también, se deduce por qué no fue necesaria la exclusión explícita de la ciudadanía femenina.

Los liberales de Cádiz agruparon los derechos en dos bloques: los derechos civiles básicos, reconocidos a todos los españoles y los derechos políticos, estos últimos extensibles solo a quienes tuvieran el *status* de ciudadanos. En el debate, Muñoz Torrero<sup>6</sup>, argumentó que había dos clases de derechos: unos «civiles» y otros «políticos». Los primeros, generales y comunes a todos los individuos que compusieran la nación; y, los segundos, pertenecerían exclusivamente al ejercicio de los poderes públicos que constituían la soberanía.

El texto doceañista llamó «españoles» a los que gozaban de los derechos civiles y «ciudadanos» a los que al mismo tiempo disfrutaban de derechos políticos. Para los liberales de Cádiz la elección de los representantes de la nación no constituía un derecho natural sino una función pública.<sup>7</sup>

La relevancia conceptual de este debate explica la necesidad de fórmulas constitucionales planteadas en términos de lo masculino y la omisión normativa respecto del género femenino. Esta característica dominó –con algunas leves modificaciones– el constitucionalismo español y latinoamericano del siglo XIX. Como Torrero explicó, pretender establecer que los derechos políticos fueran extensivos a todos los españoles y con ello a las mujeres, sería llevar «demasiado lejos el principio de igualdad».

---

<sup>5</sup> Nerea ARESTI, «Los argumentos de la exclusión. Mujeres y liberalismo en la España contemporánea», en *Historia Constitucional*, núm. 13, 2012, p. 408.

<sup>6</sup> Clérigo y diputado liberal, pronunció un discurso en respuesta a los cuestionamientos sobre la esclavitud, procedentes de los diputados de las colonias. En este, fundamentó –desde la división de derechos civiles y políticos– y su atribución indistinta a españoles y ciudadanos, la primera y única alusión a la imposibilidad de conceder la ciudadanía a las mujeres.

<sup>7</sup> Mercedes RIVAS ARJONA, «Derechos, libertades y deberes en la Constitución de 1812». *Revista Aequitas*, núm. 3, 2013, p. 232.

Este argumento explica la configuración del «ciudadano» como el círculo más restringido y excluyente de la sociedad española y —a través de su influjo— también de la peruana. Sobre la base de la población libre se distinguió un grupo de titulares de derechos civiles, «españoles»; y, dentro de ellos, a otro grupo representativo —«ciudadanos»— titulares de derechos políticos, y por ello capaces de elegir y ser elegidos<sup>8</sup>. Bajo este planteamiento, fue innecesaria la exclusión explícita de las mujeres como ciudadanas, continuando de ese modo con la tradición iniciada en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Siguiendo la tesis de Trazegnies, en el Perú el establecimiento de la república, y las contorsiones discursivas que ello implicó, validaron la instauración de una «modernización tradicionalista», en tanto que se conjugaron características contrapuestas de los sistemas tradicionales coloniales, como de los modernos republicanos. Adaptación que se expresó en los debates constitucionales y en su necesidad de refundar el Estado, mediante «el lenguaje republicano, basado en nociones de libertad, razón e igualdad, que creó una gama de prácticas y de discursos en una sociedad con fuertes paradigmas tradicionales»<sup>9</sup>.

Siguiendo el derrotero de Cádiz, las primeras constituciones peruanas restringieron el ejercicio de la ciudadanía sobre la base de requisitos como: nacionalidad, edad, estado civil, posesión de propiedad, renta y grado de instrucción. No obstante, esta exigencia de ciudadano, «hombre», «ilustrado» y «propietario», no pasó de ser solo un ideal. En términos pragmáticos, la ciudadanía se concretó a solo un reducido número de individuos. «Fuera de él quedaban los siervos, los analfabetos, los criminales, los indecentes, los vagos, los dementes y todas las mujeres, como explícita o implícitamente se expresaba en las constituciones y leyes electorales»<sup>10</sup>.

Prontamente estas restricciones se tradujeron en un escaso índice de representación política y participación electoral. Por lo que desde finales del siglo XIX los sistemas políticos tendieron a eliminar los requisitos para el

---

<sup>8</sup> Rina VILLARS, «Exclusión e inclusión de la mujer en la ciudadanía política, en las constituciones hispanoamericanas. Un análisis diacrónico», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Chile, 2006, pp. 291-337.

<sup>9</sup> Cristóbal ALJOVIN DE LOSADA, *Caudillos y constituciones, 1821-1824*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, p. 21.

<sup>10</sup> Rina VILLARS, «Exclusión e inclusión de la mujer en la ciudadanía política...», *op. cit.*, p. 298.

ejercicio de la ciudadanía, referidos a la propiedad y el grado de instrucción. Sin embargo, el sufragio universal no se instituyó sino tardíamente, incluso después del reconocimiento explícito del derecho al voto a la mujer.

De esta forma, «el rasgo más característico que ha acompañado la formación y construcción de la comunidad política en nuestro país, es la exclusión política»<sup>11</sup>. Determinada por la ajenidad del ordenamiento jurídico para vastos sectores de la población.

Esta exclusión se expresó por medio de la exigencia de un conjunto de requisitos sociales y económicos de difícil cumplimiento para el acceso a la ciudadanía<sup>12</sup>. Ejemplifican lo señalado, la redacción de los primeros textos constitucionales de 1823<sup>13</sup> y 1826<sup>14</sup>, los cuales prescribían que «para ser ciudadano es necesario»: nacionalidad (ser peruano), estado civil (ser casado), grado de instrucción (saber leer y escribir) y tener una renta (ser propietario, ejercer profesión, arte, u ocuparse de industria útil), ser independiente (sin sujeción a otro), lo que de plano excluía a todas las mujeres.

Posteriormente, la Constitución de 1828 añadió al concepto de ciudadanía el adjetivo de «hombre»<sup>15</sup>. Fórmula que no innovó la configuración del ciudadano, pero que fue continuada en la Constitución de 1834, la cual le incorporó el adjetivo de «libre», para diferenciarlo de la población esclava<sup>16</sup>, y así también se estableció como exigencia la profesión religiosa del catolicismo. La Constitución de 1839 estableció como requisitos del hombre ciudadano, el estado civil y la edad<sup>17</sup>, mientras que la Constitución liberal de

<sup>11</sup> Juan Carlos RUIZ MOLLEDA, «Estado sin ciudadanos: la ciudadanía política en las constituciones políticas del Perú», en *Pensamiento Constitucional*, Año X, núm. 10, p. 263.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 264.

<sup>13</sup> Artículo 17 de la Constitución de 1823: «Para ser ciudadano es necesario: 1.- Ser peruano. 2.- Ser casado, o mayor de veinticinco años. 3.- Saber leer y escribir, cuya calidad no se exigirá hasta después del año de 1840. 4.- Tener una propiedad, o ejercer cualquiera profesión, o arte con título público, u ocuparse en alguna industria útil, sin sujeción a otro en clase de sirviente o jornalero».

<sup>14</sup> Artículo 14 de la Constitución de 1826: «Para ser ciudadano es necesario: 1.- Ser peruano. 2.- Ser casado, o mayor de veinticinco años. 3.- Saber leer y escribir. 4.- Tener algún empleo o industria; o profesar alguna ciencia o arte, sin sujeción a otro en clase de sirviente doméstico».

<sup>15</sup> Artículo 4 de la Constitución de 1828: «Son ciudadanos de la Nación Peruana: 1.- Todos los hombres libres nacidos en el territorio de la República».

<sup>16</sup> Artículo 3 de la Constitución de 1834: «Son ciudadanos de la Nación Peruana: 1.- Todos los hombres libres nacidos en el territorio de la República».

<sup>17</sup> Artículo 8 de la Constitución de 1839: «Para ser ciudadano en ejercicio se requiere: 1.- Ser casado, o mayor de veinticinco años».

1856 definió al ciudadano como el peruano varón, mayor de veintiún años<sup>18</sup>; fórmula que siendo replicada en la Constitución moderada de 1860, buscó ampliar tal condición al varón nacido en territorio nacional; y –suprimiendo la alusión al sexo– se refirió únicamente a los peruanos<sup>19</sup>. Posteriormente, la Constitución de 1867, mantuvo el mismo criterio, pero con inclusión de los emancipados<sup>20</sup>. Por último, la Constitución de 1920, delimita la ciudadanía a los peruanos, casados o mayores de veintiún años, en condición de alfabetos y con registro militar<sup>21</sup>.

Como puede verse, la exclusión de ciudadanía por razones de sexo, no se hizo explícita en la mayoría de las constituciones del Perú, pues la extendida asunción cultural de que las mujeres estaban naturalmente inhabilitadas para inmiscuirse en asuntos políticos, llevó a los legisladores a utilizar alternativamente términos como «ciudadano peruano», sin alusión directa al sexo, para utilizar posteriormente, términos como «varones» u «hombres» que, explícitamente, restringían el derecho de ciudadanía a las élites de la población masculina<sup>22</sup>.

No obstante, esta alusión a la identidad sexual del ciudadano a través de los complementos «hombre» o «varón», «casado», teóricamente, podría haber creado expectativas respecto de la posibilidad del sufragio femenino, pues mediante estas fórmulas se trasladaba al plano de lo posible su ciudadanía política. Sin embargo, el patriarcalismo cultural no puso en tela de juicio esta diferenciación, por lo que los textos constitucionales siguieron utilizando, con algunas especificaciones, fórmulas cada vez más excluyentes, sin que ningún debate constitucional planteara una posición diferente; ello, hasta la Asamblea Constituyente de 1931.

En resumen, la alternancia en nuestros textos constitucionales de la omisión o la identificación sexual del ciudadano, resulta irrelevante desde la perspectiva de la voluntad de la norma, que excluía por definición la par-

---

<sup>18</sup> Artículo 36 de la Constitución de 1856: «Son ciudadanos o se hallan en ejercicio de los derechos políticos, los peruanos varones mayores de veintiún años, y los casados, aunque no hayan llegado a esta edad».

<sup>19</sup> Artículos 37 y 38 de la Constitución de 1860: «Son ciudadanos en ejercicio, los peruanos mayores de veintiún años; y los casados, aunque no hayan llegado a dicha edad».

<sup>20</sup> Artículo 38 de la Constitución de 1867: «Son ciudadanos en ejercicio los peruanos mayores de veintiún años y los emancipados».

<sup>21</sup> Artículo 63 de la Constitución de 1920: «Son ciudadanos en ejercicio, los peruanos mayores de 21 años y los casados, aunque no hayan llegado a dicha edad».

<sup>22</sup> Rina VILLARS, «Exclusión e inclusión de la mujer en la ciudadanía política...», *op. cit.*, p. 305.

ticipación de las mujeres en la vida política, por lo que “todos los textos sobre ciudadanía son marcados o exclusivos, independientemente de que presenten o no el especificador de exclusión: «varones»<sup>23</sup>.

Con lo expuesto queda explicado por qué a pesar de que el constitucionalismo liberal abanderó la igualdad de derechos como postulado básico, indicando que «todos los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos». Sin embargo, mediante la omisión normativa, la mujer fue ignorada como sujeto de derecho, mediante una práctica normativa implícita, de interpretación del término «hombre», no como sinónimo de «humanidad», sino como equivalente único del género masculino.

### **III. Del silencio a la razón. El debate constitucional de 1931**

El escenario político de la Constitución de 1933 corresponde al final del período de Augusto B. Leguía y al comienzo del tercer militarismo, instaurado con el levantamiento militar de Luis Sánchez Cerro en Arequipa, etapa que constituyó una de las peores crisis políticas de la historia republicana<sup>24</sup>.

118

La emergencia de los partidos políticos como el APRA y el Partido Socialista, en la década anterior, propiciaron la antagónica relación con la Unión Revolucionaria<sup>25</sup> y su líder Sánchez Cerro, quien representó los intereses de oligarcas y conservadores, pero también los intereses de obreros, comerciantes y campesinos.

El papel de Sánchez Cerro, como articulador de fuerzas disímiles, podría explicarse en el odio de la oligarquía hacia Leguía y en la confianza que las clases populares depositaron en este nuevo caudillo, que como garantía del orden, fue fácilmente cortejado por los grupos civilistas y oligárquicos.

El debate constitucional, iniciado con el concurso aprista, terminó con su ausencia y persecución. Pero la mayor trascendencia del debate se situó en la *ciudadanía*, abordándose temas como el establecimiento del voto obligatorio y secreto, así como la discusión sobre el sufragio femenino.

---

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 294.

<sup>24</sup> Roisida AGUILAR GIL, «El sufragio de la mujer: debate en el Congreso Constituyente de 1931-1932», en *Elecciones*, Lima, Centro de Investigación Electoral, ONPE, 2002, p. 125.

<sup>25</sup> Representó al oficialismo en el Congreso Constituyente de 1931. Aunque careció de una ideología coherente y de un programa político propio, agrupó a políticos de diversas tendencias: conservadores, antiguos civilistas, nacionalistas, social-nacionalistas y regional-socialistas.

Hasta el contexto de este debate, acaecido entre el 26 de diciembre de 1931 y el 12 de enero de 1932, los únicos países que habían reconocido el sufragio femenino, en América, eran Canadá en 1918, Estados Unidos en 1920, y Ecuador en 1929<sup>26</sup>.

Las posiciones de los parlamentarios sobre ese tema se dividieron en tres propuestas: a) en contra del sufragio femenino, posición defendida principalmente por el Partido Descentralista del Perú<sup>27</sup>; b) a favor del sufragio femenino calificado o restringido, posición defendida por el Partido Aprista y el Partido Socialista del Perú; y c) A favor del voto irrestricto o voto amplio, postura defendida por la Unión Revolucionaria<sup>28</sup>.

Caracterizó el contexto del debate la emergencia y diferenciación de las nuevas clases sociales y sus demandas de reconocimiento político, lo cual puso en tela de juicio la demanda por el sufragio universal masculino, presión que abrió las puertas al debate sobre el sufragio femenino. No obstante, la significación de la diferencia sexual implicó que los diferentes actores políticos (aunque todos varones) tuvieran respuestas disímiles, en su mayoría resistentes, respecto a la inclusión femenina en la escena pública. De allí que algunos liberales e incluso progresistas, defensores de la participación política irrestricta de los hombres, elaboraron discursos intolerantes y excluyentes respecto del sufragio femenino.

### **3.1. La tesis excluyente: por qué ninguna mujer debe votar**

Desde que Mary Wollstonecraft en la *Vindicación de los derechos de la mujer* enunciara «voy a hablar en nombre de las de mi sexo», su posición conectó el concepto de ciudadanía con el de identidad sexual, pues reclamó la igualdad e identidad con el hombre, entendido hasta entonces y de manera excluyente, como sujeto universal de ciudadanía.

Dos siglos después, los estudios de género han desarrollado un análisis político para denunciar el patriarcado como una práctica discursiva basada en un entramado de dualismos –socialmente construidos– que subyacen en

---

<sup>26</sup> María Xosé AGRA ROMERO, «Ciudadanía: el debate feminista», en QUESADA, F. *Naturalidad y sentido de la ciudadanía hoy*, Madrid, Publicaciones UNED, 2002, p. 129.

<sup>27</sup> Partido Descentralista, fundamentalmente integrado por los representantes de Puno y Cusco.

<sup>28</sup> Roisida AGUILAR GIL, *Op. cit.*, p. 129.

el concepto de ciudadanía. Estas dicotomías: *masculino-femenino, cultura-naturaleza, público-privado, trabajo-cuidado, producción-reproducción*, se interpolan como pares, y se entrecruzan construyendo espacios simbólicos, desde donde se ha sustentado –históricamente– la inferioridad de las mujeres y su restricción ciudadana.

Desde esa perspectiva, el proceso de formación ciudadana vinculado directamente con el movimiento liberal que reemplazó al antiguo régimen, sería posible solo a través de la construcción de realidades dicotómicas atribuidas de manera excluyente a varones o mujeres. El ideario liberal delimitó el concepto de ciudadanía a la esfera pública, definiendo quiénes son los sujetos de ese espacio político-público, y en esta definición «las mujeres serán implícita o explícitamente, un *no sujeto* en torno al cual van a converger las presuntas contradicciones y paradojas de la ideología liberal»<sup>29</sup>.

Como ya hemos explicado, la ciudadanía liberal no fue universal sino excluyente. Las razones de exclusión fueron diversas, como la instrucción, la raza, la propiedad, la renta, la dependencia y el sexo. Sin embargo, casi todas las exclusiones en mayor o menor medida, se definían como pasibles de redención, a partir de méritos individuales. Pero la exclusión ciudadana de las mujeres se entendió como no contradictoria de la universalidad de la igualdad, por derivar esta de diferencias «esenciales» y «naturales», que hacían de las mujeres seres no independientes, no autónomos, y casi no «racionales», lo cual no solo era irredimible, sino que además resultaba compatible con la proclamada igualdad abstracta.

### **Ninguna mujer debe votar: porque la mujer es naturaleza**

Rousseau desmontó teóricamente el régimen estamental basado en desigualdades naturales, contraponiéndolo a una concepción individual del ciudadano, sujeto de derecho e igualdad jurídica. Mediante la teoría del *contrato social*, Rousseau propuso la ficción de la existencia de un pacto legitimador entre individuos libres e iguales, quienes en aras de garantizar la seguridad, la propiedad y la vida en colectividad, limitan voluntariamente su propia libertad. Todo ello para garantizar los bienes que en el estado pre-contractual «de naturaleza», no se encontrarían garantizados.

---

<sup>29</sup> Ana AGUADO, «Ciudadanía, mujeres y democracia», en *Historia Constitucional*, núm. 6, 2005, p. 14. Disponible en: <goo.gl/kxcNwa>.

Sin embargo, este contrato, para ser legítimo, ha de ser realizado entre individuos libres e iguales, condiciones que, según Rousseau, las mujeres no cumplían. Ellas, como seres pre-cívicos, no salían completamente del *estado de naturaleza*, en tanto su anatomía, su cuerpo, constituía el sello de su desigualdad. Por lo que es a partir de dicha corporalidad que se construyen las diferencias políticas.

El sexo dibuja una línea divisoria e insalvable entre quienes pueden participar de la igualdad y ser incluidos en la ciudadanía y quienes no podrían hacerlo. Las fronteras y clasificaciones respecto de lo femenino y lo masculino, se convierten en ahistóricas, en «naturales» y, por tanto, en no susceptibles de cambio.

La crítica feminista contemporánea al contrato social tiene en Carole Pateman a una de sus representantes más significativas. La autora lleva a cabo una revisión de la teoría liberal partiendo de la relevancia política de la diferencia sexual. Critica la naturalización de diferenciación política, basada en el sexo y el ocultamiento en la historia del contrato social, de un contrato específico incluido al que denomina el *contrato sexual*.

121

Según Pateman los teóricos del contrato social construyeron sobre la diferencia sexual la diferencia política y, con ella, la diferencia entre la libertad natural de los hombres y la sujeción natural de las mujeres. En su análisis enfatiza que el contrato sexual no está solo asociado a la esfera privada. A partir de este pacto la sociedad se bifurca en dos: lo natural y lo cultural, o subjetivo y racional, el espacio privado y el público. Sin embargo, la unidad del orden social se mantiene en gran parte a través de la estructura de las relaciones patriarcales.

Esta lógica binaria de oposición de pares constituye el principio central organizador de la sociedad liberal moderna. Y es en la oposición de los términos binarios que se establece una relación de jerarquía y generación de significados respecto de lo atribuible a la condición de hombre y de mujer. «Con arreglo a ello, mientras el contrato social es una historia de la libertad, el contrato sexual es una historia de la sujeción»<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> Carole PATEMAN, *El contrato sexual*, México D.F., Universidad Autónoma Metropolitana/Anthopos, 1995, p. 10.

Como afirma Pateman, «el patriarcalismo, nunca dejó de ser parte esencial ni constitutiva de la teoría y práctica del liberalismo»<sup>31</sup>. Prueba de ello es que una de las contraposiciones fundamentales, sobre las que se erige el liberalismo, es la identificación de la mujer con la naturaleza y el hombre con la cultura.

Los discursos que esencializan u ontologizan las diferencias sexuales para justificar la exclusión de ciudadanía, hacen derivar de la biología, de la condición de la especie, la identidad entre la mujer y la naturaleza. Y no es casual que esa identidad aluda también en el ideario liberal a escenarios sobre los que hay derecho de dominar, domesticar, educar y civilizar.

Esta identificación de la mujer con la naturaleza no fue propia del iusnaturalismo, sin embargo sí fue apropiada por este<sup>32</sup>. Por ejemplo, en *La política* de Aristóteles, la naturaleza –teniendo en cuenta la necesidad de la conservación– habría creado a unos seres para mandar y a otros para obedecer. Y así también, habría querido que el ser dotado de razón y de previsión mande como dueño sobre quienes, por sus facultades corporales de ejecutar las órdenes, le obedezcan. En la lógica de Aristóteles esta condición es compartida por los esclavos y las mujeres, eres a los que la naturaleza no les ha dado sino el destino perfecto de servir<sup>33</sup>.

122

Este tipo de discurso es re-apropiado y re-legitimado por el iusnaturalismo racionalista, en lo tocante a los nuevos presupuestos sobre los cuales se tendría que asentar el derecho natural. La naturaleza, como estado pre contractual, se manifiesta como el caos original, que debió ser estructurado y organizado por el contrato. La idea de la cultura como expresión de este actúa como un paradigma legitimador frente a lo caótico natural y funciona como un poder organizativo de la sociedad y, por ello, dominante.

El ideal de progreso es opuesto a la existencia meramente natural, de manera que la naturaleza se considera como algo inferior a la cultura. Se derivan de este orden la división sexual del trabajo, que implica la restricción de las mujeres a las tareas reproductivas, como centros de la domesticidad, ex-

---

<sup>31</sup> Carole PATEMAN, «Críticas feministas a la dicotomía público/privado», en Carmen CASTELLS (coord.), *Perspectivas feministas en teoría política*, Paidós, Barcelona, 1996.

<sup>32</sup> Cfr. Mar ESQUEMBRE VALDÉS, «Género, ciudadanía y derechos, la subjetividad política y jurídica de las mujeres como clave para la igualdad efectiva», en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 23, 2010, pp. 47-85.

<sup>33</sup> Aristóteles. *La Política*. Madrid: Nuestra Raza, s.f.

clusivamente dedicadas a las necesidades de sus hijos y de su círculo familiar; mientras que a los hombres se les representa como intelectuales, políticos y vinculados con el interés general.

La cultura se identifica con la creación y el mundo de los hombres, porque la biología y los cuerpos de las mujeres, las acercan más a la naturaleza y porque la crianza de los hijos y las tareas domésticas, y su trato con infantes no socializados, hacen de las mujeres y de la esfera doméstica, aspectos inferiores a la escena cultural. Así se entiende, por ejemplo, de la intervención de Manuel Bustamante de la Fuente, representante del Partido Descentralista del Perú, en el debate sobre el sufragio femenino: «la naturaleza desde tiempos primitivos, había encomendado a la mujer, ser la conservadora de la especie, del hogar, la familia y sus tradiciones».

Desde esta conceptualización de la mujer como naturaleza, se legitima toda la organización social. Y al mismo tiempo, se establece un mecanismo de asignación de los espacios y roles, dentro de los cuales el sufragio como práctica del espacio público y cultural resultaba incompatible con lo femenino.

Así lo expuso el independiente Manuel Ignacio Frisancho, quien defendiendo su postura excluyente respecto del sufragio femenino señalaba que «no se le quitaba a la mujer ningún derecho sino que la naturaleza ha dispuesto que se imponga trabajo conforme a las facultades de ella y por ello; le ha asignado el hogar, dominio de la familia y al hombre le ha señalado también la lucha y el velar por los intereses generales de los pueblos»<sup>34</sup>.

La cultura es entendida como una práctica social superior al mundo de lo natural, al que pretende regular. Pues mientras la mujer crea de forma natural desde el interior de su propio ser, el hombre es libre de crear culturalmente, con la finalidad de perpetuar y asegurar la subsistencia. Así lo expuso Francisco Pastor, de las filas del Partido Socialista: «la mujer por la función biológica de la maternidad, tenía una contextura peculiar y que por sus diferencias anatómicas y fisiológicas, no era ni inferior ni superior al hombre, tan solo diferente»<sup>35</sup>. Una consecuencia de esta tesis biologicista, defendida desde la diversidad de las posturas políticas, no solo es la justificación de la diferencia política, sino también la apología de un

---

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 567.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 491.

correlato proteccionista. Víctor Colina, del Partido Descentralista, argumentaba que privarle del voto a la mujer «no era negarle un derecho sino salvarla de una obligación de lucha incompatible con su textura física y espiritual»<sup>36</sup>.

Esta postura, encontró también en la ley la natural justificación a la necesidad de tutela. Francisco Pastor, integrante del Partido Socialista, precisaba en su intervención: «la mujer no está humillada por el Código Civil, ni por ninguna legislación, sino que la ley ha interpretado las condiciones específicas de la mujer, no para inferiorizarla, sino para protegerla»<sup>37</sup>.

Sin embargo, fue la intervención del representante del APRA, Miguel Cuculiza, la más clara en términos de esa asignación natural de lugares y roles, cuando se preguntó: ¿qué pasaría cuando enardecida alguna mujer en un mitin «nos lance una piedra en vez de una sonrisa, un ¡viva Cerro! o un ¡viva el Apra!, en vez de un viva el amor? Lanzar a la mujer a la política era como arrojar a una flor al fango; era invertir la naturaleza»<sup>38</sup>.

### **Ninguna mujer debe votar: porque la mujer pertenece al ámbito familiar privado**

El liberalismo, como sistema político patriarcal, se estructura desde la organización familiar. Bodino, uno de sus representantes, consideraba que la verdadera fuente y origen de la república es la familia, como institución de carácter natural. El concepto de soberanía, piedra angular de su teoría política, explica que «es el poder absoluto y perpetuo de una república» y, a su vez, «el recto gobierno de las familias y de lo que les es común, con poder soberano»<sup>39</sup>.

En esta definición la República intercepta a la familia, desde lo que les es común, en consecuencia, queda fuera del ámbito de soberanía de la República, aquello que no les es común. Es decir, el ámbito interno de la familia (madre, hijos, criados y propiedades), aspectos que se encontrarían sometidos a la exclusiva soberanía del jefe de la familia, quien es el soberano en el reino del hogar.

---

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 489.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p.492.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 577.

<sup>39</sup> Jean BODINO, *Los seis libros de la República*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 82.

Para Rousseau, otro de los más conspicuos representante del liberalismo, la familia constituye la primera sociedad natural, y por tanto, un modelo de la sociedad civil. Es a través de ella y del padre de familia, como su representante, que la sociedad se articula como el pacto de los libres e iguales. Según Rousseau: «La familia es, por lo tanto, si se quiere, el primer modelo de las sociedades políticas: el jefe es la imagen del padre, el pueblo es la imagen de los hijos, y habiendo nacido todos iguales y libres, no enajenan su libertad sino por su utilidad (...)»<sup>40</sup>.

En el citado esquema, la sociedad civil que ha nacido a la luz del contrato, está integrada por los individuos libres que –como representantes de cada familia– han suscrito el pacto. Pero la familia solo intercepta el pacto desde la autoridad del padre, sin que se encuentre inserta en él. Por lo que «la esfera familiar privada, está separada de la vida política pública; por tanto, en alguna medida es y no es parte de la sociedad civil. Así como las mujeres son y no son parte del orden civil. Pues no son incorporadas como “individuos” sino como mujeres, lo que en la historia del contrato original, significa que participan en tanto subordinados naturales»<sup>41</sup>.

En consecuencia, las mujeres no actúan en el espacio público, donde solo los varones son los llamados a ejercer los derechos políticos, como hombres públicos. En la *Carta a D’Alembert*, Rousseau explica la razón por la cual se excluía a las mujeres de la política. De ellas asegura: «Ni son expertas, ni pueden ni desean serlo en ningún arte, que les falta el ingenio, que los libros salidos de su pluma son todos fríos y bonitos como ellas, que les falta razón para sentir el amor e inteligencia para saber describirlo. Su sitio es el hogar; permitirles lo contrario constituye para ellas una invitación a su propia deshonra»<sup>42</sup>.

Así, la lógica del contrato social precisaba la exclusión de las mujeres y su reclusión al ámbito familiar doméstico. Pero más que una separación, se requería de una retroalimentación en la medida en que el espacio político masculino se apoyase y retroalimentase sobre una esfera privada «femenina». Por lo tanto, mantener las dos esferas separadas, suponía asumir que ciertas actividades y relaciones son, de algún modo, irrelevantes y, por

---

<sup>40</sup> Jean Jacques ROUSSEAU, *El contrato social*, Espasa Calpe, Madrid, 2007, p. 32.

<sup>41</sup> Carole PATEMAN, *El contrato sexual*, op. cit., p. 250.

<sup>42</sup> Citado por Fernando CALDERÓN QUINDÓS, «La mujer en la obra de Jean Jacques Rousseau», en *Revista de Filosofía*, Vol. 30, núm. 1, 2005, p. 172.

tanto, apolíticas, por lo que quedan subsumidas en los aspectos secundarios referidos al ámbito más privado y personal. En esta lógica, las mujeres pertenecen y no pertenecen a la sociedad civil. Es decir, pertenecen en la medida que la familia es parte de ella a través de su representante y jefe; y no pertenecen en tanto no son ciudadanas ni miembros del Estado, por lo que solo pueden acceder a él a través de la intermediación de un varón, mediante el vínculo paterno y/o matrimonial.

La sola posibilidad de que la mujer traspase el ámbito privado de la familia, y le fueran abiertas las puertas de lo político-público, resultaba siendo una realidad peligrosa y amenazante. Una confrontación a la naturaleza misma, que representaba por sí sola, el fin de la vida familiar. Manuel J. Bustamante de la Fuente, del Partido Descentralista del Perú, remarcando la frontera de género que suponía el hogar y advirtiendo de las consecuencias del sufragio sobre este, decía: «la intervención de la mujer en los asuntos públicos llevaría al hogar el germen de las disensiones y a matar la paz y tranquilidad que en él deben existir»<sup>43</sup>.

126

En el ámbito normativo, el Código Civil napoleónico fue la norma modélica para el resto de códigos civiles, incluso el peruano de 1832. En este se establecía un conjunto de disposiciones como el goce de derechos civiles para hombres y mujeres, pero la representación y dependencia de las mujeres a través de sus maridos y padres; la obligación de protección del marido hacia la mujer, así como el deber de obediencia de ésta; la obligación del marido a tener en su casa a la mujer y suministrarle todo lo preciso para las necesidades de la vida, según sus facultades y situación; la limitación de la mujer para dar, enajenar, hipotecar, o adquirir a título gratuito u oneroso, sin intervención del marido. Como se ve, se trataba de normas que en su conjunto sancionaban jurídicamente la subordinación legal femenina dentro de la familia<sup>44</sup>, así como la institucionalización de la función del marido como mediador y representante de la mujer en lo público.

En el contexto de la Constituyente de 1931, la insinuación del sufragio representaba para algunos sectores, fundamentalmente provincianos, agrupados en el Partido Descentralista del Perú, el fin de la familia. Así lo

---

<sup>43</sup> CONGRESO CONSTITUYENTE DE 1931, Diario de Debates, Tomo I, Lima, La Nacional, 1936, sesiones del 28 de noviembre de 1931 al 23 de enero de 1932, p. 569.

<sup>44</sup> Ana AGUADO, «Ciudadanía, mujeres y democracia», *op. cit.*, p. 20.

expuso Emilio Venero: «si la mujer participaba en la política llegarían a suceder una serie de cuadros pavorosos; como luchas, lágrimas, el abandono de los menudos hijos, separación, divorcio, etc. Destrocen esos santuarios del amor, allí donde se cultiva, la dignidad, el honor y la fidelidad; que se tenga que romper la unidad conyugal para ver al hombre por un lado y a la mujer por otro lado»<sup>45</sup>.

Trastocar el ordenamiento familiar a través del sufragio subvertía fundamentalmente el monopolio o control absoluto del varón en la esfera pública y privada, pues permitía que el reino paterno de la familia, entrase en contacto con los valores de la escena política pública. Así lo dio a entender el independiente Ignacio Frisancho: «No era posible arrancar a la mujer del hogar para lanzarla a atender los altos intereses nacionales»<sup>46</sup>.

En efecto, muchas posturas antisufragistas fueron socialmente justificadas por su defensa del fuero familiar y los valores que este encarnaba, como se puede observar de la intervención del descentralista Manuel Bustamante de la Fuente: «Ninguno de los representantes a favor del voto femenino desearía encontrar, al regresar a su hogar, cansado de la lucha cotidiana, en vez de la paz y tranquilidad que necesita, del halago suave y sedentario de una mujer cariñosa y femenina, un ambiente caldeado por la lucha y las pasiones políticas»<sup>47</sup>.

Pero lo más subversivo de la agenda parlamentaria era que el sufragio cuestionaba radicalmente el monopolio de la autoridad masculina en la esfera privada, como lo expuso el independiente Emilio Abril Vizcarra: «¿Cuál sería la situación de éste dentro del hogar (...) cual era Jefe? Permitiendo el voto político a la mujer, se habría conseguido (...) sembrar la anarquía y el caos en el seno del hogar en el que los roles estarían confundidos».<sup>48</sup>

Las posturas excluyentes encontraron sustento teórico y su mejor apoyo argumental en la diferenciación entre los derechos individuales o naturales y los derechos políticos. Por ejemplo, Emilio Abril Vizcarra, argumentó en contra del sufragio y llamó la atención respecto de la necesidad de que primero les sea otorgado a la mujer el amplio ejercicio de sus derechos civiles,

---

<sup>45</sup> CONGRESO CONSTITUYENTE DE 1931, Diario de Debates, *op. cit.*, p. 597.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 615.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 569.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 615.

antes que concederle como una «gracia» el ejercicio de los derechos políticos, pues estos no eran una verdadera necesidad, por lo que cualquier reforma en favor de la mujer implicaba la modificación del Código Civil: «la mujer se sujeta a una completa dependencia. Según esa ley, la mujer casi nunca (salía) de la patria potestad; (no podía) ejercitar sus derechos civiles; (...) adquirir bienes, ni menos enajenar sus bienes propios, sino con el consentimiento de su marido (...) ser fiadora, testigo testamentario, etc.»<sup>49</sup>.

Por tanto, antes que derechos políticos, la mujer requería el ejercicio de derechos civiles, pues con ellos podría dedicarse al magisterio, encargándose de la instrucción primaria. Así lo dio a entender el representante del Partido Socialista Francisco Pastor: «la primera maestra en el hogar y porque pedagógicamente, en la educación, hay que seguir un proceso maternal educativo (...). Igualmente en la Medicina Infantil, la Puericultura y en una serie de sectores que el hombre ha usurpado, deberían ser de la atribución específica de la mujer»<sup>50</sup>. Esta postura explicaba que a través de estas actividades de emancipación económica, se modernizaría de manera más eficiente el estatus personal de la mujer, pues «este sería el ideal moderno, científico y humano de la conquista de la mujer y no una grotesca igualdad con los hombres»<sup>51</sup>.

128

Como puede verse, los representantes del Partido Socialista del Perú, mantuvieron posturas contradictorias respecto a la igualdad de derechos de la mujer. Cercanos a la línea de Proudhon, apostaban aún por el hogar o la prolongación de este, como los lugares o espacios ideales para la actividad femenina. De otro lado, la postergación de los derechos civiles respecto de los económicos, se explicaba en la postura de los propios Marx y Engels, respecto a que la emancipación de la mujer solo se haría realidad tras la liquidación del capitalismo, a través de una revolución socialista. En consecuencia, la lucha de las mujeres debía subordinarse, o –como mucho– ir unida a la lucha de clases, con el argumento fundamental que la emancipación femenina implicaba la independencia económica frente al hombre.

Otro de los argumentos en contra del sufragio femenino, partía de establecer que en tanto la mujer no había luchado por este derecho, no le interesaba y por tanto, no lo merecía. El descentralista Emilio Romero señalaba

---

<sup>49</sup> *Ibid.*

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 491.

<sup>51</sup> *Ibid.*

que la mujer debía conquistarlo como sucedió en otros países, a saber, Inglaterra, Estados Unidos, Alemania: «sería más honroso y digno que la mujer por su propio esfuerzo lograra el derecho de sufragio, por su nueva posición ideológica, no porque los congresistas “galantemente” se lo otorgaran, tal vez demasiado temprano, porque de ser así se desprestigiaría rápidamente»<sup>52</sup>.

El independiente Manuel Ignacio Frisancho también llamó la atención respecto de que la reforma electoral no se correspondía con el interés de las propias mujeres, pues «no correspondía a ninguna necesidad social, no satisfacía ningún anhelo, que si bien había un grupo de señoras y señoritas que propugnaban el voto femenino, ellas no representaban al resto de la República»<sup>53</sup>.

Este argumento de la justificación social del sufragio era compartido por parlamentarios de distintas tendencias. El descentralista Emilio Romero, por ejemplo, expresó haber consultado a un gran sector de la población femenina: «muchos de sus elementos me han preguntado con cierta inquietud si va a ser obligatorio porque gran número de mujeres tiene temor y tiene la convicción íntima de que no se les debe obligar a dar este paso»<sup>54</sup>.

Que la mujer no puede votar en tanto pertenece al ámbito de lo familiar-privado, constituye el argumento central que remarca la frontera del género, pues la política representaba una amenaza a la feminidad, a la identidad biológica de la mujer y a la preservación de su función tradicional al interior de la familia como madre y esposa. Así lo sustentaba la intervención del descentralista Erasmo Roca: «la mujer, teniendo la función propia y definida por la naturaleza dentro del hogar, es sacada de ahí para llevarla a la lucha candente de la vida social y política, para imponerle una función que no le corresponde (...) el hombre tiene la obligación de ejercitar la ciudadanía (...) de intervenir en la vida política, porque está capacitado para ello (...) está en la obligación de intervenir no como ejerciendo ese privilegio, o un derecho innato, sino como una función propia de su organismo»<sup>55</sup>.

Pero, al mismo tiempo, la feminidad representaba un peligro para el ejercicio de la política y el monopolio masculino de ella, como fluye de

---

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 495.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 567.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 494.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 485.

lo expuesto por Francisco Pastor, representante del Partido Socialista del Perú: «debía intervenir un concepto científico, según el cual el sistema intelectual de la mujer era inferior. Además, los roles entre los sexos están bien definidos (...) el feminismo pretende masculinizar a las mujeres, como si los hombres pensarán conquistar la masculinidad interviniendo en la crianza de los niños o en los menesteres de la cocina». <sup>56</sup> Esta idea se complementa con lo expuesto por el Manuel J. Bustamante: «nada era menos femenino que las sufragistas inglesas, que solo se distinguían del hombre por la indumentaria» <sup>57</sup>.

### **Ninguna mujer debe votar: porque la mujer es subjetividad**

El liberalismo se estructura sobre la base de leyes o principios universales deducidos de la razón, que, a su vez, legitiman el origen de la comunidad política. En el estado de naturaleza y en la sociedad civil posterior al pacto, las mujeres no son libres, como tampoco iguales a los hombres, porque carecen naturalmente de una cualidad principal: el atributo de la razón.

130

El mundo de lo público se estructura a través de la razón universal como espacio en el cual no rige la subjetividad. Y la mujer, en el ideario liberal patriarcal, se encuentra entrampada en la particularidad de su ser, por lo que es incapaz de escapar a sus emociones y, por ende, incapaz de razonar y de sujetarse a las normas generales y universales.

Este discurso de inferioridad ética femenina es sostenido por distintos autores. Carole Pateman destaca que Hegel, por ejemplo, en su *Filosofía del derecho* considera que la mujer «tiene su destino sustantivo en la familia, y estar imbuida de piedad familiar es el marco ético de su mente. (...) en Antígona, la piedad familiar, la ley de la mujer se opone a la ley pública y (...) esta es la oposición ética suprema (...) las mujeres se educan —¿quién sabe cómo?— respirando ideas, viviendo, en lugar de adquirir conocimiento. Un varón, en cambio, tiene una vida sustantiva real en el Estado» <sup>58</sup>.

Lo objetivo racional es uno de los ejes discursivos y elemento constitutivo de los estados liberales. Pero en este, la representación de la mujer como un ser emotivo e irreflexivo, se traducía en la posibilidad de ser malea-

---

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 490.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 568.

<sup>58</sup> Citado por Carole PATEMAN, *El contrato sexual*, op. cit., p. 244.

ble en las manos de los otros, entendiendo por estos al marido, sus padres y sus hermanos<sup>59</sup>. En el debate constituyente, Bustamante así lo hacía notar: «siendo la mujer sumamente sugestionable y emotiva, su voto no sería independiente sino representaría la opinión de las personas que la rodean o sea del marido, padre, hermano, autoridad»<sup>60</sup>.

Por ello, ante el inminente riesgo del ejercicio del sufragio, a manos de un electorado inconsciente, que distorsionase numéricamente las tendencias políticas, tanto conservadores cuanto liberales, expresaron sus resquemores. Francisco Pastor, miembro del Partido Socialista del Perú, por ejemplo sostenía que «no estando emancipada la mujer en su conciencia, no teniendo el criterio sereno que requieren los asuntos del Estado y no estando libre su pensamiento de ciertos “prejuicios” no era posible que se le concediera el voto a la mujer»<sup>61</sup>.

Por otro lado, a la posibilidad de la influencia política del entorno familiar sobre el voto femenino, se sumó el prejuicio sobre el carácter místico y clerical de la formación femenina, todo ello en contraste con un pretendido proceso de secularización y racionalización masculina. Esta perspectiva acentuó el pragmatismo del debate y propició el cálculo político respecto de cuál sería la conveniencia de la autorización del voto o de su negación. El descentralista Víctor Colina, señalaba que la mujer había recibido una educación «esencialmente mística y sobre las bases afectuosísimas de la obediencia ciega y el respeto irreflexivo (...) el voto femenino entre nosotros sería el voto de los religiosos y eso significaría aumentar el electorado del conservadurismo ultramontano»<sup>62</sup>.

Al igual que la defensa de la familia había sustentado la oposición al sufragio, la defensa de una supuesta moral femenina o un código de virtud propio, se utilizó también en la misma causa. Emilio Romero, del Partido Descentralista, pedía a sus congéneres no cometer la injusticia de reconocer el derecho político de la mujer solo para traerla al «festín político electoral». Así, decía: «no manchemos sus manos con la tinta de las huellas digitales;

---

<sup>59</sup> Rina VILLARS, *op. cit.*, p. 313.

<sup>60</sup> CONGRESO CONSTITUYENTE DE 1931, Diario de Debates, *op. cit.*, p. 569.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 567

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 604.

conseremos las manos de la mujer blancas e inmaculadas hasta que la hayamos colocado en el verdadero sitio que le corresponde»<sup>63</sup>.

En contrapartida al discurso de sugestionabilidad femenina, se propició otro discurso respecto de su excelencia moral, exaltando a las mujeres como seres superiores, ajenos e ignorantes de la corrosión del mundo público, y naturalmente protegidas en el espacio y remanso de su hogar. El independiente Abril Vizcarra expuso al respecto: «la mujer por ser abnegada y virtuosa podía desempeñarse en el campo de la beneficencia porque dicha actividad era cercana a su papel de madre. Si por alguna circunstancia, salía fuera del marco del rol que desempeñaba en el hogar y en el seno de la sociedad, se perderían la ecuanimidad y el señorío que la hacían tan grande y soberana dentro del “santuario de la familia”, y entonces muy fácilmente se precipitaría por la pendiente de la degradación»<sup>64</sup>.

La *objetivo racional*, como eje discursivo de lo público político, resultaba opuesto a lo *subjetivo irracional* del ámbito femenino. Por tanto, la sugestionabilidad natural, premunida de ciudadanía política, se traducía en la posibilidad de subvertir la relación de dependencia de la mujer con relación a sus maridos, padres, hermanos y otros varones. Peligro que debía conjurarse. Así se expuso en la intervención de Francisco Pastor, representante del Partido Socialista del Perú: «Pues el alto grado de sugestionabilidad, haría que el amante hiciera lo que quisiera de ella o que al participar en actividades públicas, la mujer perdiera el nivel elevado que tenía»<sup>65</sup>.

Así también, en la lógica de las dualidades, la vida amoral pública-política, resultaba siendo opuesta a la moral privada de la vida familiar, por lo que negarle el voto implicaba salvaguardar a la mujer, y con ella a la familia y los valores que representaba, como lo exponía Francisco Pastor: «la vida política con sus pasiones y sus luchas había enlodado demasiado a los hombres, para que las mujeres, con su pureza, penetren en sus encrucijadas»<sup>66</sup>.

Pero en el fondo, el discurso de superioridad moral de Pastor escondía uno de inferioridad, pues partía de las diferencias naturales y de su consecuente asignación de roles: «a la mujer por ser psicológicamente más senti-

---

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 495.

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 615.

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 492.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 492-493.

mental y emotiva que el hombre, se le había asignado el hogar y la familia y era allí donde la mujer debía “afirmar sus virtudes”; mientras que el hombre por ser “más intelectual”, estaba preparado para la “lucha por la vida”<sup>67</sup>.

### **3.2. La tesis restrictiva: por qué solo algunas mujeres pueden votar**

Tienen derecho a sufragio todos los peruanos que sepan leer y escribir mayores de 18 años, sin distinción de sexos, pero las mujeres para expresar tal derecho deberán poseer algunos de los requisitos siguientes: a) Casada o madre de familia. b) Profesional. c) Empleada. d) Profesora. e) Ejercer industria o comercio propio. f) Obrera. g) Autora de libros<sup>68</sup>.

El feminismo de la primera ola buscó la ampliación de los derechos civiles y políticos, como estrategia de equiparación con los varones en la esfera pública, a través de la educación y el trabajo. La puerta de entrada al espacio público, y con ella al ejercicio del poder, implicaba la conquista de estos derechos como estrategias y requisitos de ciudadanía.

El Partido Aprista había considerado en su programa mínimo la igualdad de derechos políticos para la mujer: Luis Alberto Sánchez, recordando el programa decía: «Nosotros dijimos (...) daremos igualdad de derechos políticos a la mujer. ¿A todas las mujeres? No, el APRA reconoce el voto calificado para la mujer trabajadora, y madre de familia que había conquistado su emancipación económica en el trabajo y en el estudio»<sup>69</sup>.

Luis Heysen Inchaústegui, también aprista, señaló que «el voto de la mujer que trabaja, estudia o piensa no era cuestión de edad o sexo sino era una cuestión económica y espiritual en la lucha por lograr que la «costilla bíblica» se transforme en ciudadana (...) aportando las armas y los instrumentos de su propia liberación concurra con los ciudadanos, con los trabajadores manuales e intelectuales, las clases medias, obrera y campesina, a transformar el Estado peruano, haciendo no un estado opresor, sino un estado de libertad, de justicia y de igualdad económica»<sup>70</sup>.

---

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 491.

<sup>68</sup> *Ibid.* (Propuesta de la Comisión en minoría)

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 495.

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 612.

Pero la educación y el trabajo no fueron concebidos por esa primera generación de apristas, como estrategias meritocráticas para la ciudadanía femenina. Antes bien, fueron tenidas como estrategias de protección frente a realidades indeseadas y el fracaso de los mecanismos naturales de su tutela. Miguel Cuculiza, por ejemplo, planteaba que se le dé el voto, pero «a la mujer que trabaja y que haya sentido amargarse su espíritu por la voz del patrón y por la explotación de su esfuerzo por el capital; el voto para la mujer que estudia y que haya sentido morir sus ilusiones al beber en la fuente envenenada de la filosofía; y, así, para tantas otras mujeres que se encuentran en semejantes circunstancias: desviadas de su destino por la cobardía de los hombres y por la injusticia social»<sup>71</sup>.

El requisito de la cultura, al igual que el del trabajo, se articulaba también como estrategia contra el misticismo o clericalismo que como cualidad natural se había endilgado a la mujer y que hacían desconfiar del destino del voto femenino, como argumentaba Luis Heysen Inchaustegui: «El misticismo de la mujer se atempera a medida que ésta se basta a sí misma por acción del trabajo y la cultura. Por consecuencia sobre estas bases cabe conceder el derecho del sufragio a la mujer»<sup>72</sup>.

134

### **El voto solo para las mujeres que «trabajan»**

El trabajo como símbolo de conquista del mundo público significaba trascender todas las formas de inclusión tutelada. Ricardo Reyna Feijóo, del Partido Aprista, sostuvo «que la mujer para tener el derecho de sufragio debía alcanzar su independencia económica porque la mujer que trabajaba era consciente y sabría por quién iba a votar»<sup>73</sup>.

Pero la exigencia de trabajo para el ejercicio de la ciudadanía confronta la problemática de saber qué se entiende por éste. Es decir, si trabajo únicamente es el efectuado en el ámbito productivo, a cambio de una remuneración y fuera del espacio doméstico, o si también se puede considerar trabajo el efectuado sin remuneración dentro de la esfera reproductiva. Este era el punto de inflexión entre las tesis restrictivas y la posición por el sufragio irrestricto.

---

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 579.

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 402.

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 490.

El aprista Ricardo Reyna Feijoo respondiendo a Matías Manzanilla (que había defendido el sufragio irrestricto para las mujeres que no trabajan) sostenía que: «una cosa es el trabajo como pena, como obligación, y otra cosa, es el trabajo como distracción»<sup>74</sup>. Luis Alberto Sánchez, también argumentaba que «una de las condiciones fundamentales del trabajo es la retribución; el salario su condición esencial (...) nosotros sostenemos en primer término, que solo tiene derecho político quien lo gana por su esfuerzo»<sup>75</sup>. En consecuencia, «decir que la mujer que trabaja en su casa es una trabajadora, a pesar de que no gana salario ni realiza el trabajo, era sencillamente demagogia»<sup>76</sup>.

La postura de Luis Alberto Sánchez se resumía en: «el voto femenino a medida que se agrupen en sindicatos profesionales; es decir, a medida que vayan trabajando»<sup>77</sup>; lo que implicaba la participación política, solo de mujeres que trabajaban por una remuneración y, además, estaban agrupadas en gremios, sindicatos u otras organizaciones partidarias. De este modo, el trabajo remunerado se constituyó en fuente meritocrática de redención de la femineidad y en la antípoda de la escena doméstica.

Manuel Seoane, aprista, sostenía que «el voto es un derecho que emana de la actividad económica que desarrolla el individuo. Es una consecuencia de su contribución de trabajo en la sociedad. Pero no del trabajo-deporte, del trabajo-entretenimiento, sino del trabajo-obligación, del que cumple el individuo, no para distraer su tiempo, sino porque tiene la necesidad de ganarse el sustento en la lucha por la vida. Todo el que se encuentra frente a la necesidad de trabajar para poder satisfacer sus necesidades vitales, no solamente colabora en el proceso económico de la sociedad, sino que crea su derecho propio para intervenir en el gobierno, en la orientación de la sociedad»<sup>78</sup>.

Bajo la consigna «que la mujer salga del hogar para obtener su derecho político y no que ella lo gane por seguir siendo una señorita»<sup>79</sup>, se planteó una estrategia de clase, otorgándole el voto a la trabajadora instruida

---

<sup>74</sup> *Ibid.*

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 496.

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 584.

<sup>77</sup> *Ibid.*, p. 498.

<sup>78</sup> *Ibid.*, p. 616.

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 498.

de clase media, pero negándole el mismo derecho a las mujeres no instruidas del sector alto. Advertía Heysen Incháustegui la relación entre el clericalismo y las clases altas, enfatizando: «diferimos, con quienes quieren otorgarles ciudadanía, a la muñequita o a la niña de sociedad, que siendo una desocupada no produce y que siendo una desocupada está al mismo tiempo expuesta a sufrir influencias extrañas, si se quiere clericales»<sup>80</sup>.

Otros apristas, entre ellos Arturo Sabroso, en la misma línea argumental, remarcaron que el voto debía ser otorgado para la mujer que «trabaja, que piensa y que estudia, en contra de otorgarlo a la muñequita, niña de salón, pues no era trabajo el que realizaba la señoritinga engreída dentro del hogar, aunque sea bordando los pañuelitos del papá»<sup>81</sup>.

No obstante, el APRA también defendió el voto rural de las mujeres del sector medio y bajo, de las que poseían pequeñas propiedades o eran comerciantes: «Somos un partido que alinea en su frente a las clases productoras. Excluimos a los parásitos»<sup>82</sup>.

### **El voto solo para las mujeres educadas**

Al igual que el trabajo, la educación se estableció como un mecanismo meritocrático para el reconocimiento del derecho al sufragio femenino. La postura restrictiva, que condicionó el voto al trabajo y al estudio, constituyó una posición minoritaria, opuesta a otorgar el voto sin restricciones, pues consideraba, como Luis Heysen Incháustegui que la mujer era: «fundamentalmente mística y su incorporación a la vida política del país en forma irrestricta, provocaría el peligro de segura reacción ultramontana perjudicial a la natural evolución del derecho»<sup>83</sup>.

No obstante, la educación y la edad, eran factores que morigeraban dicho carácter sugestionable de las mujeres. El aprista Ricardo Feijóo Reyna, sostenía que la mujer estaba sujeta a la influencia formidable de la religión católica y, por ello, consideró que se le concediera el voto con excepciones y después de que cumpliera los 25 años, porque hasta esa edad estaban sometidas a la «influencia decisiva de las monjas y en el momento

---

<sup>80</sup> *Ibid.*, p. 611.

<sup>81</sup> *Ibid.*

<sup>82</sup> *Ibid.*, p. 584.

<sup>83</sup> *Ibid.*, p. 402.

de las elecciones, no sabría por quién votar y lo haría por recomendación de las religiosas o lo haría tal vez, por las súplicas del novio o por la imposición del confesor»<sup>84</sup>.

Por su parte, Luis Alberto Sánchez explicaba la función de la instrucción respecto de la ciudadanía, así como el respeto a la libertad: «Queremos que cuando se abraza una religión, se abraza con plena deliberación, que sea el sujeto libre y consciente y en consecuencia si sufre la presión mental ello sea consciente y deliberadamente, no la presión que lo sojuzgue, la aniquile, sin deliberación alguna. Queremos que la mujer conquistando su ritmo en el mundo, siga sin vacilaciones y sin temores su marcha hacia la emancipación»<sup>85</sup>.

Pero una gran incongruencia sobre la relación entre educación y ciudadanía ilustró los prejuicios de Luis Alberto Sánchez respecto de la mujer al momento de defender el voto analfabeto «ya que se ha otorgado o se piensa otorgar, que todavía parece un poco difícil, el voto irrestricto y amplio a la mujer con mucha mayor razón se debe otorgar el voto a los analfabetos»<sup>86</sup>.

### **3.3. La tesis inclusiva: por qué todas las mujeres pueden votar**

«Tienen derecho al sufragio los peruanos mayores de veintiún años, sin distinción de sexo, que sepan leer y escribir. También lo tienen los casados o casadas o las madres de familia de dieciocho años, y los emancipados, siempre que sepan leer y escribir» (Dictamen de la Comisión en Mayoría).<sup>87</sup>

En la versión del dictamen de mayoría, que propugnaba la universalización del voto femenino, la noción de ciudadanía política sufre una resemantización, acorde con el escenario político hispanoamericano y la influencia de la expansión del movimiento sufragista en la región. «La imagen de la mujer, como un ser inhabilitado biológicamente para la actividad política, se vio desafiada, por lo que entre las nociones de feminidad y ciudadanía, ya no se estableció la relación de exclusión o de incompatibilidad»<sup>88</sup>.

Representantes del oficialismo como Carlos Sayán Álvarez, del Partido Unión Revolucionaria, argumentaron a favor del voto irrestricto mani-

---

<sup>84</sup> *Ibid.*, p. 490.

<sup>85</sup> *Ibid.*, p. 497.

<sup>86</sup> *Ibid.*, p. 624.

<sup>87</sup> *Ibid.*, p. 401.

<sup>88</sup> Rina VILLARS, *op. cit.*, p. 320.

festando: «Cuanto más se ampliará el ejercicio de las facultades de la mujer, el radio de actividad de sus condiciones espirituales, políticas y de trabajo, armonizará más con el hombre y hará que este encuentre en la mujer una verdadera compañera, un complemento fundamental»<sup>89</sup>.

En su exposición de motivos, la Comisión en mayoría expuso que «no encuentra motivo para establecer ninguna diferencia respecto a la capacidad política entre el hombre y la mujer. Concediéndole el derecho de sufragio al hombre, la supresión de ese derecho en la mujer, envuelve flagrante error y notoria injustificación». Por lo que «La Comisión de Constitución en mayoría, ha desechado la idea de condicionar el voto femenino (...) El voto restringido para las mujeres a una edad mayor que la marcada para los hombres, es una exigencia por lo menos excesiva. (...) Tampoco es admisible el requisito de trabajos en empleos o profesiones (...). Igualmente injusta sería la exigencia de una mayor instrucción (...) Basta con la experiencia general de saber leer y escribir»<sup>90</sup>.

Algunas intervenciones en la defensa del voto irrestricto, podrían agruparse en los siguientes tópicos: Los argumentos en torno a la democracia, a la igualdad, a la libertad y al patriotismo.

### **Todas las mujeres votan: en una democracia**

Para los defensores del voto irrestricto, la Asamblea Constituyente era el momento y contexto de dar el voto a la mujer. Pues como lo afirmaba Matías Manzanilla, agrupado en la Unión Revolucionaria: «Si no era una Asamblea imbuida de la voluntad popular la que destruía las costumbres conservadoras, ¿quién iba a destruirlas? Dicha Asamblea debía consagrar el sufragio femenino porque el voto de la mujer representaba la justicia social»<sup>91</sup>. Contrario a la postura restrictiva en minoría, argumentaba: «el voto calificado por otro lado, establecía privilegios y la Asamblea Constituyente y el siglo XX desechaban los privilegios: era necesario que la democracia del Perú beneficiara a la mujer dándole el voto»<sup>92</sup>.

---

<sup>89</sup> *Ibid.*, p. 589.

<sup>90</sup> *Ibid.*, p. 401

<sup>91</sup> *Ibid.*, p. 421.

<sup>92</sup> *Ibid.*, p. 422

En su exposición de motivos, la comisión partía de criticar a la condición de dependencia legal de la mujer prescrita en el Código Civil de 1852 y proponía incorporarla legítimamente a la esfera pública. Pues esta participación tendría «el hondo sentido de una democracia sincera e igualitaria, ajena al criterio de diferenciaciones, no solo innecesarias, sino abiertamente injustas»<sup>93</sup>.

Ya en el debate parlamentario, la defensa más sobresaliente, fue la realizada por José Matías Manzanilla, quien citando a Stuart Mill, se mostró a favor del sufragio femenino «porque no se podía concebir el sufragio universal, ni constituciones políticas serias y progresistas si no se daba primero el voto a la mujer»<sup>94</sup>. Denunció la exclusión de lo femenino en el ideario de lo público-político: «Hoy, todos nosotros, señores, hacemos leyes a gusto, leyes que, evidentemente, se inspiran en el bien público, pero en el bien público visto a través de nuestro criterio de hombres»<sup>95</sup>. Y tomando posición respecto a la incoherencia entre el ideario democrático y la realidad de exclusión económica y social precisó: «(...) queremos tratar a la mujer apartándola, exactamente como el noble trata al plebeyo, y exactamente como el patrón trata al obrero»<sup>96</sup>. Por lo que exigió: «necesitamos que la mujer ingrese a la vida política (...) la hemos asociado en muchos campos de la vida; la debemos asociar también en la vida política»<sup>97</sup>.

No obstante, el discurso de Manzanilla fue incongruente, pues en otro momento habría señalado: «la mujer no se interesaba por los asuntos públicos, sino cuando careciendo de hijos y de afectos familiares entraba a la menopausia, período en el que perdía sus facultades reproductivas y dejaba propiamente de ser mujer»<sup>98</sup>. Lo que entre líneas implicaba reivindicar el espacio político para lo sexualmente masculino y al mismo tiempo daba cuenta que, pese a su postura liberal, en el fondo –como cualquier político de su época– no había logrado despojarse de ciertos estereotipos.

Otra defensa sobresaliente fue la de Víctor Andrés Belaunde, independiente, quien respondiendo a los argumentos sobre la inconveniencia

---

<sup>93</sup> *Ibid.*, p. 400.

<sup>94</sup> *Ibid.*, p. 425.

<sup>95</sup> *Ibid.*, p. 421.

<sup>96</sup> *Ibid.*

<sup>97</sup> *Ibid.*

<sup>98</sup> *Ibid.*, p. 568.

de las influencias en el voto femenino, dijo: «No importaba si el voto de la mujer iba a las filas de la izquierda, eso no importaba, si se trataba de justicia por eso el sufragio debía ser general irrestricto y obligatorio. No podemos concederlo como un favor, una gracia o un privilegio del que se pueda usar. Estamos embarcados en la lógica inflexible de la democracia integral. Puede ser que ella envuelva un riesgo, pero corrámoslo con ánimo optimista y exaltado»<sup>99</sup>.

### **Todas las mujeres pueden votar: porque son iguales**

Otros defensores del voto irrestricto, como Lucio Fuentes Alarcón de la Unión Revolucionaria, argumentaron que dando el voto a la mujer la Asamblea rendiría un tributo a la «civilización y una reparación a la justicia y al principio de igualdad humana [y] para que el Perú llene su sagrada misión en la historia»<sup>100</sup>.

Mientras que la función del trabajo y la educación habían constituido las bases teóricas de la restricción del sufragio, los defensores del voto irrestricto, encontraron en los mismos tópicos, las razones de la inclusión. Aunque trascendiendo los aspectos estrictamente formales de lo que se entiende por el trabajo y la educación.

140

En el contexto mundial de las primeras décadas del siglo XX, se produjo la incorporación de la mujer al escenario laboral, lo cual contribuyó a demostrar su igualdad con el varón. Elías Lozada Benavente y Lucio Fuentes, del Partido Unión Revolucionaria señalaban: «Hemos visto cómo la mujer lo ha reemplazado con ventaja en las usinas, en las fábricas, en los talleres, en los trabajos más graves y trascendentales, siempre con una abnegación y quizás con una mayor honradez que el hombre»<sup>101</sup>, que «mientras los hombres guerreaban, las mujeres cultivaban los campos, manejaban los ferrocarriles, formaban la tripulación de los buques y otras en las fábricas preparaban los fusiles y municiones de guerra»<sup>102</sup>.

El trabajo femenino en gran su diversidad, había servido para superar el estereotipo de la irracionalidad e inferioridad femenina y se había trans-

---

<sup>99</sup> *Ibid.*, p. 575.

<sup>100</sup> *Ibid.*, p. 420.

<sup>101</sup> *Ibid.*, p. 570.

<sup>102</sup> *Ibid.*, p. 595.

formado en el principal fundamento de la igualdad. Fuentes Aragón reconocía que la mujer: «se había convertido en un elemento de trabajo, capaz de actuar en todos los campos de la actividad humana; en la ciencia, en el arte, en la industria; en una palabra, ha llegado a ocupar un lugar igual al del hombre»<sup>103</sup>.

Al mismo tiempo, el Independiente, Carlos Uceda denunciaba el contrasentido que implicaba, que mientras en los hechos habían mujeres propietarias, e incluso comerciantes que contribuían económicamente al Estado, a nivel legal se les negaba la ciudadanía: «¿será posible que mientras sus subordinados, económica e intelectualmente inferiores a ellas, tomen parte en las funciones públicas las mujeres estén privadas de esa intervención?»<sup>104</sup>

Pero los argumentos de los defensores del voto irrestricto irían más allá del voto para la mujer que trabajaba en los talleres o estudiando o ejerciendo alguna profesión. También había que considerar a quienes realizaban otros trabajos no remunerados, como los efectuados por el conjunto de asociaciones femeninas caritativas que ayudaban a los pobres, ancianos y niños, e incluso las labores de las mujeres que estaban al cuidado de su hogar. Consecuentemente, todas las mujeres tenían derecho al sufragio, porque todas trabajaban.

Víctor Andrés Belaunde, defendiendo el voto irrestricto, señalaba que no se podía negar el voto a las mujeres que no habían recibido instrucción, pues desde el fundamento de la igualdad «ellas habían compensado en sus hogares centros de verdadera cultura y la cultura valía más que la instrucción, en el hogar de nuestra clase media, el hogar de los españoles y mestizos aún en poblaciones modestas del Perú se había cultivado la educación. Entonces, ¿con qué derecho quitaríamos el voto a las mujeres que trabajan en el hogar de un modo más desinteresado y generoso?»<sup>105</sup>

### **Todas las mujeres pueden votar: porque son libres**

Elías Lozada Benavente del Partido Unión Revolucionaria, respondiendo a quienes propugnaban la restricción o la negación del voto, basados en la probable influencia clerical, indicaba –con prescindencia de si el voto

---

<sup>103</sup> *Ibid.*, p. 419.

<sup>104</sup> *Ibid.*, p. 605.

<sup>105</sup> *Ibid.*, p. 573

favorecería o no a los católicos— que la mujer «por mano propia conquiste su emancipación jurídica en el propio espíritu y forma de la legislación civil y comercial»<sup>106</sup>.

Víctor Andrés Belaunde, también respondiendo a los opositores del voto amplio, y al peligro de la influencia clerical alegó, incluso asumiendo dicho supuesto: «Yo quiero que se me señale en qué forma nociva para la nacionalidad se ha ejercido la influencia clerical. Dejémonos de literaturas baratas mandadas recoger hace cincuenta años. La Iglesia en un momento en que se debatían las reformas sociales del país, buscando el progreso no se ejercitaría nunca en contra de las orientaciones justas, en contra de las orientaciones del espíritu moderno, por lo tanto la mujer religiosa no es una sometida, sino un ser dotado de libertad espiritual»<sup>107</sup>.

Hildebrando Castro Pozo del Partido Socialista del Perú, respecto de la influencia religiosa en el voto femenino, explicaba que este era un problema de educación que «se resolvía organizando un profesorado que orientara hacia la enseñanza laica, y al no haber profesores con tendencia laica, por el momento la educación iba a quedar por muchos años, en manos del clero. Por eso, sostenían que antes que lamentarse de que la mujer sea religiosa, hay necesidad de constituir la escuela laica y transformar toda la enseñanza en el Perú»<sup>108</sup>.

### **Todas las mujeres pueden votar: porque son patriotas**

Otro de los argumentos en favor de la igualdad y el voto irrestricto, lo constituyó el patriotismo, definido este como la vocación y sacrificio por el destino público. En la exposición de motivos de la Comisión en mayoría se expresó: «La del voto será una de las mejores formas para canalizar el acendrado patriotismo de la mujer en el país y para que se interese en los negocios públicos»<sup>109</sup>. A lo largo del debate, Lucio Fuentes, de la Unión Revolucionaria, ilustró algunas manifestaciones de ese patriotismo en diferentes contextos. Por ejemplo, durante la Guerra del Pacífico recordó que las mujeres «se despojaron de sus anillos, de sus collares y de cuanto tenían de valor,

---

<sup>106</sup> *Ibid.*, p. 570.

<sup>107</sup> *Ibid.*, p. 574.

<sup>108</sup> *Ibid.*, p. 594.

<sup>109</sup> *Ibid.*, p. 400.

para la defensa de la Patria»<sup>110</sup>. Y en el contexto de las movilizaciones contra la dictadura de Leguía, «en la reconstrucción nacional, estuvo involucrada en la última campaña electoral que ayudó a que Sánchez Cerro llegara a la presidencia»<sup>111</sup>.

#### **IV. La solución intermedia: solo votan las mujeres mayores y casadas, en elecciones municipales**

Artículo 86.- Gozan del derecho de sufragio los ciudadanos que sepan leer y escribir; y, en elecciones municipales, las mujeres peruanas mayores de edad, las casadas o que hayan llegado a su mayoría (Constitución Política de 1933).

En medio de todo este debate y de las posturas y argumentos enfrentados, una preocupación quedó planteada durante la exposición del dictamen de la Comisión en minoría: «siendo el número de mujeres mayor que el de los hombres (...), no parece prudente exponer al país a las transformaciones inciertas que podría originar la incorporación, sin restricciones, a la vida política de un electorado mayor que el masculino y sin ningún hábito en el ejercicio de la trascendental función del sufragio»<sup>112</sup>.

143

Por ello, ante la posibilidad estadística descrita, más allá de si la mujer estaba educada o no para el sufragio, o si constituía un imperativo del sistema democrático, la proyección de su participación electoral causó una gran incertidumbre.

En medio de ese clima una nueva propuesta del congresista Víctor Arévalo, del Partido Unión Revolucionaria, intentó conciliar la discusión de las comisiones en minoría y mayoría, matizando el principio de igualdad con la realidad nacional. Sustentó su propuesta diciendo que «para que la Asamblea no diera la imagen ante el país y ante el extranjero de ser un parlamento estacionario y retrógrado»<sup>113</sup>.

La propuesta de Arévalo conciliaba los planteamientos que indicaban que el voto femenino no era una necesidad nacional, como tampoco una

---

<sup>110</sup> *Ibid.*, p. 419.

<sup>111</sup> *Ibid.*, p. 420.

<sup>112</sup> *Ibid.*, p. 402.

<sup>113</sup> *Ibid.*, p. 727.

aspiración de la mujer, con aquellas posturas que se encontraban manifiestamente en su contra. Así, quienes plantearon en su momento el sufragio irrestricto y quienes lo pedían con restricciones, se acercaron en una nueva fórmula. Bajo el razonamiento que las elecciones municipales, servirían como un ensayo, como se venía estableciendo en otros países. Y tratándose de contiendas menos políticas, se validaba la participación irrestricta de la mujer, por tratarse de un ámbito local, considerado casi como una extensión de su labor doméstica. La propuesta fue aceptada con una votación de 69 congresistas a favor y 36 en contra<sup>114</sup>.

## V. Conclusiones

1. El concepto de ciudadanía heredado del primer constitucionalismo fue *excluyente* respecto de la división de derechos civiles y políticos, atribuyéndolos indistintamente a la nación o al individuo. De esta forma, la definición del individuo ciudadano, «hombre», «ilustrado» y «propietario», tornó en innecesaria la exclusión explícita de la ciudadanía política femenina.
2. El contexto constitucional precedente a la Constitución de 1933 no cuestionó la exclusión femenina de la política, debido a que la asunción de su inferioridad natural la hacía compatible con el principio de igualdad universal. La igualdad en el sufragio fue pues por primera vez abordada en los debates de la Asamblea Constituyente de 1931.
3. Durante el debate en la Asamblea Constituyente, en la mayoría de los parlamentarios de las diferentes posiciones políticas, hubo cierto consenso en otorgar derechos civiles a las mujeres; sin embargo, tratándose del reconocimiento de derechos políticos —que hasta ese momento había sido de su exclusividad— mantuvieron posturas fundamentalmente excluyentes o restrictivas.
4. Las posturas excluyentes respecto del voto femenino fueron defendidas tanto por sectores políticos liberales, cuanto conservadores. Quienes, asumieron dicha postura desde fundamentos naturales y biologicistas, que identificaban a la mujer como subjetiva, irracional y sugestionable, propugnando su exclusión del espacio público político, y reivindicando

---

<sup>114</sup> Roisida AGUILAR GIL, «El sufragio de la mujer: debate en el Congreso Constituyente de 1931-1932», *op. cit.*, 154.

- su asignación al espacio familiar privado, en defensa del conjunto de valores que a este se le atribuían y en previsión de que el ejercicio del voto expresara su natural influencia clerical.
5. El concepto de ciudadanía política para la mujer, defendido desde las posturas restrictivas, propició la identificación del trabajo y la educación no solo como derechos, sino también como estrategias de construcción de su ciudadanía. Sin embargo, estas exigencias no se contemplaron para el caso de los varones.
  6. Las tesis restrictivas buscaron la construcción de una ciudadanía femenina de clase media, basada en el aporte económico productivo a la nación, pero segregaron el aporte de la mujer a través del trabajo reproductivo. Y así también identificaron en la educación de la mujer, una estrategia para revertir la influencia clerical.
  8. Las posturas inclusivas reconocían como trabajo a la actividad que desempeñaba la mujer tanto en el ámbito público cuanto en el privado, así como el derecho al voto como ejercicio de la libertad ciudadana, con prescindencia del nivel de instrucción de la mujer. Sin embargo, pese a ser la posición en mayoría, sustentada bajo postulados democrático liberales, diversos criterios personales y estadísticos propiciaron al interior de la bancada mayoritaria la orientación de votos hacia propuestas excluyentes y restrictivas.
  9. La fórmula en la cual quedó redactada la participación política de la mujer en la Constitución de 1933 tuvo por mérito haber podido conciliar las diferentes posturas excluyentes, restrictivas e inclusivas, bajo el presupuesto que las elecciones municipales, no eran propiamente políticas y que constituían la natural extensión del ámbito doméstico.



## Mujer y género en el derecho internacional de los derechos humanos

 SUSANA MOSQUERA\*

### Sumario

**I.** Introducción. **II.** Los estudios de género en las ciencias sociales. **III.** Género en la jurisprudencia internacional de derechos humanos. **IV.** Reflexiones finales.

### Resumen

En los tratados de derechos humanos es frecuente encontrar referencias a la igualdad y no discriminación por razón de sexo en una línea clásica de protección contra la desigualdad, que inició la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948. En las últimas décadas los estudios académicos parecen haber reemplazado «sexo» por «género», con la pretensión de ampliar el enfoque protector que la perspectiva de género ofrecería a la hora de erradicar la discriminación en los roles que la sociedad asigna a la mujer. No obstante, la falta de consenso académico en relación al término «género» y las dificultades para su aplicación transversal de la sociología al derecho, parecen haber provocado un efecto distorsionador del bien jurídico al que estaban destinados esos tratados de derechos humanos. Para constatar esta hipótesis la autora considera la práctica de los tribunales y comités que controlan los tratados para determinar si la variable de género produce algún cambio a la hora en que realizan su trabajo.

### Palabras clave

Derecho a la igualdad, no discriminación, sexo, igualdad de género, derecho internacional, derechos humanos.

### Abstract

In human rights treaties, it is common to find references to equality and non-discrimination based on sex, in a classic line of protection against inequality, initiated by the Universal Declaration of Human Rights in 1948. In recent decades, academic studies seem to have replaced the term "sex" with "gender", with the intention of expanding the protective approach that the gender perspective would offer to eradicate discrimination regarding roles

---

\* Doctora en derecho con mención de doctorado europeo por la Universidad de La Coruña. Profesora ordinaria de Derecho internacional público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Directora del Máster en Derecho público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Investigadora calificada del CONCYTEC.

assigned to women by society. However, the lack of academic consensus to define the term "gender" and difficulties for its transversal application from sociology to law seem to have caused a distorting effect to the juridical objectives of those treaties. To verify this hypothesis, the author considers the practice of courts and committees that control these treaties, in order to determine whether the gender variable produces any change when these entities do their work.

**Keywords**

Right to equality, non-discrimination, sex, gender equality, international law, human rights.

## I. Introducción

**L**a agenda internacional a partir de la segunda mitad del siglo XX está marcada por el trabajo de las distintas agencias y organizaciones que promueven el reconocimiento y protección de los derechos humanos en sede internacional. Las declaraciones Americana y Universal de los Derechos Humanos, la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, los pactos internacionales de derechos y la Convención Americana de Derechos Humanos, marcan el camino en los años iniciales y, desde escenarios supraestatales, ofrecen protección complementaria a la estatal para los derechos de la persona.

148

En todos esos documentos internacionales es posible encontrar un concepto claro y constante de igualdad, que se traduce en la lucha contra la discriminación entre hombres y mujeres. Se trata de una línea clásica de defensa de los derechos humanos. De ahí que ya desde 1946 es posible seguir los pasos a los trabajos de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, creada como Comisión orgánica dentro del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, que además tuvo un papel importante en la redacción de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Hoy en día esta Comisión se presenta como el principal órgano intergubernamental dedicado exclusivamente a la promoción de la igualdad de género y el empoderamiento de la mujer<sup>1</sup>. Pero lo cierto es que el género no estaba como concepto de análisis en los trabajos iniciales de esta Comisión, se incorpora en fecha relativamente reciente, y sin embargo, en la actualidad es casi imposible en-

---

<sup>1</sup> COMISIÓN DE LA CONDICIÓN JURÍDICA Y SOCIAL DE LA MUJER. Disponible en: <goo.gl/JYuzNC>.

contrar informe que no utilice ese concepto como variable para medir el trato en igualdad entre hombres y mujeres en una sociedad.

El objetivo de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer era lograr la aprobación de un tratado que prohibiese la discriminación de trato contra la mujer. Para lograrlo fue necesario ver el papel de la mujer en temas de desarrollo socioeconómico, y en ese punto Naciones Unidas colaboró muy eficazmente proclamando 1975 como el «Año Internacional de la Mujer», y celebrando en México la primera Conferencia Mundial de la Mujer de la que surgirá la deseada Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW 1979). Los años siguientes fueron la Década de Naciones Unidas para la Mujer trabajando con el objetivo «Igualdad, Desarrollo y Paz».

Para dar seguimiento a los objetivos de esa década se convocó una nueva Conferencia Mundial en Copenhague hacia 1980, y otra de cierre en Nairobi hacia 1985, donde se comprobó que los avances no habían sido todo lo significativos que se esperaban, pero que se incorporó en el debate a un nuevo actor que demostraría ser especialmente importante en el futuro para el tema de género: las organizaciones no gubernamentales (en adelante, ONG)<sup>2</sup>. Ciertamente, la participación de la sociedad civil dentro de las Naciones Unidas no era en sí una novedad<sup>3</sup>, desde sus inicios el ECOSOC había trabajado de cerca con las ONG para tomar en consideración la opinión de estas organizaciones internacionales no gubernamentales en los proyectos que la ONU realizaba en distintos lugares por ser ellas las mejor preparadas para dar información práctica, y en principio imparcial e independiente, desde el terreno<sup>4</sup>. Pero a partir de los años 90 del siglo XX se asiste a un cambio

---

<sup>2</sup> Participaron en la Conferencia de Nairobi mil novecientos delegadas/os de 157 Estados miembros pero en el foro paralelo de ONG trabajaron más de doce mil participantes. Para más detalle sobre la conferencia puede verse: <[goo.gl/sFNjjz](http://goo.gl/sFNjjz)>.

<sup>3</sup> Ya el art. 71 de la Carta de Naciones Unidas establecía que: «El Consejo Económico y Social podrá hacer arreglos adecuados para celebrar consultas con organizaciones no gubernamentales que se ocupen en asuntos de la competencia del Consejo. Podrán hacerse dichos arreglos con organizaciones internacionales y, si a ello hubiere lugar, con organizaciones nacionales, previa consulta con el respectivo Miembro de las Naciones Unidas». Y así lo hizo el ECOSOC desde sus inicios, pero no será hasta 1996 cuando esa relación quede bien delimitada gracias a la aprobación de la Resolución 1996/31 relativa a los arreglos y principios que deben guiar esas consultas entre las ONG y el ECOSOC.

<sup>4</sup> Dianne OTTO, «Nongovernmental Organizations in the United Nations System: The Emerging Role of International Civil Society», en *Human Rights Quarterly*, 18(1), pp. 107-141.

importante, se aprecia un significativo aumento de la participación de las ONG en los procesos de creación de normas internacionales. Su número en foros y conferencias internacionales supera a veces la cifra de representantes oficiales, pero la delimitación geográfica o temática de sus intereses hace muy evidente el sesgo que tienen sus esfuerzos<sup>5</sup>.

En 1995 la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer tuvo lugar en Beijing y aunque en las negociaciones participaron más de seis mil delegados gubernamentales y cuatro mil representantes de las ONG, estas criticaron las dificultades para participar en la preparación de los documentos finales de la Conferencia, reclamando un mecanismo distinto al de simple observador<sup>6</sup>. De hecho, las actividades organizadas por las propias ONG en forma paralela a la Conferencia oficial, reunieron a casi treinta mil participantes. Demostraron la eficacia de su estrategia logrando posicionar el concepto género en la agenda oficial<sup>7</sup>, aunque no lograron que la Conferencia asumiera como propio el concepto de género como herramienta de construcción social radicalmente diferente del concepto clásico «sexo» como proponían los estudios de género más conocidos<sup>8</sup>. La intensidad de ese conflicto en relación a la definición del género se comprende en su totalidad cuando se llega al anexo IV del informe final de la Conferencia de Beijing y se lee que el grupo de contacto<sup>9</sup> concluyó que: «1) el término ‘género’ se había utilizado e interpretado comúnmente en su acepción ordinaria y generalmente aceptada en muchos otros foros y conferencias de las Naciones Unidas; 2) no había indicación alguna de que en la Plataforma de Acción pretendiera asignarse al vocablo otro significado o connotación, distintos de los que tenía hasta entonces»<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> Carlos TEIJO GARCÍA, *Organizaciones internacionales no gubernamentales y derecho internacional*, Madrid, Dilex, 2005, pp. 45 y ss.

<sup>6</sup> Carmen Rocío GARCÍA RUIZ, *ONGs y derecho internacional: su influencia en la elaboración de normas internacionales*, Madrid, lustel, 2007, p. 251.

<sup>7</sup> Aparece más de doscientas veces escrito en el informe final de la IV Conferencia de Beijing.

<sup>8</sup> Judith BUTLER, *Gender Trouble, Feminism and the Subversion of Identity*, New York, Routledge, 1990.

<sup>9</sup> Durante la 19ª sesión de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, reunida en su calidad de órgano preparatorio de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, se planteó la cuestión relativa al significado del término «género» en el contexto de la Plataforma de Acción de la Conferencia. A fin de examinar la cuestión, la Comisión decidió establecer un grupo de contacto en Nueva York, que estaría presidido por la Relatora de la Comisión, Sra. Selma Ashipala (Namibia). La Comisión encargó al grupo de contacto oficioso que llegara a un acuerdo sobre la interpretación más común del término «género» en el contexto de la Plataforma de Acción y que informara directamente a la Conferencia de Beijing.

<sup>10</sup> Para más detalles sobre los discursos de género durante la Conferencia de Beijing véase, S. BADEN & A.M. GOETZ, «Who Needs [Sex] When You Can Have [Gender]?», en *Feminist Review*, núm. 56, 1997, pp. 3-25.

Es decir que antes de la IV Conferencia de Beijing *sexo* y *género* eran sinónimos, y después de Beijing, para la versión oficial de la Conferencia, *sexo* y *género* siguen siendo sinónimos, consecuencia que deriva entre otras razones del hecho de que el inglés sea el idioma oficial de trabajo en los organismos internacionales y que en esta lengua ambas palabras tienen ese nivel de sinonimia<sup>11</sup>. Pero lo cierto es que hay una polémica intensa que ha crecido exponencialmente, para sacar al *género* de su sinonimia con *sexo*<sup>12</sup> y llevarlo a decir mucho más. Es en ese punto en donde debemos detenernos un momento para plantearnos una correcta formulación de esta polémica y poder valorar si el derecho puede tener un papel en esta discusión.

## II. Los estudios de género en las ciencias sociales

Está generalmente aceptado que el concepto de género surgió para «designar todo aquello que es construido por las sociedades para estructurar, ordenar, las relaciones sociales entre mujeres y hombres»<sup>13</sup>, entendiéndose que la socialización desempeñaba un papel importante en esos roles sociales. Hoy en día, las ciencias sociales estudian el «género» desde muy variadas disciplinas, todo el mundo quiere insertar un «enfoque de género» en su trabajo, lo que dificulta dar unidad a la categoría «género». Así, hay quienes lo toman como sinónimo de mujer, y quienes lo interpretan como estudio de las relaciones sociales de los sexos, convirtiendo entonces «género» en la clave para la construcción y deconstrucción cultural<sup>14</sup>. Quede pues como concepto de partida que, desde los primeros estudios de género en las ciencias sociales, podemos comprobar que el término se ha empleado con significados muy diferentes y que hay una nutrida polémica respecto al género como categoría de análisis social.

Considerando los distintos papeles o dimensiones que se asignan al género como categoría analítica desde la perspectiva biológica, económica, psicológica, social o política –por mencionar algunas de las más frecuentes–,

---

<sup>11</sup> Así, la web de Naciones Unidas habla de los derechos humanos de las mujeres y de la igualdad de género, con la clara intención de vincularlo con la protección contra la discriminación por razón de sexo. Véase: <goo.gl/xuHLfC>.

<sup>12</sup> Las ONG de defensa de los derechos humanos han logrado colocar en la agenda el tema a través de casos con alto impacto mediático ante los sistemas de protección de los derechos humanos, como veremos en el caso Atala ante el SIDH.

<sup>13</sup> Yuliuva HERNÁNDEZ GARCÍA, «Acerca del género como categoría analítica», en *Nómaditas*. Vol. 13, núm 1, 2006.

<sup>14</sup> Marta LAMAS, «Usos, dificultades y posibilidades de la categoría de género», en *Papeles de población*, núm. 21, 1999, p. 151.

se llega a comprender la ardua tarea que supone unificar su significado. Lograr que los principios y técnicas de estudio de cada una de esas disciplinas compartan un mismo significado de género es, sin duda, una dificultosa labor. Como señala Hawkesworth en su trabajo «Confounding gender», hay que marcar los peligros que se esconden en ciertos usos del género utilizado como un modo de explicación, y no como una verdadera categoría analítica<sup>15</sup>. Así, podemos comprobar lo siguiente: «En las últimas décadas las posiciones se han llevado hasta el extremo, en un intento por anular cualquier presupuesto objetivo en la identidad sexual humana. Actualmente, dichas líneas argumentales defienden, incluso, la absoluta irrelevancia e indiferencia, no solo del sexo biológico, sino también del género, sosteniendo una noción de identidad sexual ‘deconstruible’ y ‘reconstruible’ social e individualmente. Por esta vía se llega a la denominada *queer theory* (...)»<sup>16</sup>.

Dado que no corresponde a este trabajo resolver la polémica sobre los conceptos y enfoques de género en otras ciencias sociales, sino solo quedarse con uno que sirva a los efectos de su posible uso en el campo del derecho, se ha considerado oportuno utilizar un concepto de género que haya suscitado un cierto consenso. Este concepto puede ser el que nos ofrece la ONU en su estudio mundial sobre el papel de la mujer en el desarrollo, donde «género» se define como:

Los significados sociales que se confieren a las diferencias biológicas entre los sexos. Es un producto ideológico y cultural aunque también se reproduce en el ámbito de las prácticas físicas; a su vez, influye en los resultados de tales prácticas. Afecta la distribución de los recursos, la riqueza, el trabajo, la adopción de decisiones y el poder político, y el disfrute de los derechos dentro de la familia y en la vida pública. Pese a las variantes que existen según las culturas y la época, las relaciones de género en todo el mundo entrañan una asimetría de poder entre el hombre y la mujer como característica profunda. Así pues, el género produce estratos sociales y, en ese sentido, se asemeja a otras fuentes de estratos como la raza, la clase, la etnicidad, la sexualidad y la edad. Nos ayuda a comprender la estructura social de la identidad de las

<sup>15</sup> Mary HAWKESWORTH, «Confounding gender», en *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, Vol. 22, núm. 3, 1997, (pp. 649-685), p. 653.

<sup>16</sup> Ángela APARISI MIRALLES, «Modelos de relación sexo-género: de la ideología de género al modelo de la complementariedad», en *Dikaion*, Vol. 21, núm. 2, 2012, (pp. 357-384), p. 363.

personas según su género y la estructura desigual del poder vinculada a la relación entre los sexos<sup>17</sup>.

Sin embargo, a pesar de esa visión de consenso que sobre los estudios de género se promueve desde Naciones Unidas y desde sectores académicos serios, centrados en estudiar los factores que impactan en la diferencia social entre hombres y mujeres, los esfuerzos por llevar el término género más allá de la realidad biológica basada en la naturaleza humana para hacerle partícipe de una nueva lógica de la construcción (deconstrucción) social son numerosos. Lo que sucede es que, desde el derecho, la perspectiva de género debe coincidir con el interés por la protección que la persona humana por su esencial dignidad a través de una efectiva protección de sus derechos humanos. Así, la regla de interpretación de género para el derecho aparece claramente expresada en el art. 7.3. del Estatuto de Roma: «A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término ‘género’ se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término ‘género’ no tendrá más acepción que la que antecede»<sup>18</sup>.

¿Cómo surgen entonces esas normas internas que proponen visiones de género no compatibles con la distinción binaria de los sexos?, ¿cómo se produce en el plano jurídico la evolución de la discriminación por razón de sexo a la equidad de género?, ¿resulta útil esa evolución conceptual?, y lo más importante, ¿esa evolución que extiende la protección por razón de género, respeta el bien jurídico protegido en los tratados de derechos humanos que buscan erradicar la discriminación contra la mujer?

Muchos son los recursos académicos, económicos, procesales y psicológicos reservados al «enfoque de género» que podrían estar destinados a la protección de la igualdad y no discriminación. Volcar la acción protectora de los tratados internacionales que nacen para erradicar la discriminación de trato contra la mujer hacia otros colectivos que luchan por anular las diferencias naturales entre sexos para dejarlas reducidas al relativismo de la elección

---

<sup>17</sup> «Estudio Mundial sobre el papel de la mujer en el desarrollo» en *Informe: Mundialización, género y trabajo*, Nueva York, 1999, p. 8.

<sup>18</sup> Para más detalle sobre el enfoque de género dentro del Estatuto de Roma puede verse en. V. OOSTERVELD, «The Definition of “Gender” in the Rome Statute of the International Criminal Court: A Step Forward or Back for International Criminal Justice?», en *Harvard Human Rights Journal*. Vol. 18, 2005, pp. 55-84.

de identidad de género no parece ser una opción correcta en términos jurídicos<sup>19</sup>. Sobre todo cuando, como se ha visto, sigue siendo difícil alcanzar consenso académico sobre el concepto de género que puede utilizarse como criterio de análisis en ciencias sociales<sup>20</sup>. No olvidemos que estamos ante un concepto que nace como construcción histórica<sup>21</sup> –y como tal está sujeto a cambios de enfoque e interpretación–, resultado de la confluencia de una visión nueva del feminismo a la que se apuntan grupos y colectivos minoritarios que desean remover otras formas de discriminación. El término parece ser muy útil pues sustituye al feminismo, al tiempo que incluye también al hombre, sirve así para poner en evidencia el papel que desempeñan hombres y mujeres en las construcciones sociales, en lo que parece ser un estudio puramente descriptivo de la sociedad.

Pero en su aplicación más extrema, los estudios de género han llegado a la conclusión de que sin un cambio radical no se podrán purgar los errores que arrastra el modelo de convivencia social que tenemos. Por eso, para reparar el sistema han optado por deconstruirlo, desmontando el concepto género en tantas piezas como sea posible, dando así entrada a un juego casi infinito de combinaciones posibles entre sexo biológico, sexo asignado, sexo elegido, orientación sexual e identidad sexual, en las que la persona puede variar sin límite esas piezas hasta llegar a combinar de forma perfecta «para ella» –por tanto relativa– su identidad de género.

154

Pero, ¿pueden esos juegos de género tener una traducción jurídica?, ¿puede el derecho dar respuesta protectora adecuada a variables de identidad y roles que representan tan elevada carga de subjetividad y relativismo?, ¿no será que la única vía para proteger la igualdad por razón

---

<sup>19</sup> Las reglas de interpretación de los tratados establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados son claras a la hora de vincular la aplicación del tratado al efecto útil con el que dicha norma internacional haya sido elaborada, sin que haya opción para variar el objeto de protección. O como señala la Corte Internacional de Justicia: «Según el Derecho Internacional consuetudinario, que ha encontrado su expresión en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, un tratado debe ser interpretado de buena fe conforme al sentido ordinario que haya de atribuir a sus términos en su contexto y a la luz de su objeto y fin». CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, «Asunto sobre la diferencia territorial entre Libia y Chad», 1994, p. 22.

<sup>20</sup> Joan Wallach SCOTT, «Gender: A Useful Category of Historical Analysis», en *The American Historical Review*. Vol. 91, núm. 5, 1986 (pp. 1053-1075), p. 1054.

<sup>21</sup> Género empieza a usarse en los años 50 como alternativa a las connotaciones negativas que generaba el término feminismo. A la radicalidad del feminismo se la calma con la aparente neutralidad del género.

de género es luchando contra la discriminación con las técnicas de la argumentación jurídica? No olvidemos que el derecho tiene como vocación proteger bienes comunes que resulten beneficiosos para toda la sociedad. Como magistralmente lo expresaba Santo Tomás:

Todo aquello que existe como medio ordenado a un fin debe ser proporcionado a ese fin. Mas el fin de la ley es el bien común, puesto que, como dice San Isidoro en II *Etymol.*4, *la ley se escribe no para provecho privado, sino para la común utilidad de los ciudadanos.* Luego las leyes humanas deben ser proporcionadas al bien común. Pero el bien común implica una multiplicidad, y la ley tiene que referirse a esta multiplicidad, que puede ser tal en razón de las personas, de las actividades y de los tiempos. Porque la comunidad del Estado consta de muchas personas: su bien se alcanza por medio de muchos actos, y no se instituye para que dure solamente un poco de tiempo, sino para que se conserve siempre mediante la sucesión de los ciudadanos, según dice San Agustín en XXII *De civ. Dei* 5a<sup>22</sup>.

De ahí que surja la pregunta de si es posible trasladar las conclusiones de los estudios sociales de género al terreno jurídico, dada la variedad de enfoques que ahí se encuentran, y considerando el necesario grado de generalidad que debería tener la norma. Y en segundo lugar, asumiendo que fuese posible trasladar al derecho —ya sea por medio de norma particular o por medio de argumentación en el caso concreto—, esas consideraciones que el género tiene para las ciencias sociales, surge la duda de si al hacerlo lograríamos dotar de mayor grado de eficacia a esos tratados de derechos humanos que nacieron para luchar contra la desigualdad de trato entre hombres y mujeres<sup>23</sup>. Más bien parece que la estrategia pasa por expandir el objeto de protección de esos tratados para que la discriminación por razón de sexo llegue también a proteger la discriminación por razón de orientación sexual o la identidad de género. Para constatar esta hipótesis se tomará como base de estudio la práctica de los tribunales y comités que controlan los tratados,

---

<sup>22</sup> SANTO TOMÁS DE AQUINO, «Cuestión 96. Artículo I. Del poder de la ley humana», en *Suma Teológica*.

<sup>23</sup> Acaso haya quien proponga la necesidad de incentivar la regulación específica de derechos humanos para minorías cada vez más reducidas, pero la idea de la comisión encargada de redactar la Declaración Universal de los Derechos Humanos no era la de desarrollar de manera independiente cada uno de los derechos listados en ese famoso documento, sino la de ofrecer herramientas de control supraestatales frente a regímenes constitucionales en descontrol, como había sido el modelo nazi.

y se tratará de verificar si la variable de género ha producido algún cambio a la hora de realizar su trabajo.

### III. Género en la jurisprudencia internacional de derechos humanos

Sin lugar a dudas el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), es hasta la fecha el órgano jurisdiccional supranacional que ha desarrollado el análisis más completo de las diferentes dimensiones del derecho a la igualdad, gracias a la gran cantidad de casos que afectando a este derecho, han sido presentados ante la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos o ya, desde 1998 directamente ante la Corte. A pesar de contar con una amplia base casuística, el Tribunal de Estrasburgo no siempre ha mantenido una línea uniforme y constante en el tratamiento jurisprudencial que ha dispensado al derecho a la igualdad. Aunque gracias al carácter autónomo, como derecho reconocido de forma expresa e individual<sup>24</sup>, ha podido el TEDH conceder protección con base en el artículo 14<sup>25</sup>.

Los supuestos de vulneración del derecho a la igualdad que ha examinado hasta el momento el TEDH son variados incluyendo vulneraciones por razón de sexo, tanto las desigualdades injustificadas de trato entre hombre y mujer (uno de los aspectos más prolijos de la jurisprudencia de Estrasburgo), discriminación por razón de nacimiento que afectan a derechos sucesorios o al derecho de familia, en cuestiones de filiación o de guarda y custodia de los hijos; discriminación por razón de raza, color, lengua, origen nacional o social, y en general, por pertenencia a una minoría nacional; discriminación por razón de religión u opiniones políticas y discriminación por razón de fortuna. Cubriendo prácticamente todas las dimensiones del contenido del derecho a la igualdad en la formulación que le ha dado el Convenio.

Pero en lo que atañe al tema de estudio en este trabajo, lo que interesa es mencionar el enfoque del TEDH en los casos de desigualdad entre

<sup>24</sup> Convención Europea de Derechos Humanos:

Art. 14: «El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación».

<sup>25</sup> Es esa dimensión relacional de la igualdad que la lleva de la mano de otros derechos, lo que genera una inevitable fragmentación de la jurisprudencia a este derecho de igualdad. Para más detalles sobre el trabajo del TEDH sobre el derecho a la igualdad puede verse: Iñaki LASAGABASTER HERRARTE (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Pamplona, Civitas & Thomson Reuters, 2009, pp. 526 a 548.

hombres y mujeres, y comprobar el peso que tiene la variable género en su jurisprudencia. En ese sentido, Estrasburgo ofrece para el estudio casos de todo tipo que pueden sistematizarse del siguiente modo:

- a) Discriminación en combinación con vulneración de la protección de la vida privada y familiar: que incluye temas como los derechos sucesorios de los hijos extramatrimoniales<sup>26</sup>, la conciliación familiar<sup>27</sup>, discriminación por razón de sexo en ámbito laboral<sup>28</sup>, conservación del apellido para la mujer casada<sup>29</sup>, discriminación por razón de sexo en las fuerzas armadas<sup>30</sup>, derechos de nacionalidad por vía materna<sup>31</sup>, discriminación en casos de matrimonios de nacionalidad mixta<sup>32</sup>, violencia doméstica<sup>33</sup>, discriminación en la adopción<sup>34</sup>, confidencialidad sobre los datos de los padres biológicos<sup>35</sup>, pensiones de viudedad<sup>36</sup>, discriminación entre hombre y mujeres en acceso a beneficios sociales varios<sup>37</sup>, reconocimiento de hijos extramatrimoniales<sup>38</sup>.
- b) Discriminación en combinación con la prohibición de tratos inhumanos o degradantes: que incluye temas de violencia doméstica<sup>39</sup>, discriminación y prostitución<sup>40</sup>.

---

<sup>26</sup> TEDH, *Caso «Mitzinger» vs. Alemania*, Sentencia de 9 de febrero de 2017.

<sup>27</sup> TEDH, *Caso «Di Trizio» vs. Suiza*, Sentencia de 2 de febrero de 2016.

<sup>28</sup> TEDH, *Caso «Emel Boyzar» vs. Turquía*, Sentencia de 2 de diciembre de 2014.

<sup>29</sup> TEDH, *Caso «Unal Tekeli» vs. Turquía*, Sentencia de 16 de noviembre de 2004, y *Caso «Tuncer Gümes» vs. Turquía*, Sentencia de 3 de septiembre de 2013.

<sup>30</sup> TEDH, *Caso «Konstantin Markin» vs. Rusia*, Sentencia de 7 de octubre de 2010, y *Caso Hulea v. Rumanía*, Sentencia de 2 de octubre de 2012.

<sup>31</sup> TEDH, *Caso «Genovese» vs. Malta*, Sentencia de 11 de octubre de 2011.

<sup>32</sup> TEDH, *Caso «Burgahartz» vs. Suiza*, Sentencia de 22 de febrero de 1994, y *Caso «Lesonci Rose and Rose» vs. Suiza*, Sentencia de 9 de noviembre de 2010.

<sup>33</sup> TEDH, *Caso «V.» vs. Suiza*, Sentencia de 14 de octubre de 2010.

<sup>34</sup> TEDH, *Caso «Wagner y J. M.» vs. Luxemburgo*, Sentencia de 28 de junio de 2007, y *Caso Schewizbegel v. Suiza*, Sentencia de 10 de junio de 2010.

<sup>35</sup> TEDH, *Caso «Odièvre» vs. Francia*, Sentencia de 13 de febrero de 2003.

<sup>36</sup> TEDH, *Caso «Leary» vs. Reino Unido*, Sentencia de 25 de abril de 2000, *Caso «Sawden» vs. Reino Unido*, Sentencia de 26 de marzo de 2002, *Caso «Rice» vs. Reino Unido*, Sentencia de 10 de octubre de 2002, *Caso «Atkinson» vs. Reino Unido*, Sentencia de 8 de abril de 2003, *Caso «Owens» vs. Reino Unido*, Sentencia de 13 de enero de 2004.

<sup>37</sup> TEDH, *Caso «Petrovic» vs. Austria*, Sentencia de 27 de marzo de 1998.

<sup>38</sup> TEDH, *Caso «Marckx» vs. Bélgica*, Sentencia de 13 de junio de 1979.

<sup>39</sup> TEDH, *Caso «Opuz» vs. Turquía*, Sentencia de 9 de junio de 2009 y TEDH, *Caso «Eremia y otros» vs. República de Moldavia*, Sentencia de 28 de mayo de 2013, TEDH, *Caso «Rumer» vs. Italia*, Sentencia de 27 de mayo de 2014, y TEDH, *Caso «M. G.» vs. Turquía*, Sentencia de 22 de marzo de 2016.

<sup>40</sup> TEDH, *Caso «B. S.» vs. España*, Sentencia de 24 de julio de 2012.

- c) Discriminación en combinación con la prohibición de esclavitud y trabajos forzados: con temas como la participación en jurados<sup>41</sup> o los servicios de bomberos voluntarios<sup>42</sup>.
- d) Discriminación en el acceso a un juicio justo: con temas de conciliación laboral<sup>43</sup>, impugnación de paternidad<sup>44</sup>, trámites pensionarios<sup>45</sup> o de impugnación de paternidad<sup>46</sup>.
- e) Discriminación y derecho a un recurso efectivo: con casos de permiso de residencia para matrimonios de nacionalidad mixta<sup>47</sup>.
- f) Discriminación y derecho a la libertad y seguridad, en el ámbito penitenciario<sup>48</sup>.
- g) Discriminación en relación al derecho a la propiedad: con temas referidos a derechos pensionarios que discriminan a los hombres en relación a las mujeres<sup>49</sup>, pagos sociales que discriminan a las mujeres<sup>50</sup>, pensiones de viudez<sup>51</sup>, destacando en este apartado el caso J. M. v. Reino Unido primero de los que incluye la cuestión de la identidad sexual<sup>52</sup>.

De estos casos se recibe desde Estrasburgo la visión de un tribunal con una lectura conservadora del derecho a la igualdad, que mantiene una visión paternalista respecto a los problemas que la discriminación por razón de sexo plantean en los sistemas jurídicos de los países miembros del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La doctrina crítica que la jurisprudencia del Tribunal ha tenido poco impacto para luchar contra la

<sup>41</sup> TEDH, *Caso «Zard Adami» vs. Malta*, Sentencia de 20 de junio de 2006.

<sup>42</sup> TEDH, *Caso «Karlheinz Schmidt» vs. Alemania*, Sentencia de 18 de julio de 1994.

<sup>43</sup> TEDH, *Caso «García Mateos» vs. España*, Sentencia de 19 de febrero de 2013.

<sup>44</sup> TEDH, *Caso «Mizzi» vs. Malta*, Sentencia de 12 de enero de 2012.

<sup>45</sup> TEDH, *Caso «Schuler-Zraggen» vs. Suiza*, Sentencia de 24 de junio de 1993.

<sup>46</sup> TEDH, *Caso «Rasmussen» vs. Dinamarca*, Sentencia de 28 de noviembre de 1984.

<sup>47</sup> TEDH, *Caso «Abdulasiz, Cabales y Balkandali» vs. Reino Unido*, Sentencia de 28 de mayo de 1985.

<sup>48</sup> TEDH, *Caso «Khamtoklin y Aksenchik» vs. Rusia*, Sentencia de 24 de enero de 2017.

<sup>49</sup> TEDH, *Caso «Andrle» vs. República Checa*, Sentencia de 17 de febrero de 2011, *Caso Pearson v. Reino Unido*, Sentencia de 22 de agosto de 2006, *Caso «Zeman» vs. Austria*, Sentencia de 29 de junio de 2006, o *Caso Michael «Matthews» vs. Reino Unido*, Sentencia de 15 de julio de 2002.

<sup>50</sup> TEDH, *Caso «Stec y otros» vs. Reino Unido*, Sentencia de 12 de abril de 2006, *Caso «Muñoz Díaz» vs. España*, Sentencia de 8 de diciembre de 2009.

<sup>51</sup> TEDH, *Caso «Willis» vs. Reino Unido*, Sentencia de 11 de junio de 2002, *Caso Wesels-Bergervoet vs. Holanda*, Sentencia de 4 de junio de 2002, TEDH, *Caso «Downie» vs. Reino Unido*, Sentencia de 21 de mayo de 2002.

<sup>52</sup> TEDH, *Caso «J. M.» vs. Reino Unido*, Sentencia de 28 de septiembre de 2010.

discriminación en los estados miembros<sup>53</sup>. La jurisprudencia del TEDH no parece haber cambiado su enfoque respecto a la protección de la igualdad, así parece oportuno recordar que la palabra género no aparece en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y en ese contexto regional tampoco hubo intención de incluirla en el más reciente Proyecto de Constitución para Europa de 2004, en donde se mantienen las referencias a la «igualdad entre hombres y mujeres», «igual tratamiento entre mujeres y hombres», «no discriminación por razón de sexo»<sup>54</sup>. En ese sentido debe resultar de relevancia el caso *J. M. vs. Reino Unido* referido a una madre divorciada que después de iniciar convivencia extramatrimonial con otra mujer se encuentra con que debe mantener los pagos económicos para los hijos fruto de su matrimonio, porque las leyes británicas no eximen de ese pago cuando se inicia convivencia del mismo sexo. El TEDH atiende la petición pero la sustenta en la protección del Protocolo 1 al CEDH, «protección del derecho de propiedad», pero se abstiene de incluir referencia alguna al art. 8 del Convenio que protege la vida familiar. Sabe que si lo hace entraría en un terreno que la jurisprudencia constante del TEDH ha colocado bajo la protección del margen de apreciación del Estado.

De manera que en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres, podemos llegar a la conclusión de que para el alto tribunal de Estrasburgo los problemas de igualdad de género en 2017 conservan una esencial coincidencia con los problemas de igualdad de género de los años ochenta y noventa; atendiendo a esa línea constante de su propia jurisprudencia, género y sexo resultan sinónimos, y no se percibe que la perspectiva de género tal y como la reivindican los estudios desde las ciencias sociales, haya impactado en el tipo de casos que llegan al tribunal con sustento en reclamaciones de igualdad de trato.

Veamos a continuación si esa misma línea de trabajo se puede constatar en los otros dos órganos de control de tratados que tienen directa relación con la discriminación y la protección de la igualdad de trato entre hombres y mujeres: el Comité de Derechos Humanos que controla el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y el Comité de la CEDAW que controla la aplicación de la Convención para la eliminación de todo tipo de discriminación contra

---

<sup>53</sup> Ivana RADACIC, «Gender Equality Jurisprudence of the European Court of Human Rights», en *The European Journal of International Law*. Vol. 19. No. 4, 2008, pp. 841-857.

<sup>54</sup> Para más detalle puede verse, Susan MILLNS, «Gender Equality, Citizenship and the EU's Constitutional Future», en *European Law Journal*. Vol. 13. No. 2, 2008, pp. 218-237.

la mujer. El Comité de Derechos Humanos ha estudiado derecho a la igualdad desde una gran variedad y tipología de casos: problemas lingüísticos<sup>55</sup>, a conflictos territoriales que afectan a comunidades indígenas<sup>56</sup>, o minoritarias en un territorio<sup>57</sup>, o a un individuo en concreto violentado en el ejercicio de sus derechos fundamentales<sup>58</sup>, o discriminaciones en los derechos de guarda y custodia de los hijos en caso de divorcio<sup>59</sup>, casos todos ellos en los que el Comité con cierta timidez avanza hacia una concepción del derecho a la igualdad como principio inspirador y orientador del sistema jurídico.

Los casos referidos a discriminación por razón de sexo estudiados por el Comité de Derechos Humanos, a diferencia de los casos que llegan al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, presentan una tipología más reducida y guardan relación con fases tempranas o incipientes de desarrollo del principio de igualdad en las normas de los países parte. No olvidemos que llegan al Comité de Derechos Humanos muchos casos contra estados que no forman parte de un sistema regional de protección de los derechos humanos, de ahí que aparezcan numerosos casos referidos a la desigualdad en la ley<sup>60</sup>, y también a casos referidos a la vida privada y familiar<sup>61</sup>. En el trabajo del

<sup>55</sup> Como el de quienes se sienten discriminados en territorio francés por causa de no poder hacer uso del bretón como idioma válido para los trámites oficiales ante los tribunales o la administración en Francia. COMITÉ DH, Comunicación núm. 220/1987 de 8 de noviembre de 1989, y también sobre este tema la COMITÉ DH, Comunicación núm. 219/1986 de 25 de julio de 1990.

<sup>56</sup> COMITÉ DH, Comunicación núm. 318/1988 de 25 de julio de 1990 referida a la presunta denegación de la libre determinación de un grupo étnico de habla inglesa pero residentes en un archipiélago bajo soberanía colombiana. O también COMITÉ DH, Comunicación núm. 197/1985 que estudió el derecho de un antiguo miembro de la comunidad sami a reintegrarse a su comunidad y dedicarse a la cría de renos en Laponia, práctica limitada por las autoridades suecas.

<sup>57</sup> COMITÉ DH, Comunicación núm. 208/1986 de 9 de noviembre de 1990 relativa a los derechos de libertad religiosa de un miembro de la comunidad sij que desea hacer uso de su tradicional turbante contraviniendo con ello las normas canadienses de seguridad e higiene en el trabajo.

<sup>58</sup> COMITÉ DH, Comunicación núm. 195/1985 de 12 de julio de 1990 referido a un profesor de religión de Bogotá que fue depuesto de su cargo y terminó solicitando asilo político en Francia.

<sup>59</sup> COMITÉ DH, Comunicación núm. 201/1985 de 27 de julio de 1983 en la que se admite un trato discriminatorio al asignarle la custodia del hijo común a la madre en caso de divorcio. TEDH, Caso «J. M.» vs. Reino Unido, Sentencia de 28 de septiembre de 2010.

<sup>60</sup> Ver: COMITÉ DH, Caso «Zwaan-de Vries» vs. Holanda, 182/1994, COMITÉ DH, Caso «Broeks» vs. Holanda, 172/1984, o COMITÉ DH, Caso «Jacobs» vs. Bélgica, 943/2000.

<sup>61</sup> Ver: COMITÉ DH, Caso «Aumezuddy-Cziffra y otras» vs. Islas Mauricio, 35/1978, COMITÉ DH, Caso «Pepls v. Holanda», 484/1991, COMITÉ DH, Caso «Müller y Engelhard» vs. Namibia, 919/2000, COMITÉ DH, Caso «Joslin y otras» vs. Nueva Zelanda, 902/1999, entre otros.

Comité de Derechos Humanos los términos de búsqueda reenvían por tanto a la discriminación por razón de sexo, aunque también es posible encontrar algunos casos en los que este órgano de control aplica el tratado para atender casos de discriminación por razón de identidad sexual<sup>62</sup>, o casos de discriminación por causa de orientación sexual<sup>63</sup> siempre controvertidos puesto que no es pacífica la doctrina a la hora de aceptar que dentro de las causales abiertas de discriminación que menciona el art. 26 del Pacto se deba incluir la discriminación por razón de orientación sexual<sup>64</sup>.

En ese sentido, dada la controversia que puede derivar de la interpretación del tratado, es importante destacar las aportaciones que el Comité de Derechos Humanos ha dado a los estados en la Observación General núm. 28<sup>65</sup> y que en su apartado 5 les recuerda la importancia de atender al objeto del tratado y garantizar su efecto útil:

La desigualdad que padecen las mujeres en el mundo en el disfrute de sus derechos está profundamente arraigada en la tradición, la historia y la cultura, incluso en las actitudes religiosas. El papel subordinado que tiene la mujer en algunos países queda de manifiesto por la elevada incidencia de selección prenatal por el sexo del feto y el aborto de fetos de sexo femenino. Los Estados Partes deben cerciorarse de que no

---

<sup>62</sup> COMITÉ DH, Caso «Joslin y otros» vs. Nueva Zelanda, 902/1999, y COMITÉ DH, Caso «Fedotova» vs. Rusia, 1932/2010.

<sup>63</sup> Uno de los más antiguos y curiosos es el caso (COMITÉ DH, Caso «Fuenzalida» vs. Ecuador 480/1991), que trae sus hechos de la acusación y juicio por violación de un joven peluquero homosexual que no encontró en el sistema jurídico interno herramientas legales de protección, por lo que parece que más bien el caso llega al Comité de Derechos Humanos para atender las lagunas y carencias del sistema jurídico ecuatoriano de aquellos años, y no como anticipo de los casos que reivindican derechos de la comunidad LGBTI. Junto a él encontramos en fecha más reciente: COMITÉ DH, Caso «Toonen» vs. Australia, 488/1992, y el controvertido caso (COMITÉ DH, Caso «X» vs. Colombia, 1361/2005), que analiza si de una convivencia homosexual pueden derivar derechos pensionarios.

<sup>64</sup> Y lo cierto es que muchos de los casos de discriminación por razón de identidad de género terminan reconducidos a temas de prohibición de trato inhumano o degradante, derecho a la vida privada o familiar, propiedad privada y en general, no discriminación como causal abierta, “cualquier otra condición social”, tal y como se recoge en el art. 26 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos.

<sup>65</sup> COMITÉ DH, Comentarios Generales, Artículo 3.- La igualdad de derechos entre hombres y mujeres, 68º período de sesiones, Naciones Unidas, HRI/GEN/1/Rev.7 at 207, 2000. El valor doctrinal que tienen las Observaciones generales es enorme, pues muchas veces guían el paso para el futuro desarrollo legislativo en sede nacional respecto al contenido que debe darse a un concreto derecho recogido en el Convenio o Pacto, de ahí que siempre sea conveniente saber en qué términos promociona el Comité de control al tratado del cual es promotor y garante.

se utilicen las actitudes tradicionales, históricas, religiosas o culturales como pretexto para justificar la vulneración del derecho de la mujer a la igualdad ante la ley y al disfrute en condiciones de igualdad de todos los derechos previstos en el Pacto. Los Estados Partes deberán presentar información adecuada acerca de aquellos aspectos de la tradición, la historia, las prácticas culturales y las actitudes religiosas que comprometan o puedan comprometer el cumplimiento del artículo 3 e indicar qué medidas han adoptado o se proponen adoptar para rectificar la situación.

El género solo aparece mencionado una vez en ese documento en su versión oficial en español, y lo hace en referencia al concepto de violencia de género<sup>66</sup>.

Pero sin lugar a dudas, si debemos analizar la jurisprudencia de un órgano de control de tratados de derechos humanos que analice la igualdad entre hombre y mujer, ese es el Comité que controla el cumplimiento de la Convención para la eliminación de la discriminación contra la mujer. Este Comité está operativo desde una fecha más bien reciente, ya que la CEDAW inicialmente no establecía ningún mecanismo de control y sanción para los países incumplidores de sus disposiciones cuando entró en vigor<sup>67</sup>. Será en 1999 cuando se prepare un Protocolo Facultativo que completando las disposiciones convencionales establece la posibilidad de que las víctimas, que no han recibido efectiva protección en el ordenamiento interno de un estado miembro de la CEDAW, puedan presentar una queja individual ante este sistema de control internacional que forma parte de los sistemas convencionales de protección administrados por Naciones Unidas<sup>68</sup>.

<sup>66</sup> COMITÉ DH, «Observación General núm. 28», Comentarios Generales:

Apartado 8: «La mujer está en situación particularmente vulnerable en tiempos de conflicto armado interno o internacional. Los Estados Partes deberán informar al Comité de todas las medidas adoptadas en situaciones de esa índole para proteger a la mujer de la violación, el secuestro u otras formas de violencia basada en el género».

<sup>67</sup> Algo muy frecuente en el derecho internacional donde la capacidad de control y supervisión internacional debe estar en sintonía y equilibrio con el principio de soberanía del estado, de modo que solo por razones de máxima importancia o urgencia pueda acudir de modo subsidiario al sistema internacional ante la ausencia de protección en el orden interno.

<sup>68</sup> Desde entonces 107 estados de los 187 que son parte de la Convención han ratificado el Protocolo facultativo (Perú lo ha hecho en 2001), de modo tal que pueden ser denunciados ante el sistema. Consecuencia de esa denuncia será una investigación y un proceso desde el Comité sobre el ordenamiento interno y su sistema de protección a los derechos recogidos en la Convención, y cuando se verifique una incoherencia entre la norma interna y los estándares internacionales se recomendará al estado subsanarla de modo más adecuado y efectivo.

Los temas de trabajo de la CEDAW han sido esencialmente los relativos a la situación de la mujer: violencia doméstica, discriminación laboral, familia y matrimonio, estado civil, rapto, violación, derechos reproductivos, discriminación por razón de sexo y género, abuso sexual, orientación sexual y violencia sexual. Así en el caso «Dung Thi Thuy Nguyen» vs. Holanda, la víctima argumenta haber sido discriminada porque los beneficios o compensación económica que ha recibido durante su licencia por maternidad, no han llegado al nivel regular de ingresos que la demandante tiene<sup>69</sup>. En el caso «Cristina Muñoz-Vargas y Sainz de Vicuña» vs. España la víctima denuncia haber sufrido una discriminación por razón de sexo dado que el estado le ha denegado el derecho a suceder el título nobiliario de su padre como hijo primogénito bajo el argumento de que es una mujer<sup>70</sup>. Y en caso «Constance R. Salgado» vs. Reino Unido la víctima alega haber sufrido discriminación por razón de sexo al no haber podido pasar su nacionalidad británica a su hijo, nacido en Colombia, porque las leyes disponen que la nacionalidad se transmita por vía paterna y no materna<sup>71</sup>.

La CEDAW es un tratado destinado a la erradicación de la discriminación contra la mujer, centrado por tanto en la discriminación por motivos de sexo, lo que no impide que esas causales de discriminación contra la mujer puedan recibir del enfoque de género una valiosa aportación siempre sea entendido como parámetro que ayuda a entender las causas sociales, culturales, históricas o religiosas que están detrás de la desigualdad de trato a las mujeres. Porque la CEDAW no utiliza el concepto deconstructivista de género como se puede concluir de la lectura de su Recomendación N° 28 donde expresamente define el término género para señalar que: «Se refiere a

---

<sup>69</sup> La Sra. Nguyen argumenta que con base en la CEDAW surge el deber para el Estado de asegurar a las mujeres que no se encontrarán en situación de desventaja por causa del embarazo. El comité consideró admisible la petición pues los beneficios sociales por maternidad fueron recibidos después de que el protocolo facultativo entrase en vigor y los recursos en el orden interno fueron agotados. No obstante, no se encontró violación de la Convención. El Comité señaló que la CEDAW no protege a las mujeres embarazadas de su pérdida relativa de ingresos porque queda en el margen de discrecionalidad del estado establecer el sistema de beneficios por maternidad. COMITÉ CEDAW/C/36/D/3/2004. Disponible en: <goo.gl/VEPiQy>.

<sup>70</sup> El Comité señaló la inadmisibilidad de esta denuncia. Primero porque la violación se produjo antes de que el Estado ratificase la Convención, y segundo porque es una opinión de los miembros del comité que no hay en los títulos nobiliarios una cuestión de derechos humanos dado su naturaleza puramente simbólica. COMITÉ CEDAW/C/39/D/7/2005. Disponible en: <goo.gl/NsLU27>.

<sup>71</sup> La petición fue declarada inadmisibile porque los hechos son anteriores a la entrada en vigor del Protocolo opcional y además, la Sra. Salgado no agotó los recursos que brinda el ordenamiento interno. COMITÉ CEDAW /C/37/D/11/2006. Disponible en: <goo.gl/kWwkQa>.

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 en favor del hombre y en detrimento de la mujer. El lugar que la mujer y el hombre ocupan en la sociedad depende de factores políticos, económicos, culturales, sociales, religiosos, ideológicos y ambientales que la cultura, la sociedad y la comunidad pueden cambiar. La aplicación de la Convención a la discriminación por motivos de género se pone de manifiesto en la definición de discriminación contenida en el artículo 1. Esta definición señala que cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga por objeto o por resultado reducir o anular el reconocimiento, el disfrute o el ejercicio por las mujeres de sus derechos humanos y libertades fundamentales constituye discriminación, incluso cuando no sea en forma intencional». Es decir, que nuevamente también para la CEDAW género puede ser leído como sinónimo de sexo.

164

El periplo por los principales sistemas de protección de derechos humanos no podía culminar sin revisar la postura del sistema interamericano de protección de los derechos humanos (en adelante, SIDH) sobre esta cuestión. Una de las grandes virtudes del sistema americano y que lo distingue de forma clara frente al sistema europeo, deriva de la función consultiva, recogida en el artículo 64 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que permite a la Corte, siempre a petición de un Estado parte, ofrecer una interpretación auténtica de la Convención o de otros instrumentos internacionales, o bien, ofrecer una opinión sobre la adecuación o no de algún aspecto de la legislación nacional con lo dispuesto en los instrumentos internacionales<sup>72</sup>. Y de entre todas las opiniones consultivas que la Corte IDH ha aprobado hasta la fecha, interesan especialmente dos por lo que ofrecen herramientas de interpretación del derecho a la igualdad dentro del SIDH.

En la Opinión Consultiva (OC-4/84) la Corte IDH estudia si la reforma constitucional propuesta en Costa Rica violenta el contenido del art. 24 de la Convención Americana o no, y ello en varios puntos, siendo el más

---

<sup>72</sup> Héctor FAÚNDEZ LEDESMA, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, San José, Instituto Interamericano de los Derechos Humanos, 2004, pp. 989 y ss.; José Carlos REMOTTI CARBONELL, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estructura, funcionamiento y jurisprudencia*, Barcelona, Instituto Europeo de Derecho, 2003, p. 26.

interesante el que afecta a la estipulación de condiciones preferentes para la naturalización por causa de matrimonio a favor de uno solo de los cónyuges. La diferencia de trato que recibe la mujer en este supuesto enlaza con la tradicional consideración masculina de la *potestas* familiar y con las discriminaciones que por razón de sexo se han mantenido en la legislación interna de los Estados hasta fechas recientes. La opinión de la Corte Interamericana, en este caso, coincide con la tendencia jurisprudencial y doctrinal del momento muy a favor de reconocer la capacidad de la mujer y promover la igualdad de sexos, al mismo tiempo que deriva el concepto de igualdad de la dignidad esencial de la persona humana justificando la diferencia de trato cuando existan razones fundadas para ello, siempre centrando su análisis en el caso sin pretender mayores consecuencias jurídicas.

La siguiente vez que la Corte IDH tuvo a la igualdad sometida al escrutinio de una opinión consultiva que debía emanar lecciones de interpretación de la Convención para todos los estados miembros no perdió la oportunidad, así en el párrafo 83 de la Opinión Consultiva (OC-18/03) dice la Corte que: «La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos». De modo que llega así a concluirse el carácter fundamental del principio de igualdad y no discriminación convertido en norma de *ius cogens*.

La jurisprudencia de la Corte IDH, más que la de ningún otro órgano de control de tratados de los antes mencionados, demuestra la naturaleza múltiple de las lesiones que genera la discriminación por razón de sexo. Y en ese sentido la jurisprudencia que emana de la Corte IDH trabaja con un concepto de género que cruza información desde la perspectiva social, política, cultural, etc, que sufre la mujer<sup>73</sup>. Y así las sentencias de la Corte IDH aparecen nutridas de referencias a otros derechos que activan la protección combinada de la igualdad junto a la integridad física en

---

<sup>73</sup> Eso que parece una virtud del Sistema Interamericano de Derechos Humanos es en realidad una consecuencia práctica de su precario sistema de trabajo, siempre falto de recursos económicos que le obliga a priorizar los casos para atender a los de mayor gravedad y en ellos colocar todos los niveles de protección de derechos que sea posible. De ese modo maximiza sus recursos y saca mayor beneficio a las Sentencias que no solo reparan la lesión en el caso concreto sino que también desempeñan una función de promoción y pedagogía de los derechos humanos en la región.

casos de violencia sexual<sup>74</sup>, a la integridad física<sup>75</sup>, a la condición indígena<sup>76</sup>, demostrando de ese modo que insertar una lectura de género, entendido como factor social que ayuda a entender las diferencias entre los dos géneros, resultar eficaz como medio de protección contra la discriminación por razón de sexo.

Pero también la perspectiva de género en su visión de deconstrucción social ha ingresado a la jurisprudencia del SIDH de la mano del controvertido caso «Atala Riffo y niñas» vs. Chile, relacionado con el proceso de custodia o tuición que fue interpuesto ante los tribunales chilenos por el padre de las niñas en contra de la señora Karen Atala Riffo por considerar que su orientación sexual y su convivencia con una pareja del mismo sexo producirían un daño a las tres niñas. La Corte IDH tuvo que resolver la responsabilidad internacional del Estado por el alegado trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que habría sufrido la señora Atala debido a su orientación sexual en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas<sup>77</sup>.

<sup>74</sup> Ver: CORTE IDH, Caso «Fernández Ortega y otros» vs. México, (*Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*), Sentencia de 30 de agosto de 2010 y CORTE IDH, Caso «Rosendo Cantú y otra» vs. México, (*Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*), Sentencia de 31 de agosto de 2010.

<sup>75</sup> CORTE IDH, Caso «Veliz Franco y otros» vs. Guatemala, (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*), Sentencia de 19 de mayo de 2014.

<sup>76</sup> CORTE IDH, Caso «Masacre Plan de Sánchez» vs. Guatemala, (*Reparaciones*), Sentencia 19 de noviembre de 2004 y CORTE IDH, Caso «González y otras (Campo Algodonero)» vs. México, (*Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*), Sentencia de 16 de noviembre de 2009. La CORTE IDH recuerda, que la violencia contra la mujer no solo constituye una violación de los derechos humanos, sino que es «una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres», que «trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases»; que en los casos de violación sexual contra mujeres indígenas, el dolor y la humillación se agrava por su condición de indígenas debido al desconocimiento del idioma de sus agresores y de las demás autoridades intervinientes y por el repudio de su comunidad como consecuencia de los hechos.

<sup>77</sup> La CORTE IDH concluyó que si bien la Sentencia de la Corte Suprema y la decisión de tuición provisoria pretendían la protección del interés superior de las niñas, no se probó que la motivación esgrimida en las decisiones fuera adecuada para alcanzar dicho fin, dado que la Corte Suprema de Justicia y el Juzgado de Menores de Villarrica no comprobaron en el caso concreto que la convivencia de la señora Atala con su pareja afectó de manera negativa el interés superior de las menores de edad y, por el contrario, utilizaron argumentos abstractos, estereotipados y/o discriminatorios para fundamentar la decisión, por lo que dichas decisiones constituyen un trato discriminatorio en contra de la señora Atala que viola la Convención Americana. Además, el trato discriminatorio en contra de la madre tuvo repercusión en las niñas, pues fue el fundamento para decidir que ellas no continuarían viviendo con ella. De manera que dicha decisión irradió sus efectos al ser ellas separadas de su madre como consecuencia

El caso Atala alcanzó un gran impacto mediático como no podía ser de otro modo, por lo que puede resultar de interés detenernos brevemente en el itinerario procesal que lo llevó hasta la Corte IDH. La señora Karen Atala Riffo designó como sus representantes ante el SIDH a Macarena Sáez de la organización «Libertades Públicas A.G.», a Helena Olea de la «Corporación Humanas, Centro Regional de Derechos Humanos y Justicia de Género», y a Jorge Contesse del «Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales». El Tribunal recibió 32 escritos en calidad de *amicus curiae*, entre ellos de Natalia Gherardi, Directora Ejecutiva del Equipo Latinoamericano de Justicia y Género, de Suzanne B. Goldberg y Michael Kavey, Abogados de la «Sexuality & Gender Law Clinic» de la Universidad de Columbia, y del Área de Derechos Sexuales y Reproductivos del Programa de Derecho a la Salud de la División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia Económicas entre otros. Ya dentro del proceso, Allison Jernow, perito propuesta por la Comisión, Abogada de la Comisión Internacional de Juristas y encargada del proyecto sobre orientación sexual e identidad de género, rindió dictamen sobre el uso de la orientación sexual como un factor en las decisiones judiciales de custodia, a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos en materia de igualdad, no discriminación y vida privada y familiar, y la relación entre los estándares del derecho internacional de los derechos humanos y los temas de custodia en el caso Atala.

#### **IV. Reflexiones finales**

El objeto de este trabajo era comprobar si podía tener consecuencias en el plano jurídico la sustitución que desde las ciencias sociales se había hecho de los términos sexo por género. El método de estudio se ha sustentado en una hipótesis, la de suponer la existencia de dificultades técnicas para trasladar los efectos del estudio social al campo del derecho, dadas las características propias que el derecho tiene como ciencia: especialmente la necesidad de atender a criterios de argumentación que resuelvan los problemas de la aplicación de la norma en el caso concreto. Para validar la hipótesis de trabajo se iba a utilizar el sistema de tratados de derechos humanos, por su grado de generalidad y porque cuentan con una nutrida base jurisprudencial sobre la que hacer el estudio. La pregunta era si, a nivel de los órganos de control de

---

de la orientación sexual de la misma CORTE IDH, Caso «Atala Riffo y niñas» vs. Chile, (*Fondo, reparaciones y costas*), Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C. N° 239.

esos tratados se podía detectar algún cambio en la respuesta protectora del derecho a la igualdad al introducir la variable «perspectiva de género» en su trabajo de solución de casos concretos.

Como partida quedó establecido que dos eran los posibles conceptos de género, un concepto de consenso que enlaza con los significados sociales que se confieren a las diferencias biológicas entre los sexos y con concepto radical que habla de la construcción de un nuevo de identidad de género. Los tratados de derechos humanos con relevancia en la materia nacieron todos ellos en un tiempo en que la segunda versión de género no había hecho acto de presencia en la escena académica, por lo que su objeto de protección era el género entendido como sexo. De ahí que cuando el género ha comenzado a producir nuevos enfoques y perspectivas, los órganos de control de esos tratados han salido a dar alcances sobre el significado de género que se utiliza en esa sede internacional. Así encontramos la aclaración en el documento final de Beijing, las observaciones y recomendaciones del Comité de Derechos Humanos y del Comité de la CEDAW, las aclaraciones sobre el concepto género en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, entre otros, y en todos ellos género aparece como sinónimo de sexo y el enfoque de género enlaza a la versión de consenso.

168

Pero también hemos visto en estas últimas décadas, como aumentaba el número de casos que, con base en la pretensión de protección del derecho a la igualdad planteaban casos sobre discriminación por razón de orientación sexual o casos de identidad de género ante los órganos de control de tratados que habían surgido fundamentalmente para luchar contra la discriminación hacia la mujer. En ese sentido puede resultar sumamente ilustrativa la lectura de los principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. Un documento de intenciones aprobado en 2006 que contiene una guía de acción para lograr activar ante los estados una adecuada protección de los derechos humanos del colectivo LGBTI. Pero una cuestión debería quedar clara a la hora de activar la aplicación de tratados de derechos humanos para defensa de derechos de este colectivo, y es que con ello no se desvirtúe el objeto de protección del tratado. Hemos de recordar que un tratado nace con un objeto que debe ser concretado en su vida útil, siendo la interpretación afín con dicho objeto de protección. Cuando se cambia el objeto de protección caemos en el riesgo de desatender a los sujetos destinatarios principales de dicho instrumento internacional.

El objeto de protección de las normas internacionales que luchan contra la discriminación por razón de género es la mujer. Ampliar el objeto de protección de tratados como la CEDAW o la Convención de Belém do Pará no solo significa tergiversar el objeto del tratado incumpliendo con ello las reglas del derecho internacional, sino que tiene como consecuencia dar la impresión de que se haya culminado la tarea para la que el tratado fue dado, siendo descuidados entonces los graves casos de desigualdad contra la mujer que todavía se viven en muchas partes del mundo.

Un segundo nivel de conclusiones llegan de la mano del concepto género y su controvertida derivación, la ideología de género. Si se pudo concluir la dificultad de establecer una definición de consenso y las luchas que dentro de las ciencias sociales produce el concepto, se puede comprender la importancia de rechazar desde el plano jurídico la inclusión de un concepto con tanta carga subjetiva. El género entendido como factor de construcción social se presenta casi como un ideal, como un valor cargado de elementos subjetivos y por tanto relativos. Es decir, se presenta casi como un elemento de la moral social y no podemos caer en el error de reinsertar la moral dentro de la construcción normativa. La perspectiva de género ha alcanzado el nivel de «retórica» y con ello se ha convertido en un elemento de propaganda de una nueva fe. Como tal debe aceptar el ejercicio libre de sus fieles, la conversión, la indiferencia hacia ella y por supuesto, no debe imponerse a quienes decidan libremente tener otras ideas.



## Sentencia pionera en España que define jurídicamente y aplica la técnica de «juzgar con perspectiva de género»

 GLÓRIA POYATOS I MATAS\*

### Sumario

**I.** Introducción. Objeto del recurso de suplicación de la primera sentencia que aplica la «técnica de juzgar con perspectiva de género». **II.** Incorporación de la dimensión de género en la impartición de Justicia. Definición y fundamentación jurídica. **III.** Conclusiones.

### Resumen

La autora comenta la Sentencia de la Sala Social del Tribunal de Justicia de Canarias (Las Palmas) que estimó el recurso planteado por una víctima de violencia de género divorciada del causante, para reclamar pensión de viudez. Según la autora se trata de una resolución pionera en España porque define jurídicamente la técnica de «*juzgar con perspectiva de género*» para aplicarla posteriormente al caso sentenciado de forma muy didáctica.

171

### Palabras clave

Perspectiva de género, derecho a la igualdad, no discriminación, sexo.

### Abstract

The author comments the Judgment of the Social Chamber of the Court of Justice of the Canary Islands (Las Palmas), which upheld the appeal filed by a victim of gender-based violence divorced from the deceased, to claim a widow's pension. According to the author, it is a pioneering resolution in Spain because it legally defines the technique of "judging from a gender perspective" and then applies it to the case that is sentenced in a very didactic way.

### Keywords

Perspective of gender, right to equality, non-discrimination, sex.

---

\* Magistrada de la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (España). Presidenta de la Asociación de Mujeres Juezas de España y de la Asociación Canaria de Iuslaboralistas. En junio de 2017 recibió, junto a mis compañeros y compañeras de Sala, el premio anual Mallette de Oro Women's Link Worldwide, a la mejor sentencia de género, en calidad de ponente de la Sentencia de 7 de marzo de 2017 (Rec. 1027/2016) del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Sala Social, Las Palmas). Doctoranda. Dedicación a los cuidados de una hija, durante los últimos nueve años, que me han aportado inteligencia emocional y las mejores habilidades profesionales en la resolución y gestión de decisiones con impacto humano, además de intuición y destreza resolutoria.

## I. Introducción

Juzgar con perspectiva de género no es una ideología ni –solo– una propuesta feminista<sup>1</sup>, se trata de un mandato jurídico vinculante para los órganos jurisdiccionales, tal y como se señala en el Dictamen del Comité CEDAW (Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer) de 16 de julio de 2014, entre otros, en el Asunto de Ángela González, en relación a España<sup>2</sup>.

Ello no es una opción del juez o la jueza sino un imperativo legal vinculante para todos los poderes del Estado. La interpretación y aplicación de las normas desde esta perspectiva, exige equidad, contextualización y actuación conforme al principio «pro persona», como hermenéutica que obliga a los órganos jurisdiccionales a adoptar interpretaciones jurídicas que garanticen la mayor protección de los derechos humanos de las mujeres.

Hacer real el principio de igualdad no permite «neutralidad»<sup>3</sup>, hay que adoptar un enfoque constitucional.

<sup>1</sup> La categoría analítica de «género», como pone de relieve la profesora Rosa COBO, fue acuñada en 1975 por la antropóloga feminista Gayle Rubin, para dar cuenta de la desventajosa posición social de las mujeres a lo largo de la historia. En tal sentido, forma parte de un *corpus* conceptual, de carácter transdisciplinar, y de un conjunto de argumentos contruidos desde hace ya tres siglos, cuyo objetivo ha sido poner de manifiesto los mecanismos y dispositivos que crean y reproducen los espacios de subordinación, discriminación y opresión de las mujeres en cada sociedad. Ver: Rosa COBO BEDIA, *Aproximaciones a la teoría crítica feminista*, Lima, Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de las Mujeres (CLADEM), 2014, pp. 8-10.

<sup>2</sup> La CEDAW es uno de los tratados internacionales de derechos humanos de Naciones Unidas más operativo en la conquista de la igualdad de oportunidades y de trato entre mujeres y hombres. Fue aprobada por la Asamblea General en 1979 y entró en vigor en 1981, siendo ratificada por España en 1984. La propia Convención creó el «Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer» que examina los progresos realizados por los diferentes Estados parte en la aplicación de la Convención. Debiéndose destacar aquí el Dictamen núm. 47/2012, dirigido al Estado español. Disponible en: <goo.gl/BDmRjL>.

<sup>3</sup> Katharine Barlett y Catharine MacKinnon, destacadas exponentes de la teoría feminista del derecho, cuestionan no solo la supuesta «neutralidad de las normas» sino también la pretendida objetividad y «neutralidad» en la aplicación del derecho. En efecto, como pone de relieve Roberto Gargarella, en la presentación del emblemático libro *Feminismo inmodificado*, una de las tesis centrales de la reflexión de MacKinnon es que «el derecho no solo no es neutral, sino que la retórica liberal de la igualdad es el manto tras el que la legalidad patriarcal estructura la opresión basada en el sexo» Ver: Catherine MacKinnon, *Feminismo inmodificado. Discursos sobre la vida y el derecho*, Buenos Aires, Siglo XX Editores, 2014, p. 11. En esa misma línea, Ana Sánchez, entre otras autoras, pone de manifiesto que a lo largo de la historia, las mujeres y los movimientos feministas han luchado por desenmascarar la pretendida «neutralidad» del derecho. Ver: Ana SÁNCHEZ URRUTIA, «Prólogo», en Ana SÁNCHEZ URRUTIA y Nuria PUMAR BELTRÁN (coords.), *Análisis feminista del derecho. Teorías, igualdad, interculturalidad y violencia de género*, Barcelona, Universidad Autónoma de Barcelona, 2014, p.12.

En el caso analizado por la sentencia canaria, la demandante y el causante contrajeron matrimonio el 18 de julio de 1981, fruto del cual nacieron dos hijas. El 29 de junio de 1995 se dictó sentencia de separación del matrimonio, sin hacerse mención a la pensión compensatoria y el 1 de septiembre de 1999 fue dictada la sentencia de divorcio, declarando la disolución del matrimonio. El causante falleció el 16 de junio de 2014.

La sentencia del juzgado social recurrida desestimó la demanda planteada por la viuda divorciada en su modalidad de víctima de violencia de género, sustancialmente por tres motivos:

- a) No quedó suficientemente probada la violencia de género, pues solo una de las múltiples denuncias planteadas por la actora frente al causante se tramitó judicialmente y además fue archivada, «sin mayor trascendencia».
- b) Además, la responsable del Instituto Canario de la Mujer no ratificó en el acto del juicio los dos certificados expedidos en 1994 y 1997 donde recogía que se había atendido a la actora: «por motivo de la incesante situación de violencia sufrida junto a sus dos hijas menores en su matrimonio, producido por su esposo».
- c) Tampoco acudieron al juicio como testigos de la situación de violencia las hijas de la reclamante que aparecen como testigos presentes en varias de las denuncias planteadas por la demandante.

## **II. Incorporación de la dimensión de género en la impartición de justicia. Definición y fundamentación jurídica**

En el caso materia de análisis, la Sala revoca la sentencia destacando que en casos como el presente debe juzgarse con perspectiva de género, tal y como se recoge en el artículo 4 de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo de igualdad efectiva de mujeres y hombres<sup>4</sup>, cuya rúbrica es «integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas» y supone la concreción del principio y del derecho fundamental a la igualdad efectiva:

---

<sup>4</sup> Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE núm. 71 de 23 de mayo de 2017).

La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

Para entender por qué y para qué hay que juzgar con perspectiva de género debe partirse de los estereotipos, prejuicios y roles sexistas como base de la discriminación contra las mujeres (vigentes incluso en los países más avanzados en la protección de los derechos humanos). Nos enfrentamos a unos poderosos enemigos cognitivos porque, como señalaba Alphonse Bertillon<sup>5</sup>, «solo se ve lo que se mira y solo se mira lo que se está preparado para ver».

Las características de género son construcciones socioculturales que varían a través de la época, la cultura y el lugar; se refieren a los rasgos psicológicos y culturales que la sociedad atribuye, a cada uno, de lo que considera «masculino» o «femenino». La violencia de género, física y/o psicológica, deriva directamente de las referidas asimetrías endémicas<sup>6</sup> y estructurales.

El acto de estereotipar es de origen social y se construye a través del aprendizaje observacional, luego se integra en nuestro tejido perceptivo hasta el punto de no tener conciencia de ello, por lo que no lo diagnosticamos como un problema que requiera remedio legal o de otro tipo. Los prejuicios determinan «cómo debemos ser», en vez de reconocer «quiénes somos» y cuando penetran en el sistema judicial lo distorsionan, perpetuando las asimetrías sociales entre hombres y mujeres mediante resoluciones que se convierten en «armas de discriminación institucional». Su presencia en los sistemas de justicia tiene consecuencias perjudiciales para los derechos de las mujeres, particularmente para las víctimas y supervivientes de diferentes formas de violencia, pudiendo impedir el acceso a una tutela judicial efectiva. Las «preconcepciones» afectan a la capacidad individual de quien debe evaluar los hechos de un caso concreto con mente abierta. Ello predispone a quien juzga y compromete la imparcialidad que debe regir la actividad jurisdiccional, y exacerba en casos de sobrecarga judicial y facilita el camino simple y acrítico, de dar por válidos los «mandatos» sociales derivados de la estereotipia.

---

<sup>5</sup> Alphonse BERTILLON (1853-1914), investigador e impulsor de métodos de individualización antropológica.

<sup>6</sup> ROSA COBO BEDIA, «Género», en Celia AMORÓS PUENTE (dir.), *10 palabras clave sobre mujer*, Navarra, Verbo Divino, 1995, pp. 55-84.

La estereotipación de género institucional, es una cuestión de derechos humanos identificada como una forma de discriminación en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer<sup>7</sup> (CEDAW)<sup>8</sup>, en el Convenio del Consejo de Europa sobre la prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul)<sup>9</sup> y otras herramientas internacionales como la Recomendación núm. 33 del Comité CEDAW, de agosto de 2015, sobre «el acceso de las mujeres a la justicia», donde se insiste en la formación y capacitación adecuada de las personas que operan en el sistema judicial.

España, además, ya fue condenada por la ONU, precisamente por incumplir los referidos preceptos de la CEDAW (Comunicación núm. 47/2012 del Comité CEDAW. Asunto Ángela González), con una expresa recomendación de dar formación en género y frente a los estereotipos a personas que operan en la justicia y expresamente a jueces y juezas. El caso de Ángela González es el de una víctima de violencia de género que había presentado 51 denuncias ante juzgados y comisarías frente a su exmarido, por gravísimas amenazas, agresiones e intento de rapto e igualmente para evitar las visitas sin vigilancia de la hija común del matrimonio. Pero sus denuncias no fueron atendidas y su hija Andrea, con tan solo siete años fue asesinada por su padre de un disparo. La historia de Ángela es, seguramente, la descripción más trágica de la violencia que las instituciones ejercen contra las víctimas de la violencia machista. En el ámbito jurídico, hay una larga historia de estereotipos sobre las testigos mujeres como «intrínsecamente mentirosas» o como «intrínsecamente no confiables» y, por lo tanto, se cree que es más probable que mientan al testificar en casos de violencia sexual.

---

<sup>7</sup> Artículos 5, inc. a) y 2, inc. d) de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 18 de diciembre de 1979 (CEDAW). Ratificado por España el 16 de diciembre de 1983 (BOE 21/03/1984), en relación con los artículos 1, 9, 10 y 96 de la Constitución Española.

<sup>8</sup> La CEDAW es considerada la «Carta Internacional de los Derechos Humanos de las Mujeres» ya que constituye el primer instrumento internacional que incluye todos los derechos humanos de las mujeres explícita o implícitamente al prohibir todas las formas de discriminación por razones de sexo. Ver: ALDA FACIO, «La carta magna de todas las mujeres» en RAMIRO ÁVILA, JUDITH SALGADO y LOLA VALLADARES (comps.), *El género en el derecho. Ensayos críticos*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Ecuador/Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (UNIFEM), 2009, pp. 541-558.

<sup>9</sup> Artículos 12, inc. 1º y 14 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia sobre las mujeres y la violencia doméstica de 11 de mayo de 2011, ratificado por España en 2014 (BOE 06/06/2014), en relación con los artículos 1, 9, 10 y 96 de la Constitución Española.

El mismo Comité CEDAW también ha advertido reiteradamente sobre las distorsiones judiciales que producen los estereotipos de género proyectados en delitos sexuales, cuando quienes juzgan aplican el rol de *la* «víctima ideal» partiendo del prejuicio del «consentimiento sexual implícito» de las mujeres, lo que se traduce procesalmente en una exigencia añadida a las víctimas (mayoritariamente mujeres), que deberán probar una resistencia física, contumaz, clara y terminante frente al acto de la violación para poder ser «creíbles judicialmente»<sup>10</sup>.

El principio de integración de la dimensión de género en la actividad jurídica vincula a todos los Poderes del Estado: al Legislativo, al Ejecutivo y al Judicial. La vinculación de la actividad jurisdiccional del Judicial –dada su independencia– deriva de su sumisión al imperio de la ley prescrito por el artículo 117 de la Constitución Española. Tal afirmación se encadena con la existencia de un amplio derecho antidiscriminatorio, con amparo constitucional en los artículos 9.2<sup>11</sup> y 14<sup>12</sup> del texto constitucional español, que debe desplegarse en tres fases judiciales concretas:

176

- a) En la tramitación del procedimiento a través de un nutrido conjunto de cláusulas de protección jurisdiccional efectiva de la igualdad de género que, con carácter general, tienden a flexibilizar el rigor procesal y a garantizar la tutela de las víctimas.
- b) En la valoración de la prueba. Distribución de la carga de la prueba de la discriminación, relevancia de la declaración de la víctima.
- c) En la aplicación de las normas sustantivas específicamente dirigidas a la mayor efectividad de la igualdad de trato y oportunidades. Prohibición de discriminación directa e indirecta, medidas de acción positiva, democracia paritaria e igualdad de oportunidades, derechos de maternidad y conciliación, protección frente a la violencia de género.

<sup>10</sup> Ello se contiene en números dictámenes del Comité CEDAW, entre los que son destacables: la Comunicación núm. 34/2011 de 12 de marzo de 2014 (*Caso R.P.B. contra Filipinas*) y la Comunicación núm. 18/2008 de 29 de noviembre de 2007 (*Caso K.T. Vertido v. Filipinas*).

<sup>11</sup> El artículo 9. inc. 2º de la Constitución Española dispone: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

<sup>12</sup> El artículo 14 de la Constitución Española dispone: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

## **2.2. Valoración de la prueba con perspectiva de género**

En el caso que nos ocupa, la actora contrajo matrimonio con el causante en fecha 18 de julio de 1981 y se separó en 1995, es decir, mucho antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género<sup>13</sup> y, por tanto, mucho antes de iniciarse un abordaje integral de lucha desde todos los poderes públicos frente a la violencia de género, y mucho antes –también– de iniciarse la sensibilización social de que la violencia de género no es un problema doméstico o de ámbito privado, por lo que debe tomársela muy en cuenta en el análisis e impartición de justicia en el caso analizado.

El causante falleció el 16 de julio de 2014 y la actora solicitó entonces la pensión de viudedad como víctima de violencia de género. Las pruebas presentadas por la demandante fueron:

-Documento en el que la jefa del negociado del servicio de atención e información a la mujer del Instituto Canario de la Mujer certificó el 13 de noviembre de 1994 y el 19 de septiembre de 1997 que la actora fue atendida en el centro «por motivo de la incesante situación de violencia sufrida, junto con sus dos hijas menores, en su matrimonio con el causante».

177

La actora había presentado con anterioridad a la separación y también con posterioridad, en la Comisaría Central del Cuerpo Nacional de Policía y en el juzgado, múltiples denuncias (siete denuncias ante la comisaría y tres actuaciones judiciales), tanto por incumplimiento de las medidas acordadas en el procedimiento de divorcio, como por amenazas, violencia económica, lesiones e insultos proferidos por el causante, con distintos resultados mas en ningún caso se obtuvo sentencia condenatoria del agresor.

La Sala canaria, llega a una conclusión diferente a la de la instancia, recordando lo contenido en la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2016 (Recurso 3106/2014) y, sobre todo, al integrar la perspectiva de género en la valoración de la prueba aportada:

---

<sup>13</sup> Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (BOE núm. 313 de 29 de diciembre de 2004).

a) De un lado, entiende que los certificados de 1994 y 1997 otorgados por la jefa del negociado del servicio de atención e información a la mujer del Instituto Canario de la Mujer, que no habían sido impugnados de contrario, son un indicio sustancial en la probanza de la situación de violencia continuada que padecía la víctima, hace más de 22 años. Debe también destacarse que se trata de certificados expedidos por quien tenía competencia para hacerlo en nombre de una entidad administrativa competente en materia de violencia de género y, por ello, debe merecer una consideración diferente a la que tendría un documento suscrito por un particular. Y a ello debe añadirse, la dificultad evidente de traer a juicio para su ratificación, a quien los suscribió hace más de 22 años.

Por tanto, los certificados deben ser valorados como indicios válidos de la situación de violencia de género de la actora, sin necesidad de condicionarlo a su ratificación judicial, dentro del especial contexto discriminatoria ya aludido y aplicando la perspectiva de género en la impartición de justicia (valoración de elementos probatorios). Esta innecesaria ratificación de Informes, no es tampoco extraña en el proceso laboral, pues el artículo 93.1º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social<sup>14</sup>, en relación a la prueba pericial exime de ratificación judicial a los informes contenidos en la documentación administrativa, cuya aportación sea preceptiva, según la modalidad de que se trate.

178

En el presente caso, no se trata de un procedimiento de seguridad social ni tampoco de un informe médico, pero estamos ante un documento administrativo, pues quien lo suscribe lo hace en nombre del antiguo Instituto Canario de la Mujer (ICM), dependiente del Gobierno de Canarias que vela por la protección física, psicológica y moral (salud) de las víctimas de violencia de género. La actora no acudió al Servicio Canario de Salud a solicitar ayuda sino al Instituto Canario de la Mujer, como entidad de protección de la salud moral de las víctimas de violencia de género. Además el ICM es un órgano con competencia en la asistencia a las víctimas de violencia de género, por lo que con mayor motivo debe ser tenido en cuenta como indicios inequívocos de la situación de violencia que padecía la actora, ello unido a la ausencia de impugnación del citado documento.

<sup>14</sup> El artículo 93, inc. 1º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (BOE nº 245 de 11 de octubre de 2011) dispone en materia de prueba pericial lo siguiente: «La práctica de la prueba pericial se llevará a cabo en el acto del juicio, presentando los peritos su informe y ratificándolo. No será necesaria ratificación de los informes, de las actuaciones obrantes en expedientes y demás documentación administrativa cuya aportación sea preceptiva según la modalidad procesal de que se trate».

b) A lo anterior debe añadirse el conjunto de denuncias a las que refiere la fundamentación jurídica de la sentencia, y que ya se han referido específicamente (siete denuncias ante la comisaría y tres actuaciones judiciales), que a criterio de esta Sala son también indicios solventes compatibles con la situación de violencia de género padecida por la actora antes y después de su separación.

En la realidad social de 1995, cuando se planteó la primera denuncia por maltrato, las manifestaciones de la demandante constituyen un importante indicio de que estaba siendo violentada por su esposo, lo que en este caso se ve reforzado por otros datos como el auto de fecha 13 de noviembre de 1995 que aunque acordó el archivo del procedimiento incoado como diligencias previas, en su fallo declaró «falta» el hecho que motivó la incoación de las diligencias previas. Tales hechos, en el contexto social del año 1995, constitutivos de falta, son compatibles con la violencia de género que ahora se reivindica.

El panorama de denuncias escalonadas interpuestas por la actora entre 1995 y 1999 (antes y después de la separación), no puede quedar neutralizado por la inexistencia de sentencia de condena, pues tal y como ha declarado el Tribunal Supremo en la sentencia referida, debe hacerse un análisis no restrictivo o mecánico, sino contextual y sobre todo debe tenerse en cuenta las especiales dificultades de la víctimas de violencia a la hora de denunciar y probar su situación, dificultades que se multiplicaban, mucho antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2004 y el Convenio de Estambul. Por todo ello, entendimos fue probada, de acuerdo con los indicios referidos, la situación de violencia de género padecida por la actora.

c) La ausencia de las hijas del causante en el acto del juicio en calidad de testigos no supone un obstáculo para llegar a la anterior conclusión, pues presenciar episodios de violencia física y psicológica a tempranas edades en el entorno doméstico, puede tener graves efectos y muy diversos en las personas, dependiendo de su fortaleza por lo que exigir su testimonio puede ser, en muchos casos, revictimizador contraviniendo lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 4/2015, de 27 de abril del Estatuto de la víctima del delito<sup>15</sup>.

Por ello, no puede ser objeto de convicción (en negativo), la ausencia de la testifical de las hijas, máxime si como todo apunta fueron también

---

<sup>15</sup> Ley 4/2015, de 27 de abril del estatuto de la víctima del delito (BOE nº101 de 28 de abril de 2015).

víctimas de violencia intrafamiliar, pues la madre las refiere como testigos presenciales en varias de las denuncias presentadas ante los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad.

### **III. Conclusiones**

La importancia de esta sentencia radica, no tanto en la estimación de fondo del recurso, sino en la novedad de ser la primera resolución judicial dictada en España en la que se define teóricamente el criterio hermenéutico que obliga a los órganos jurisdiccionales a adoptar interpretaciones jurídicas que garanticen la mayor protección de los derechos humanos, en especial los de las víctimas, mediante la técnica de impartición de justicia con perspectiva de género, además de proyectar y aplicar al caso (en la valoración de la prueba aportada) la citada técnica mediante la cual se acaba estimando el recurso de suplicación planteado por la víctima de violencia de género.

La justicia detecta, corrige y compensa. Los jueces y juezas podemos y debemos ser dinamizadores de cambios sociales para avanzar en la igualdad a través de nuestras actuaciones y resoluciones judiciales.

Hay dos formas de impartir justicia: hacerlo formal y mecánicamente y hacerlo de forma contextualizada con equidad y perspectiva de género. La primera perpetúa las sistémicas asimetrías sociales entre sexos, la segunda, en cambio, camina hacia una sociedad igualitaria. Una justicia sin perspectiva de género, no es justicia.

# El sustento constitucional de la impartición de justicia desde la perspectiva de género

 MARÍA CONCEPCIÓN TORRES DÍAZ\*

## Sumario

**I.** Contextualización. **II.** Objetivos. **III.** El sustento constitucional de la impartición de *justicia* desde la perspectiva de género. 3.1. Ámbito conceptual y normativo. 3.2. El género como categoría de análisis jurídico. 3.3. La perspectiva de género en la impartición de *justicia*. 3.4. Dimensión práctica de la perspectiva de género en la *justicia*. **IV.** Consideraciones finales. **V.** Bibliografía.

## Resumen

El presente estudio analiza las potencialidades del género como categoría de análisis jurídico en la interpretación y aplicación normativa. Parte de la reflexión crítica sobre el androcentrismo imperante en el Derecho y los derechos y en cómo este ha afectado a la subjetividad jurídica y política de las mujeres. Desde estas premisas su autora invita a reflexionar sobre los términos en los que el Derecho ha pensado (y piensa) a las mujeres. Y es que –como señala– quien piensa crea un imaginario y, en este caso, un imaginario jurídico que construye, perfila y posiciona a los sujetos de derechos dotándoles de un mayor o menor poder y reconociéndoles un lugar central o periférico. Tras un análisis conceptual el estudio colige en el sustento constitucional de la impartición de *Justicia* desde la perspectiva de género.

## Palabras clave

Perspectiva de género, justicia constitucional, impartición de justicia, derecho antidiscriminatorio, aplicación e interpretación normativa, iusfeminismo, feminismo jurídico.

## Abstract

The present study analyzes the potentialities of gender as a category of legal analysis in the interpretation and normative application.. Part of the critical reflection on the prevailing androcentrism in the Law and the rights and in how this has affected the legal and political subjectivity of women. From these premises, the author invites us to reflect on the terms in which the Law has thought (and thinks) of women. And it is that -as he points out- who thinks creates an imaginary and, in this case, a legal imaginary that con-

---

\* Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de Alicante (España) y abogada. Secretaria de la Red Feminista de Derecho Constitucional. Website:<<http://www.juristconcep.com>>.

structs, profiles and positions the subjects of rights giving them a greater or lesser power and recognizing a central or peripheral place. After a conceptual analysis the study collects in the constitutional sustenance of the teaching of Justice from a gender perspective.

**Keywords**

Gender perspective, constitutional justice, imparting justice, Anti-Discrimination Law, application and normative interpretation, iusfeminism or legal feminism.

## 1. Contextualización

**E**l presente trabajo lleva por título «El sustento constitucional de la impartición de justicia desde la perspectiva de género». Un título que –en líneas generales– obliga a reflexionar críticamente sobre el androcentrismo imperante en el Derecho y los derechos y sobre cómo ha afectado (y afecta) a la subjetividad jurídica y política de las mujeres. Este punto resulta crucial porque permite ir más allá y, desde el punto de vista epistemológico, invita a reflexionar sobre los términos en los que el Derecho ha pensado (y piensa) a las mujeres. La cuestión no es anodina si se tiene en cuenta que quien piensa crea un imaginario y, en este caso, un imaginario jurídico que construye, perfila y posiciona a los sujetos de derechos, esto es, a los sujetos jurídico/políticos dotándoles de mayor o menor poder y reconociéndoles un lugar central o periférico. Y es que no se puede obviar que dependiendo de los términos en los que el Derecho ha pensado a los sujetos –en tanto que personas– estos se han erigido en sujetos a los que se reconocen derechos o, por el contrario, en sujetos cuya subjetividad no va más allá de una eventual y provisional concesión.

182

Desde este prisma de análisis conviene significar que hablar y distinguir desde el ámbito jurídico de ‘reconocimiento’ o ‘concesión’ de derechos implica distinguir e identificar distintos grados de subjetividad jurídica y política. Implica hablar de sujetos autónomos o sujetos heterónomos, implica hablar de sujetos autodesignados (con capacidad de pactar y de definir el modelo económico, social, cultural, político, etc.) o sujetos heterodesignados, esto es, sujetos –estos últimos– definidos desde un modelo normativo de lo humano que ha hecho abstracción de la sexuación de los sujetos de derechos.

En este punto conviene reseñar cómo la heteronomía o heterodesignación de la subjetividad jurídica y/o política de las mujeres se ha realizado

tradicionalmente desde la jerarquía socio/sexual del sistema sexo/género. Por tanto, desde la visión androcéntrica de un sujeto (varón, blanco y heterosexual) con capacidad de pacto y de autodesignación y, lo más importante, con la capacidad discursiva suficiente para crear un imaginario jurídico a medida, extrapolado –a nivel social– como neutro, objetivo y racional. Desde la practicidad de este imaginario jurídico y político las mujeres han sido las excluidas. Han sido las definidas como *lo Otro*, o inesencial al sujeto universal. De ahí, por ejemplo, que la igualdad efectiva y real todavía sea un objetivo a conseguir y no se haya articulado –en sede constitucional– desde el reconocimiento de dos sujetos igualmente diferentes sin necesidad de que uno sea el modelo del otro. Desde estos postulados, el momento actual obliga a redefinir al sujeto ‘persona’ y a resignificar jurídicamente la categoría ‘sexo’ como hecho biológico que implica diferencia mutua entre los sujetos de derechos, sin necesidad de que exista un patrón de referencia al que haya que adaptarse o en el que haya que encajarse.

A nivel epistemológico, lo expuesto en líneas anteriores insta a profundizar en los conocimientos situados<sup>1</sup> como sustento teórico del *iusfeminismo* y sus aportaciones en el análisis crítico del discurso jurídico. En este punto cabría citar a Alda Facio<sup>2</sup> en *Hacia otra teoría crítica del derecho* o a Frances Olsen<sup>3</sup> en *El sexo del derecho*, sin olvidar a Carol Pateman<sup>4</sup> en *El contrato sexual* o a Catharine Mackinnon<sup>5</sup> en *Are Women Human?: And Other International Dialogues*. La lectura de las obras de las teóricas e investigadoras citadas –consciente de que solo constituyen una pequeña muestra– obligan a interpelar al Derecho en aras de determinar qué rol desempeña actualmente. Si un rol acrítico sustentador del sistema sexo/género bajo el paradigma de la igualdad normativa y/o legal que hace abstracción de las situaciones de

<sup>1</sup> Donna HARAWAY, «Conocimientos situados: la cuestión científica en el feminismo y el privilegio de la perspectiva parcial», en Donna HARAWAY, *Ciencia, cyborgs y mujeres: la reinención de la naturaleza*, Madrid, Cátedra, 1991, pp. 303-346; Alejandra ARAIZA DÍAZ, *De la política de la localización a los conocimientos situados. Notas para la creación de una ciencia feminista*, 2009. [consultado el 20 de enero de 2018]. Disponible en: <goo.gl/qKagPW>.

<sup>2</sup> Alda FACIO, «Hacia otra teoría crítica del Derecho», en Gioconda HERRERA, *Las fisuras del patriarcado. Reflexiones sobre Feminismo y Derecho*, Seminario «Género y Derecho: reflexiones desde la teoría y la práctica», Ecuador, FLACSO, 2000, pp. 15-44. [consultado el 16 de enero de 2018]. Disponible en: <goo.gl/6yxtUw>.

<sup>3</sup> Frances OLSEN, «El sexo del derecho», en David KAIRYS (ed.) *The Politics of Law*. Nueva York, Pantheon, pp. 452-467.

<sup>4</sup> Carole PATEMAN, *El contrato sexual*, Barcelona, Anthropos, 1995.

<sup>5</sup> Catharine MACKINNON, *Are Women Human?: And Other International Dialogues*, Harvard University Press, 2006.

partida de los sujetos de derechos o, por el contrario, si un rol transformador desde la crítica y desde la reformulación de categorías jurídicas en el marco del llamado derecho antidiscriminatorio que lo que busca es reconocer las diferencias para que estas no sean obstáculos para garantizar la igualdad efectiva y real. El objetivo –desde la perspectiva de género– es evitar la indiferencia jurídica de las diferencias en aras de dotar de eficacia normativa al Derecho para garantizar derechos y, específicamente, los derechos de las mujeres.

Llegados a este punto las potencialidades transformadoras del llamado derecho antidiscriminatorio<sup>6</sup> se erigen en centrales, máxime teniendo en cuenta el concepto de discriminación recogido en el Convenio sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, 1979). La dicción literal del artículo 1 es del siguiente tenor:

*A los efectos de la presente Convención, la expresión 'discriminación contra la mujer' denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objetivo o por 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 esfera.*

184

La lectura detenida del precepto anterior arroja nuevas dimensiones de análisis desde el punto de vista del constitucionalismo crítico<sup>7</sup> y, por extensión, del análisis crítico del discurso jurídico. Y es que discriminar no solo se limita a una distinción o exclusión directa (más o menos perceptible) en la norma o en la aplicación o interpretación de la misma, sino que se estará ante una conducta discriminatoria o situación de discriminación cuando un tratamiento neutro o aparentemente igual –desde la formalidad de la igualdad legal– produzca en los sujetos destinatarios un resultado desigual (y perjudicial) o susceptible de anular o no garantizar el reconocimiento, goce o ejercicio de derechos. Y es ahí –en ese tratamiento aparentemente igual desde la norma y en la aplicación y/o interpretación de la misma– desde donde resulta obligado profundizar a través del género como categoría de análisis jurídico en aras de identificar resultados limitativos y/o no garantistas de

<sup>6</sup> María Ángeles BARRERE UNZUETA, «Iusfeminismo y derecho antidiscriminatorio: hacia la igualdad por la discriminación», en Ruth MESTRE I MESTRE (coord.), *Mujeres, derechos y ciudadanía*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008, pp. 45-72.

<sup>7</sup> Carlos de CABO MARTÍN, *Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico*, Madrid, Trotta, 2014.

derechos. Se trata, por tanto, de posicionarse en el lugar real de los sujetos destinatarios de las normas y/o decisiones jurídicas y, específicamente, en el lugar en el que el sistema sexo/género ha posicionado o ubicado a las mujeres. La finalidad es determinar qué efectos en sus [nuestras] vidas tendrán las narrativas y/o discursos jurídicos y en qué medida sus [nuestras] situaciones de partida resultan determinantes para poder hablar (o no) de una verdadera eficacia normativa.

## 2. Objetivos

Expuesto lo anterior –y consciente de la importancia de aplicar la perspectiva de género en la impartición de *justicia*– cabría focalizar el presente artículo desde cinco dimensiones de análisis, a saber:

- Desde la reflexión crítica sobre la posición de las mujeres ante las narrativas y discursos jurídicos, esto es, desde la posición de las mujeres en y ante el Derecho<sup>8</sup>;
- Desde la reflexión crítica sobre la construcción de las mujeres como sujetos jurídico/políticos, esto es, desde la crítica ante una subjetividad jurídica que se predica autónoma desde los postulados de la igualdad normativa y/o legal, obviando la heteronomía normativa subyacente en la construcción jurídica de las mujeres cuando se hace abstracción de la sexuación de los sujetos del derecho;
- Desde la reflexión crítica en torno a los discursos jurídicos en relación al cuerpo de las mujeres<sup>9</sup> como cuerpo-objeto (que no sujeto) susceptible de regulaciones normativas en tanto que cuerpo sexuado y cuerpo reproductor;
- Desde la reflexión crítica del valor pedagógico de las normas y de su capacidad de conformación socio/sexual de la realidad. Una realidad históricamente androcéntrica y, por tanto, acorde con un sistema acrítico con la discriminación estructural de las mujeres;

<sup>8</sup> María Concepción TORRES DÍAZ, «Las mujeres ‘en’ y ‘ante’ el Tribunal Constitucional», En *Agenda Pública: analistas de actualidad*. [consultado el 22 de enero de 2018]. Disponible en: <[goo.gl/kEBkZX](http://goo.gl/kEBkZX)>.

<sup>9</sup> María Concepción TORRES DÍAZ, «El discurso jurídico sobre el cuerpo de las mujeres o la artificiosa construcción del derecho a la gestación por sustitución», ponencia en las *Jornadas Académicas Gestación por Sustitución: cuestiones jurídicas a debate*, Universidad de Vigo, 2017. [consultado el 15 de enero de 2018]. Disponible en: <<http://tv.uvigo.es/video/139572.html>>.

- Y, por último, desde la reflexión crítica sobre la eficacia normativa de las leyes –en general– cuando se obvia la perspectiva de género como criterio interpretativo en el Derecho y como garantía específica de los derechos de las mujeres<sup>10</sup>.

Llegados a este punto conviene prestar una especial atención al último de los *ítems* formulados. Y es que la conceptualización del género como criterio interpretativo en el derecho y como garantía específica de los derechos de las mujeres se torna en la cuestión central sobre la que profundizar en el presente estudio. Sobre todo si se tiene en cuenta que el objetivo último del mismo es evidenciar el sustento (y/o aval) constitucional de la perspectiva de género en la impartición de *justicia* en el momento actual.

### **3. El sustento constitucional de la impartición de *justicia* desde la perspectiva de género**

#### **3.1. Ámbito conceptual y normativo**

En este apartado resulta obligado referenciar sucintamente –consciente de no citar todas las existentes– las siguientes disposiciones normativas:

En el ámbito internacional.

- Artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). El precepto dispone lo siguiente: «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros».
- Artículo 3 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966)<sup>11</sup>. La dicción literal dice: «Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto». En la misma línea cabe reseñar

<sup>10</sup> María Concepción TORRES DÍAZ, «Iusfeminismo y agravante por razón de género, ¿dónde estamos?», en *Agenda Pública: analistas de actualidad*, 2017, [consultado el 19 de enero de 2018]. Disponible en: <goo.gl/S7JwLp>. Véase también María Concepción TORRES DÍAZ, «Justicia y género: de la teoría iusfeminista a la práctica judicial», *Blog de la Revista Catalana de Dret Públic*, 2017 [consultado el 20 de enero de 2018]. Disponible en: <goo.gl/I4Xsdlk>.

<sup>11</sup> Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 [consultado el 22 de enero de 2018]. Disponible en: <goo.gl/24vUCE>.

el artículo 26 del mismo cuerpo legal cuando dispone: «Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».

- Artículo 2.2 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)<sup>12</sup>. Dispone textualmente: «Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social». Relacionado con el anterior precepto cabe citar el artículo 3 del mismo texto cuando dispone: «Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto».
- Artículo 1 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979<sup>13</sup>. La dicción literal del artículo mentado dispone: «A los efectos de la presente Convención, la expresión ‘discriminación contra la mujer’ denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por 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 esfera». De

---

<sup>12</sup> Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 [consultado el 22 de enero de 2018]. Disponible en: <goo.gl/PN39Xk>.

<sup>13</sup> Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979 (Instrumento de Ratificación de 16 de diciembre de 1983, España) [consultado el 10 de enero de 2018]. Disponible en: <goo.gl/ZKL7dK>.

especial significación al objeto del presente estudio resulta el artículo 2 apartados a), b) y c). Dispone textualmente: «Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas; convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a: a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus Constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por Ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio; b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer; c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los Tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación».

En el ámbito internacional regional.

- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950<sup>14</sup>.
- Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. De especial significación resultan los artículos 1.1.b), 3.c), 4.1 y 2, 5, 11 y 14. Extracto –en este punto– por su importancia los apartados 1 y 2 del artículo 4. Disponen textualmente: «1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para promover y proteger el derecho de todos, en particular de las mujeres, a vivir a salvo de la violencia tanto en el ámbito público como en el ámbito privado». La dicción literal de apartado 2 tiene el siguiente contenido: «Las Partes condenan todas las formas de discriminación contra las mujeres y tomarán, sin demora, las medidas legislativas y de otro

---

<sup>14</sup> Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales [consultado el 20 de enero de 2018]. Disponible en: <google/8xQy]q>.

tipo para prevenirla, en particular: indicando en sus constituciones nacionales o en cualquier otro texto legislativo adecuado el principio de la igualdad entre mujeres y hombres; garantizando la aplicación efectiva del mencionado principio, prohibiendo la discriminación contra las mujeres, recurriendo, en su caso, a sanciones; denegando todas las leyes y prácticas que discriminan a la mujer». Con respecto a la diligencia debida en el marco estatal cabe referenciar el artículo 5.

- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer «Convención de Belem Do Para»<sup>15</sup>. A nivel conceptual cabe prestar especial atención a la dicción literal del artículo 6 cuando dispone: «El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros: a) El derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y b) El derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación». Desde el punto de vista de la diligencia debida y responsabilidad estatal es de significar el artículo 7, en donde se recoge la obligación de los Estados Partes a adoptar las medidas apropiadas en aras de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres.

189

En el ámbito europeo.

- Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación<sup>16</sup>. A nivel conceptual cabe reseñar las definiciones contenidas en el artículo 2, tales como: discriminación directa, discriminación indirecta, acoso, acoso sexual, retribución, etc. Con respecto a la delimitación conceptual de discriminación directa se entiende por tal: «la si-

---

<sup>15</sup> Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer «Convención de Belem Do Para». Disponible de: <goo.gl/K3f2dY> (consultado el 22 de enero de 2018).

<sup>16</sup> Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación [consultado el 15 de enero de 2018]. Disponible en: <goo.gl/JfUkj3>.

tuación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable». Con respecto al concepto de discriminación indirecta la define en los siguientes términos: «la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios».

- Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Carta de Niza, 2000)<sup>17</sup> con carácter vinculante tras la aprobación del Tratado de Lisboa (2009)<sup>18</sup>, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Los artículos 1 (dignidad humana), 20 (igualdad ante la ley), 21 (no discriminación) y 23 (igualdad entre mujeres y hombres) cobran una especial significación al objeto del presente estudio. En relación a la dignidad, el precepto mentado señala la inviolabilidad de la dignidad humana y la obligación de respeto y protección por parte de todos los actores estatales y particulares. Con respecto a la igualdad ante la ley se hace una especial precisión de reconocimiento igualitario de todas las personas ante la ley. Por último, en relación a la no discriminación se precisa textualmente: «Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual». En materia de igualdad de mujeres y hombres el artículo 23 dispone: «La igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución. El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado».

<sup>17</sup> Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Carta de Niza, 2000). [consultado el 11 de enero de 2018]. Disponible en: <goo.gl/w2HtCQ>.

<sup>18</sup> Tratado de Lisboa (2009) [consultado el 20 de enero de 2018]. Disponible en: <goo.gl/wu9TzX>.

Tras el elenco, brevemente referenciado en párrafos anteriores, resulta obligado centrar las líneas que siguen en el estudio y análisis de los preceptos más relevantes a nivel constitucional (Constitución española, CE en adelante). En este sentido, cabría comenzar aludiendo a la triple dimensión constitucional de la igualdad. Una triple dimensión que conceptúa la igualdad, en primer lugar, como valor superior<sup>19</sup> del ordenamiento jurídico junto a la libertad, la justicia y el pluralismo político. En segundo lugar, como principio informador o mandato de optimización en virtud de la dicción literal del artículo 9.2 CE y, por último, como derecho fundamental (artículo 14 CE) ubicado en el pórtico que da entrada al Capítulo II del Título I de la Constitución en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, por tanto, erigiéndose en marco interpretativo del resto de los derechos recogidos en dicho capítulo. Además, junto a estos preceptos resulta clave el artículo 10 en sus párrafos 1 y 2. Y es que el artículo 10.1<sup>20</sup> constitucionaliza la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad. A su vez, el párrafo 2<sup>21</sup> del artículo 10 es uno de los preceptos constitucionales en donde se observa sin ambages la dimensión internacional del texto constitucional por cuanto establece como fuente interpretativa en materia de derechos fundamentales la Declaración Universal de los Derechos Humanos así como todos aquellos tratados que versen sobre la materia ratificados por España. También con dimensión internacional cabe citar el artículo 96<sup>22</sup> del texto constitucional.

Centrando el análisis en los artículos 9.2 CE y 14 CE cabría precisar cómo frente a la igualdad formal y legal que no tiene en cuenta la situaciones de partida de los sujetos (artículo 14 CE) se erige, complementándola, la

<sup>19</sup> El artículo 1.1 de la Constitución Española dispone: «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político».

<sup>20</sup> En relación a la dignidad humana la dicción literal del párrafo 1 del artículo 10, así como su propia ubicación sistemática en el texto constitucional, le confieren un carácter especial erigiéndose en valor superior del ordenamiento jurídico. El contenido textual es del siguiente tenor: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».

<sup>21</sup> El párrafo 2 del artículo 10 dispone: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

<sup>22</sup> La dicción literal del artículo 96 CE es del siguiente tenor: «Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional».

igualdad real y efectiva (artículo 9.2 CE) que insta a los poderes públicos a garantizar la efectividad de la igualdad real así como a eliminar todos aquellos obstáculos que la dificulten. Obviamente, y desde el punto de vista internacional, cabría conectar la dicción literal del párrafo 2 del artículo 9 con la expresión derivada del derecho internacional de ‘diligencia debida’. Sobre estos preceptos cabe reseñar las numerosas sentencias del Tribunal Constitucional que han asentado una vasta doctrina constitucional en donde se observa una interpretación dinámica y abierta de la igualdad formal en aras de hacerla compatible con la igualdad real y efectiva. Para ello el máximo intérprete constitucional ha definido el principio de igualdad como prohibición de toda diferencia de trato que carezca de una justificación objetiva y razonable siendo vinculante esta doctrina tanto para el legislador (igualdad en la ley) como para los aplicadores de la norma (igualdad en la aplicación de la ley).

Además, ha sido la jurisprudencia constitucional la que ha establecido los criterios a tener en cuenta para delimitar diferencias de trato justificadas constitucionalmente de aquéllas conceptualizadas como discriminatorias y, por tanto, proscritas. En este punto, desde la perspectiva de género, el análisis crítico de los criterios perfilados constitucionalmente se tornan imprescindibles máxime cuando se trata de determinar qué tipo de desigualdad se advierte en los supuestos de hecho de partida, cuál es la finalidad constitucionalmente legítima de la medida y/o conducta diferenciadora, si la medida diferenciadora es congruente, si el supuesto de hecho justifica la medida o conducta diferenciadora y cuál es la finalidad perseguida. En la misma línea de análisis crítico, la perspectiva de género se erige en elemento crucial a la hora de determinar la proporcionalidad entre los criterios citados anteriormente.

192

Y es que no fue hasta la STC 128/1987<sup>23</sup>, de 16 de julio, cuando el Tribunal Constitucional, con mayor o menor acierto, vino a aceptar la licitud de las medidas diferenciadoras dirigidas a conseguir la igualdad de mujeres y hombres, apartándose –entonces– de la limitada concepción doctrinal en materia de igualdad que se había venido articulando. A partir de esa sentencia el Tribunal Constitucional vino a reconocer (aunque no siempre

---

<sup>23</sup> STC 128/1987, de 16 de julio [consultado el 16 de enero de 2018]. Disponible en: <[goo.gl/AW3mLv](http://goo.gl/AW3mLv)>.

con una sólida fundamentación jurídica) la diferente situación de partida de las mujeres. En este punto se introduce en el debate jurídico/constitucional la contraposición de dos términos: igualdad y diferencia. Términos cuya delimitación resultan claves en aras de evitar la abstracción sexual de los sujetos de derechos. Desde estas premisas conviene significar que lo contrario de la igualdad no es la diferencia sino la desigualdad, de ahí que resulte muy difícil conseguir una verdadera igualdad de mujeres y hombres sin tener en cuenta las diferencias.

En línea con lo expuesto, cabe precisar cómo el reconocimiento de la subjetividad jurídica y política de las mujeres –en sede constitucional– no implica encajar a las mujeres de acuerdo con los parámetros de los hombres sino en reconocer que existen dos sujetos jurídico/políticos que son iguales –concibiendo la igualdad no como identidad o uniformidad sino como aceptación de lo diferente–. A partir de estos postulados cabe aludir al llamado *derecho desigual igualatorio* recogido en sentencias como la STC 229/1992<sup>24</sup>, de 14 de diciembre. En relación a la delimitación del derecho desigual igualatorio es de significar el fundamento jurídico 2, por cuanto ha venido a reconocer la necesidad de la adopción de medidas re-equilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes para lograr una sustancial y efectiva equiparación de las mujeres a fin de asegurar el goce efectivo de sus derechos.

Con posterioridad cabría citar otras sentencias que se han erigido en clave a los efectos de dotar de relevancia constitucional a la implementación de la perspectiva de género en la impartición de *justicia* –aunque no siempre de forma explícita–. En este sentido cabría citar –entre otras– STC 12/2008, de 29 de enero –cuestión de inconstitucionalidad y recurso de inconstitucionalidad acumulados– que avaló la constitucionalidad del artículo 44 bis<sup>25</sup> de

<sup>24</sup> STC 229/1992, de 14 de diciembre [consultado el 17 de enero de 2018]. Disponible en: <goo.gl/15L98E>.

<sup>25</sup> La dicción literal del artículo 44 bis de la Ley Orgánica 5/1985 es del siguiente tenor: «1. Las candidaturas que se presenten para las elecciones de diputados al Congreso, municipales y de miembros de los consejos insulares y de los cabildos insulares canarios en los términos previstos en esta Ley, diputados al Parlamento Europeo y miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas deberán tener una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que en el conjunto de la lista los candidatos de cada uno de los sexos supongan como mínimo el cuarenta por ciento. Cuando el número de puestos a cubrir sea inferior a cinco, la proporción de mujeres y hombres será lo más cercana posible al equilibrio numérico. En las elecciones de miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, las leyes reguladoras de sus respectivos regímenes electorales podrán establecer

la Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General, redactados por la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 3/2007, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres; STC 59/2008, de 14 de mayo de 2008 –cuestión de inconstitucionalidad–, que avaló la constitucionalidad del artículo 153.1<sup>26</sup> del Código Penal, redactado por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; STC 13/2009, de 19 de enero –recurso de inconstitucionalidad–; STC 40/2011, de 31 de marzo –recurso de inconstitucionalidad–; STC 192/2012, de 6 de noviembre –recurso de inconstitucionalidad– que avaló la constitucionalidad de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.

En el ámbito infraconstitucional –en España– cabría referenciar sucintamente toda una batería normativa (a partir de 2003<sup>27</sup> básicamente) que se han erigido en normas pioneras desde el punto de vista de intentar romper con la estructura socio/sexual del sistema sexo/género. Sirvan como ejemplo la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género aprobada por unanimidad en el Parlamento español, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres así como la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de Salud Sexual y Reproductiva y de Interrupción Voluntaria del Embarazo. Sobre esta última cabe precisar que todavía está pendiente el fallo

---

medidas que favorezcan una mayor presencia de mujeres en las candidaturas que se presenten a las Elecciones de las citadas Asambleas Legislativas».

<sup>26</sup> El contenido del artículo 153.1 del Código Penal dispone: «El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años».

<sup>27</sup> Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno. [consultado el 19 de enero de 2018]. Disponible en: <[goo.gl/dvfGpk](http://goo.gl/dvfGpk)>. El artículo primero de la citada norma modifica el apartado 2 del artículo 22 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, quedando redactado en los siguientes términos: «2. El procedimiento de elaboración de proyectos de ley a que se refiere el apartado anterior, se iniciará en el ministerio o ministerios competentes mediante la elaboración del correspondiente anteproyecto, que irá acompañado por la memoria, los estudios o informes sobre la necesidad y oportunidad del mismo, un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo, así como por una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar (...)».

del Tribunal Constitucional ante el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Grupo Parlamentario Popular. Más reciente en el tiempo, pueden citarse las modificaciones normativas del año 2015 en materia penal<sup>28</sup>, en el reconocimiento del Estatuto de la víctima del delito<sup>29</sup> y en materia de protección de menores<sup>30</sup>.

En relación a la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género cabe precisar que se trata de una norma clave en el cambio de paradigma<sup>31</sup> –no sin obstáculos y/o resistencias– en el abordaje de la violencia contra las mujeres. Y es que permitió (y ha permitido) delimitar la violencia de género desde postulados epistemológicos feministas sobre la base de tres ítems definitorios. En primer lugar, identificando la violencia de género como la manifestación violenta de la desigualdad. En segundo lugar, conceptualizando la violencia de género como una forma de discriminación del sistema sexo/género y, en tercer lugar, concibiendo la violencia de género como una vulne-

<sup>28</sup> Entre las modificaciones normativas acometidas en 2015 cabrían reseñar las siguientes: a) Se introduce la discriminación por razón de género como circunstancia agravante de responsabilidad criminal (artículo 22.4 del Código Penal); b) Se tipifica el matrimonio forzado (artículo 172.bis del Código Penal); c) Se regula el delito de acoso también conocido como *stalking* (artículo 172 ter del Código Penal); d) Se modifican los delitos relativos a la intromisión en la intimidad mediante la tipificación del nuevo delito de difusión de imágenes obtenidas con consentimiento de la víctima pero sin autorización para su difusión: *sexting* (artículo 197.7 del Código Penal); e) Se tipifica como delito de quebrantamiento de condena la manipulación de los dispositivos técnicos cuyo objetivo es controlar el cumplimiento de las penas, medidas de seguridad o medidas cautelares (artículo 468.3 del Código Penal); f) Con respecto a las injurias leves y vejaciones injustas salen del ámbito penal salvo en el caso de la violencia de género que pasan a tipificarse como delitos leves (artículo 172.3 del Código Penal); g) Se incluye el género como uno de los motivos que llevan a cometer delitos de odio contra un grupo o persona determinada (artículo 510 del Código Penal), etc. Sobre esta materia véase: María Concepción TORRES DÍAZ, «¿Qué cambia tras la modificación del Código Penal en materia de Violencia de Género?», en *Agenda Pública: analistas de actualidad*. [consultado el 20 de noviembre de 2017]. Disponible en: <goo.gl/CneALF>.

<sup>29</sup> Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito. [consultado el 19 de enero de 2018]. Disponible en: <goo.gl/BGXwov>.

<sup>30</sup> En el ámbito de la protección de menores son de reseñar la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Relacionado con esta materia véase: María Concepción TORRES DÍAZ, «Menores expuestos a la violencia de género: ¿qué hay de nuevo tras las últimas reformas legislativas? Luces y sombras», en *Boletín del Observatorio de Violencia de Género de Bizkaia*, núm. 38, 2015. [consultado el 14 de enero de 2018]. Disponible en: <goo.gl/6kYrCZ>.

<sup>31</sup> María Concepción TORRES DÍAZ, «Mujeres y Derechos Humanos ante la violencia de género: o, la crisis como excusa frente al contrato sexual», en *Revista Cahiers de civilisation espagnole contemporaine. De 1808 au temps présent*, núm. 15, 2015 [consultado el 22 de enero de 2018]. Disponible en: <goo.gl/AJ9bGo>.

ración de los derechos humanos de las mujeres. En este punto –y desde el punto de vista conceptual– resulta ineludible aludir expresamente a la dicción literal del artículo 1.1: «1. La presente Ley tiene por objetivo actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia».

Con respecto a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, al objeto del presente estudio cabe prestar especial atención a la delimitación conceptual que recoge en su articulado sobre el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres. La dicción literal del artículo 3 dispone: «El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil». Se observa cómo el precepto se hace eco del elenco de situaciones por las que tradicionalmente se ha venido (y se sigue) discriminando a las mujeres en clara conexión con la organización socio/sexual de la realidad. Otro precepto al que cabe aludir expresamente –y que cuyo contenido resulta nuclear a los objetos del presente estudio– es el artículo 4 del citado cuerpo legal. Un precepto cuya dicción literal es la siguiente: «La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas». Su lectura da muestras de su carácter transformador, articulado normativamente de forma expresa como principio informador. Un principio a partir del cual cabe articular el sustento constitucional de la perspectiva de género como criterio de interpretación normativa y, por ende, como criterio específico de interpretación constitucional.

196

### **3.2. El género como categoría de análisis jurídico**

Los aspectos apuntados en apartados anteriores obligan a prestar una especial atención al género y, en concreto, a las potencialidades del mismo erigido en categoría de análisis jurídico. Para ello resulta crucial su delimitación conceptual en aras de diferenciarlo de otro concepto clave como es el concepto de sexo. Y es que la práctica actual evidencia la confusión existente

entre ambos términos y su utilización de forma indistinta, aspecto que resta potencialidades de transformación social en aras de la consecución de la igualdad efectiva y real.

En relación al concepto «sexo» cabe significar que se alude a la distinción biológica entre mujeres y hombres. Por tanto, se está ante un concepto a través del cual se apela a las diferencias naturales entre hombres y mujeres. Diferencias que si bien no tendrían que llevar aparejada ninguna connotación negativa –desde el punto de vista de la estructuración socio/sexual de la realidad– ha supuesto una desigualdad social y discriminatoria para las mujeres y para las personas que se han apartado de la heterosexualidad obligatoria. En este punto conviene aludir al concepto «género». Concepto que no ha sido (y no es pacífico) pero que –en cualquier caso– cabe identificar como la construcción cultural que sobre el sexo biológico la forma de socialización patriarcal ha articulado otorgando caracteres, posiciones, cometidos, roles, etc. diferentes y discriminatorios para las mujeres y para aquellas personas que se han desmarcado de la asignación socio/cultural de los roles de género adscritos a su sexo biológico, o, que su género sentido no corresponde al sexo biológico asignado al nacer.

En el ámbito del Derecho cabría precisar cómo el género se ha erigido en categoría de análisis jurídico<sup>32</sup>. Una categoría nuclear si se quiere conocer –desde una perspectiva crítica– la forma de estructuración socio/sexual de la realidad y sus implicaciones para la subjetividad jurídica y política de las mujeres. Y es que pese a que la igualdad jurídica y formal –la igualdad en el plano normativo– ha ido avanzando progresivamente en distintos ámbitos de interacción social, la igualdad efectiva y real todavía sigue siendo un objetivo a alcanzar. Obviamente, esto tiene sus consecuencias en el plano del Derecho y los derechos, máxime cuando las destinatarias del discurso jurídico –ya sea judicial, legislativo, administrativo, contractual, penal, etc.– son las mujeres.

En este punto cabría referenciar brevemente la evolución normativa observada en países como España tras la aprobación de la Constitución española de 1978, en ámbitos como el Derecho civil, Derecho penal, Derecho laboral y de la Seguridad social, Derecho Tributario, etc. Evolución no exenta

<sup>32</sup> VV.AA. *Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico. Estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla*, Valencia, Cortes Valencianas, 2014.

de obstáculos y resistencias que ponen de manifiesto que la consolidación de las mujeres como sujetos jurídico/políticos –en tanto que personas– no está asegurada. De forma sucinta en el ámbito civil cabría señalar cómo hasta 1975 en el Código civil se recogía el derecho de corrección del marido hacia la mujer así como sobre los hijos e hijas. Un derecho de corrección que venía a legitimar los malos tratos en el ámbito familiar. En el ámbito penal la delimitación del *uxoricidio* (Código Penal, 1944) así como la penalización del uso de los anticonceptivos<sup>33</sup> y los delitos contra la libertad sexual denominados primigeniamente delitos contra la honestidad han permitido reflexionar críticamente en quién pensaba el legislador penal –modelo normativo de lo humano– a la hora de otorgar contenido a los mismos y a la hora de perfilar los bienes jurídicos a proteger.

Las mismas reflexiones críticas cabría articular –más reciente en el tiempo– en relación a la construcción jurídica sobre el consentimiento sexual<sup>34</sup> y/o la tipificación del acoso sexual. Nótese que el acoso sexual no entra en el Código Penal español como delito autónomo hasta la modificación de 1995, vía artículo 184. La redacción original del precepto en cuestión era del siguiente tenor: «El que solicitare favores de naturaleza sexual para sí o para un tercero prevaleándose de una situación de superioridad laboral, docente o análoga, con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima de un mal relacionado con las legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito de dicha relación, será castigado como autor de acoso sexual con la pena de doce a veinticuatro fines de semana o multa de seis a doce meses». De la dicción literal del precepto en su versión original cabrían apuntar algunas consideraciones críticas que dejaban en el limbo jurídico muchas de las conductas de acoso sexual sufridas por las mujeres por el mero hecho de serlo. Y es que quedaban fuera de la tipificación penal las conductas en las que no se solicitara ningún comportamiento sexual –no se prevenían las situaciones de acoso sexual ambiental–, también las conductas en las que no había relación de superioridad o jerarquía laboral o académica (no contemplaba el acoso sexual horizontal o entre iguales) y los supuestos en los que el mal no recaía de forma directa sobre la persona que sufría el acoso. Obviamente,

<sup>33</sup> Ley 45/1978, de 7 de octubre, por la que se modifican los artículos 416 y 343bis del Código Penal.

<sup>34</sup> María Concepción TORRES DÍAZ, «Sobre el consentimiento sexual (y algo más)», en *Agenda Pública: analistas de actualidad*, 2017 [consultado el 15 de enero de 2018]. Disponible en: <goo.gl/jiRxat>.

es la presión de grupos de mujeres y feministas –en aquellos años– que observan en qué términos se aplica e interpreta el precepto cuando se pone en cuestión la eficacia normativa del mismo lo que favorece y propicia sucesivas modificaciones a través de las Leyes Orgánicas 11/1999, de 30 de abril y 15/2003, de 25 de noviembre. A mayor abundamiento, no es hasta la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, cuando el acoso sexual y/o el acoso por razón de sexo se erigen en una de las categorías nucleares de abordaje en materia de igualdad y contra toda forma de discriminación. Y es que las situaciones de acoso sexual y acoso por razón de sexo evidencian la situación de desigualdad estructural del sistema sexo/género<sup>35</sup> (y de violencia) al que están expuestas las mujeres en ámbitos que exceden de los privados domésticos como los educativos/académicos, laborales y/o profesionales.

También en el ámbito penal –desde la perspectiva de género– cabría observar la evolución en el abordaje jurídico de la violencia de género. Una evolución –que como se ha comentado en apartados anteriores– no se atrevió a romper con la estructura socio/sexual del sistema sexo/género hasta la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Una norma que pese a ser aprobada en el Parlamento por unanimidad ha sido (y es) muy cuestionada en el ámbito de la praxis del foro por aplicadores/ras e intérpretes de la misma. Y todo ello pese al aval de constitucionalidad del máximo intérprete de la Constitución a través de la STC 59/2008, de 14 de mayo. Una sentencia que ha permitido profundizar en dos aspectos que se han tornado esenciales. Por un lado, intentar clarificar qué aporta el género<sup>36</sup> como categoría de análisis jurídico en el ámbito de la violencia contra las mujeres y, por otro, en qué términos se pronunció el Tribunal Constitucional ante los preceptos penales cuestionados.

Con respecto a la primera cuestión resulta esencial diferenciar –como se ha expuesto en párrafos anteriores– entre sexo y género. La distinción no resulta anodina toda vez que permite reflexionar desde la llamada «herme-

<sup>35</sup> María Concepción TORRES DÍAZ, «Acoso sexual y discriminación estructural», en *Agenda Pública: analistas de actualidad*, 2017 [consultado el 20 de enero de 2018]. Disponible en: <goo.gl/DGp1zi>.

<sup>36</sup> María Concepción TORRES DÍAZ, «¿Qué devela el género en el análisis de la violencia contra las mujeres?», en *Agenda Pública: analistas de actualidad*, 2016 [consultado el 22 de enero de 2018]. Disponible en: <goo.gl/5rWLE>

néutica de la sospecha» y cuestionar esa aparente neutralidad sexual a partir de la cual se han construido las relaciones políticas, económicas, sociales, culturales y, por supuesto, personales. Desde este prisma de análisis la categoría género traslada el debate sobre la violencia contra las mujeres al ámbito público/político, transformándose en un debate que entra en la agenda política y, por tanto, en el ámbito del poder. El marco de abordaje cambia lo que permite visibilizar asimetrías de poder en el ámbito afectivo/convivencial. De ahí la importancia de explotar las potencialidades de análisis del término «género» en este ámbito específico porque permite descubrir lo que de ‘cultural’ tiene el género sobre la realidad sexual de los cuerpos, advirtiendo lo erróneo de utilizar indistintamente ‘sexo’ y ‘género’ o hablar de género única y exclusivamente como género gramatical.

En relación a la segunda cuestión planteada, resulta obligado centrar las siguientes líneas en los términos del aval constitucional a la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Y es que el estudio de los pronunciamientos del máximo intérprete constitucional –SSTC 59/2008; 127/2009; 45/2010; 79/2010, entre otras– aportan elementos a tener en cuenta. El Tribunal Constitucional en sus fundamentos jurídicos recuerda su doctrina en materia de igualdad constitucional advirtiéndose la consolidación del llamado –y citado– derecho desigual igualatorio. En este punto cabría significar el fundamento jurídico 5 de la STC 59/2008, en donde se precisa que la igualdad es un derecho subjetivo de la ciudadanía a obtener un trato igual que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlos y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados y cuyas consecuencias no resulten desproporcionadas. En línea con lo anterior, el Tribunal Constitucional también señala que no toda diferencia en el trato normativo supone un trato discriminatorio proscrito constitucionalmente, siempre y cuando exista una justificación de la medida diferenciadora, sea esta proporcionada y se adecúe a la finalidad que se pretenda conseguir. En este punto, el Tribunal Constitucional se muestra contundente y precisa que no se puede calificar de irrazonable la opción normativa que el legislador adoptó en 2004 puesto que «(...) las agresiones del varón hacia la mujer que es o que fue su pareja afectiva tienen una gravedad mayor que cualesquiera

otras en el mismo ámbito relacional porque corresponden a un arraigado tipo de violencia que es manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres».

En el ámbito laboral y de la Seguridad Social el género como categoría de análisis jurídico permite observar desde el pensamiento jurídico crítico la evolución y la lucha por la igualdad efectiva y real. Y es que se está ante un ámbito que no es menor si se tiene en cuenta que ha perfilado y prefigurado un modelo normativo de sujeto económico y/o productivo plenamente disponible y tradicionalmente carente de obligaciones en el ámbito de la reproducción y de los cuidados. De ahí las dificultades de las mujeres para incorporarse en condiciones de igualdad al ámbito laboral y/o profesional. Un ámbito nuclear para el reconocimiento de la subjetividad jurídica, política y económica de las mujeres. Máxime cuando en el momento actual se siguen reivindicando medidas y políticas efectivas y eficaces para erradicar, por ejemplo, la brecha salarial de género o, cuando se sigue apostando por medidas y políticas en favor de una verdadera conciliación de la vida personal, familiar y profesional así como en materia de corresponsabilidad. En la misma línea cabría plantear análisis críticos desde la perspectiva de género en relación a la consideración de la maternidad como una enfermedad y la discriminación laboral subsiguiente al computar como ausencia laboral la baja maternal o la baja por riesgo de embarazo a los efectos de días productivos para tener derecho a las retribuciones por incentivos. Sobre esta cuestión cabe aludir a recientes pronunciamientos judiciales, tanto del Tribunal Constitucional<sup>37</sup> como del Tribunal Supremo<sup>38</sup>, que no han dudado en calificar tales prácticas empresariales como discriminatorias por razón de sexo.

A tenor de lo ejemplificado en este apartado —en donde la centralidad ocupan las potencialidades del género como categoría de análisis jurídico para develar las jerarquías de poder del sistema sexo/género y sus efectos en el ámbito del Derecho— resulta obligado referenciar sucintamente los recientes debates que han saltado a la palestra informativa en España a través de iniciativas que apuestan, por ejemplo, por legalizar la gestación por sustitución y/o

<sup>37</sup> Véase la STC 2/2017, de 16 de enero. Sala Segunda. Recurso de amparo 2723-2015. Promovido contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que desestimó, en suplicación, su demanda de indemnización por daños y perjuicios. Vulneración del derecho a no padecer discriminación por razón de sexo [consultado el 20 de noviembre de 2017]. Disponible en: <goo.gl/ZV]mFE>.

<sup>38</sup> Véase la STS 10/2017, de 10 de enero. Sala IV de lo Social. [Consultado el 20 de noviembre de 2017]. Disponible en: <goo.gl/qE4nBm>.

maternidad subrogada<sup>39</sup>, por reglamentar o legalizar la prostitución, por dar cobertura jurídica y legal a la figura de la «asistente sexual» dirigida a personas con diversidad funcional, o la práctica empresarial consistente en fomentar la financiación de la congelación de óvulos a empleadas como medida de protección a la maternidad en los planes de igualdad, etc. Obviamente, todos estos ejemplos instan a reflexionar desde la crítica sobre los discursos jurídicos en relación a la construcción jurídica sobre el cuerpo de las mujeres.

Y es que se observa cómo el cuerpo de las mujeres ha sido (y es) para el Derecho un cuerpo sexual y un cuerpo reproductor. Por tanto, un cuerpo/objeto (que no sujeto) susceptible de regulación y normación. Un cuerpo heterodesignado que no duda en garantizar el orden social establecido a través de narrativas jurídicas que bajo una aparente neutralidad lo instrumentalizan para garantizar deseos –que no derechos– de los demás. En este punto cabría traer a colación las palabras de Rousseau<sup>40</sup> en su obra *Emilio*, o de la educación cuando en plena Ilustración afirmaba: «El macho solo es macho en ciertos momentos, la hembra es hembra a lo largo de toda su vida, o al menos, durante su juventud». Más reciente en el tiempo cabría citar al jurista italiano L. Ferrajoli<sup>41</sup> cuando señala cómo «(...) el cuerpo de las mujeres ha sido siempre campo de conflictos y discursos jurídicos, éticos, políticos así como prácticas médicas, intervenciones pedagógicas, reglas, disciplinas, etc.». En este punto –desde el iusfeminismo o feminismo jurídico– resulta obligado interpelar al Derecho en aras de descifrar los términos en los que piensa (o ha pensado) a las mujeres y cómo se ha trasladado (o plasmado) dicho pensamiento en el discurso jurídico a través de leyes, sentencias, dictámenes, informes, etc.

202

### **3.3. La perspectiva de género en la impartición de *justicia***

En 2006 el Informe del Secretario General de Naciones Unidas –en relación a la impartición de justicia desde la perspectiva de género– ya abo-

---

<sup>39</sup> Consúltense la Proposición no de Ley presentada por el Grupo Parlamentario UPyD para la creación de un marco regulatorio para la gestación subrogada (2015). Véase también la Proposición de Ley sobre Gestación Subrogada del Grupo Parlamentario Ciudadanos en la Asamblea de Madrid (2016). Más reciente en el tiempo véase la Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos en el Congreso (2017).

<sup>40</sup> Jean Jacques ROUSSEAU, *Emilio, o De la educación*, Madrid, Alianza, 2011.

<sup>41</sup> Luigi FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2006.

gaba por la necesaria formación especializada dirigida a las y los operadores jurídicos. En dicho informe se señala textualmente: «(...) la aplicación de las leyes resultará fortalecida si se imparte una capacitación sistemática en materia de sensibilidad respecto a las cuestiones de género». En la misma línea cabría aludir a la Recomendación General núm. 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia, del Comité CEDAW, de 3 de agosto de 2015. En el apartado B.21 se alude a la «(...) obligación de los Estados Partes de adaptar medidas jurídicas apropiadas y otras medidas para eliminar todas las formas de discriminación contra la mujer por parte de autoridades públicas y agentes no estatales como individuos así como organizaciones o empresas». Por su parte, el apartado B.22 del mismo documento se hace eco del desigual punto de partida de las mujeres –con carácter general– en el acceso a la Justicia derivado de la forma de socialización patriarcal. La dicción literal del apartado reseñado es del siguiente tenor:

Las mujeres, no obstante, hacen frente a muchas dificultades para obtener acceso a la justicia como resultado de la discriminación directa e indirecta (...). Esa igualdad no solo aparente en el contenido discriminatorio y/o las consecuencias discriminatorias de las leyes, los reglamentos, los procedimientos, la jurisprudencia y las prácticas, sino también en la falta de capacidad y conocimientos de las instituciones judiciales y cuasi judiciales para tratar adecuadamente de las violaciones de los derechos humanos (...). Las instituciones judiciales deben aplicar el principio de igualdad sustantiva o de facto consagrada en la Convención y deben interpretar las leyes, incluidas las leyes nacionales, religiosas y consuetudinarias, de conformidad con esa obligación (...).

Se observa cómo el momento actual precisa apostar por una eficacia normativa desde la perspectiva de género. En España, el 14 de diciembre de 2017, el Consejo General de la Abogacía Española presentaba la *Guía «Enfoque de género en la actuación letrada. Guía práctica de la abogacía»*. Una guía que responde al trabajo realizado por el Consejo General de la Abogacía y, en concreto, a la labor llevada a cabo por el Grupo de Trabajo en temas de igualdad que se creó en marzo de 2017 ante la necesidad de incrementar la formación en perspectiva de género de las y los operadores jurídicos y, específicamente, de abogadas y abogados en ejercicio. En la misma línea cabrían citar los Informes del Consejo General del Poder Judicial –Grupo de Expertos y Expertas en Violencia Doméstica y de Género– que desde hace varios años vienen insistiendo en la necesidad de

capacitar profesionalmente a juezas y jueces y demás operadores que trabajan en los juzgados en perspectiva de género. En este sentido cabría reseñar –entre otros–:

- Informes de los años 2013-2015 sobre víctimas mortales de Violencia de Género y de la Violencia Doméstica en el ámbito de la pareja o expareja;
- Informe «Análisis de las sentencias dictadas en el año 2015, relativa a homicidios y/o asesinatos entre los miembros de la pareja o expareja y de menores a manos de sus progenitores<sup>42</sup>»;
- Guía práctica de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (2016).

En todos estos documentos se hace apelación directa a la importancia de implementar la perspectiva de género en el análisis de casos, en la valoración de las pruebas, en la interpretación y aplicación normativa, etc. En relación a la *Guía práctica de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, conviene reseñar el apartado XI.2 en donde bajo la rúbrica «Interpretación de las normas desde la perspectiva de género» apela a los cambios normativos acometidos en nuestro ordenamiento jurídico interno y, en concreto, a la Ley Orgánica 1/2004 así como a la Ley Orgánica 3/2007 –ya citadas–. Normas que cuentan con un importante aval constitucional por cuanto que –desde el marco del llamado derecho antidiscriminatorio– tienen como objetivo garantizar una igualdad efectiva y real contribuyendo y siendo pioneras en el cambio de paradigma del abordaje del fenómeno jurídico y su plasmación en las narrativas y/o discursos jurídicos. Además, junto al marco normativo interno, la *Guía* también recuerda la dimensión internacional de dicho objetivo en cuanto se recoge no solo en el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica sino también en la Convención sobre

---

<sup>42</sup> De especial relevancia resultan las siguientes líneas incluidas en el estudio «Análisis de las sentencias dictadas en el año 2015, relativa a homicidios y/o asesinatos entre los miembros de la pareja o expareja» en donde se pone de manifiesto: «(...) Estos estudios nos ayudan a ver que la violencia entre miembros de la pareja o expareja tiene sus raíces en el género y es asimétrico en cuanto al sexo de sus autores. Por lo que este tipo de estudios no pueden ser ciegos al género ni neutrales al sexo de los actores».

la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. En relación al Convenio de Estambul cabe significar la dicción literal del artículo 6 –ya citado– así como el artículo 15 en donde se insta a los Estados parte a impartir y reforzar la formación adecuada de profesionales que traten con víctimas y autores en aras de la prevención y detección en materia de violencia de género, promoción de los derechos de las víctimas, prevención de la victimización secundaria, fomento de la igualdad de mujeres y hombres, etc.

Llegados a este punto del estudio compete referenciar el sustento constitucional de la impartición de *justicia* desde la perspectiva de género. Un sustento que pese a lo que pudiera parecer no es nuevo sino que se deriva de la propia esencia constitucional y, en concreto, de los valores, principios y derechos en ella insertos. En este sentido cabe volver a referenciar preceptos ya citados del texto constitucional español como los artículos 1.1, 9.2, 10.1, 10.2, 14 y 96 CE. Preceptos cuyos contenidos resultan nucleares si se tiene en cuenta la triple dimensión constitucional de la igualdad, la importancia de la constitucionalización de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad (y sus implicaciones para la subjetividad jurídica y política de las mujeres en tanto que personas) y la dimensión internacional del texto constitucional en materia de protección de derechos humanos.

A su vez, el sustento constitucional de la perspectiva de género se concreta en los criterios de interpretación en materia de derechos fundamentales y, entre ellos, en los criterios generales del artículo 3 del Código Civil<sup>43</sup> español (gramatical, sistemático, teleológico, histórico y evolutivo) que operan como criterios generales de interpretación jurídica. En este punto, cabe prestar especial atención a los criterios teleológico y evolutivo. Ambos relacionados con la exigencia de interpretación más favorable al ejercicio de los derechos fundamentales y de interpretación de acuerdo a la realidad social del tiempo en el que han de ser aplicadas las normas. En este apartado, el análisis del principio de proporcionalidad, teniendo en cuenta el juicio de idoneidad, el juicio de necesidad y el juicio de proporcionalidad *stricto sensu* dotan de valor añadido cualquier revisión crítica de la jurisprudencia.

<sup>43</sup> La dicción literal del artículo 3.1 del Código Civil dispone: «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas».

cia constitucional. En relación con la plena eficacia de los derechos fundamentales como criterio específico de interpretación constitucional, la perspectiva de género permite posicionarse en el lugar socio/sexual de las mujeres a fin de buscar desde su posición real en la sociedad –de todas las interpretaciones posibles en el caso concreto–, aquella más favorable a los derechos y libertades afectos. Pero es más, desde este criterio interpretativo los límites a los derechos fundamentales siempre deben ser lo más restrictivos posibles por tanto en plena concordancia con una interpretación sensible al género, esto es, teniendo en cuenta la realidad de los sujetos de derechos en el sistema sexo/género. Relacionado con el principio de proporcionalidad –citado en líneas anteriores– y, en concreto, con el juicio de necesidad la perspectiva de género abunda en la necesidad de elegir –de todas las interpretaciones posibles– aquella más adecuada a la consecución de los propósitos, esto es, aquella interpretación en la que se deriven más beneficios para los sujetos destinatarios que perjuicios siempre teniendo en cuenta que tradicionalmente la norma ha partido de una falsa abstracción sexual de los sujetos de derechos con efectos –muchas veces discriminatorios– en la conformación socio/sexual de la realidad.

### **3.4. Dimensión práctica de la perspectiva de género en la *justicia***

Lo analizado –hasta este momento– evidencia las potencialidades transformadoras de la impartición de justicia desde la perspectiva de género. Y es que la impartición de justicia a través de las resoluciones judiciales se erigen en uno de los últimos cauces a través de los cuales dotar de materialidad y efectividad a los derechos de las personas. De ahí la necesidad de que la impartición de justicia sea sensible al género, esto es, tenga en cuenta la sexuación de los sujetos de derechos y sus efectos en la conformación socio/sexual de la realidad.

A continuación se explicitan y comentan sucintamente sentencias sensibles al género dictadas en España que vienen a significar un cambio de paradigma en la impartición de justicia:

- Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 10 de mayo de 2016 por la que se reconoce el derecho a percibir pensión de viudedad a una mujer que fue víctima de violencia de género. La sentencia resulta de interés porque confirma en suplicación la Sentencia del Juzgado de lo

Social nº 3 de Santander que reconoce el derecho a recibir la prestación a una mujer pese a no percibir pensión compensatoria en el momento del fallecimiento del causante, y pese a no cumplir con los requisitos previstos en el régimen excepcional para la acreditación de la condición de víctima de violencia de género a tenor del artículo 174.2 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (disposición derogada) y actual artículo 220.1 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre. Desde el análisis crítico del enfoque de género cabría prestar atención a los siguientes *items*:

1. La sentencia clarifica y reinterpreta los requisitos para la acreditación de la condición de víctima de violencia de género cuando se carece de sentencia condenatoria firme, de informe del Ministerio fiscal o de orden de protección.
2. En este punto la sentencia se centra en otros medios de prueba admitidos en Derecho y, en concreto, en la documental y testifical. En el caso concreto, la demandante acompaña varias pruebas que le permiten acreditar su condición de víctima, entre ellas: una denuncia interpuesta en 2009 en donde describe hechos susceptibles de encuadrarse como violencia de género –pese a la posterior retirada de la denuncia–, el acuerdo por parte del Juzgado de Instrucción de la prohibición de acercamiento y la testifical de una de las hijas.
3. Cabe prestar especial atención al Fundamento Jurídico Único de la sentencia comentada en sus párrafos sexto y séptimo. Con respecto al párrafo sexto, porque el Tribunal muestra su sorpresa ante la negativa del INSS y de la TGSS de reconocer a la demandante como víctima de violencia de género pese a la convicción que le produjo al juzgador de instancia la testifical de la hija. En el segundo caso, porque el Tribunal apela a la necesidad de huir de los automatismos en la aplicación e interpretación normativa y, por otro, a la necesidad de valorar las circunstancias concurrentes en este caso. En este punto el Tribunal precisa cómo «(...) la mera denuncia no constituye prueba suficiente pero sí puede considerarse como indicio de maltrato». Asimismo alude a la errónea identificación entre

sentencia absolutoria y denuncia falsa precisando textualmente: «Si ese fallo absolutorio deriva de que la demandante no formula acusación en su comparecencia judicial por lo que ‘procede dictar sentencia absolutoria en virtud del principio acusatorio que informa nuestro sistema procesal’, no es que se hayan declarado inexistentes los hechos denunciados, considerando falsa la denuncia o indemostrada la acusación, sino que se ha retirado la misma».

4. En línea con lo anterior –y a mayor abundamiento– la sentencia objeto de comentario reseña que pese a la sentencia absolutoria que en su día se dictó seguía «(...) existiendo el panorama indiciario de violencia». Panorama indiciario que se vio reforzado por la poderosa testifical de la hija y por la existencia de la prohibición de alejamiento acordada –en su día– por el Juez instructor que debe contextualizarse en el caso concreto ya que se trata de una medida cautelar penal propia de la orden de protección.

5. El Tribunal Superior de Justicia de Cantabria extrapola todos los elementos concurrentes en el presente caso y los contextualiza y concreta de acuerdo a las exigencias normativas aplicables confirmando la sentencia de instancia y reconociendo el derecho de pensión al haberse acreditado la condición de víctima de violencia de género.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (Sección Segunda) de 27 de enero de 2017 en donde por primera vez se aplica en España la agravante por razón de género<sup>44</sup> introducida en el artículo 22.4 del Código Penal tras la reforma de la LO 10/1995, de 23 de noviembre a través de la LO 1/2015, de 30 de marzo. El análisis del fundamento de derecho tercero resulta de interés por tres motivos:

---

<sup>44</sup> Téngase en cuenta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife de 23 de febrero de 2017 que también aplica la agravante por razón (y/o desprecio) de género. El fundamento de derecho tercero, apartado B), se pronuncia en los siguientes términos: «(...) Fulgencio nunca aceptó la decisión de Lina de poner fin a su relación y causó su muerte, al no consentir que como mujer llevara una vida independiente y plena, así como por no poder seguir ejerciendo su dominio, superioridad y control sobre ella». Continúa la sentencia con el siguiente tenor: «(...) De este hecho se desprende una específica motivación del acusado, que no aceptó la ruptura de la relación y que reacciona causando la muerte de su expareja, en particular cuando ella persiste en continuar con su vida con independencia, tiene un nuevo empleo que le resulta satisfactorio o se abre diferentes relaciones personales».

1. En primer lugar, porque se juzga un caso de asesinato por violencia de género. Así consta en el relato discursivo de la sentencia y su posterior fallo, habiéndose acreditado el ánimo de matar y la alevosía y demás elementos periféricos en los hechos probados en un procedimiento con todas las garantías.
  2. En segundo lugar, porque el ‘género’ como categoría de análisis jurídico despliega todas sus potencialidades en su dimensión más práctica, esto es, en el ámbito aplicativo e interpretativo de las normas. Y, además, lo hace como circunstancia agravante en el enjuiciamiento de un caso concreto aspecto que permite conceptualizar al ‘género’ como una garantía específica para la tutela y salvaguarda de los derechos de las mujeres.
  3. Por último, porque la agravante por razón de género en los casos de asesinato y/u homicidio evita un análisis neutral y, por tanto, androcéntrico de los casos con irradiación en la aplicación e interpretación normativa. Sobre todo en ordenamientos jurídicos –como el español– en donde no está tipificado de forma expresa el feminicidio, femicidio y/o gendericidio.
- Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Canarias dictada en suplicación frente a la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de Las Palmas de Gran Canaria en materia de prestación de viudedad en un caso de violencia de género. La sentencia –sin perjuicio de los pronunciamientos anteriores– resulta pionera porque alude sin ambages a la perspectiva de género como criterio de interpretación y aplicación normativa y porque da pautas concretas para su implementación. En relación a las novedades que a nivel metodológico introduce cabe reseñar las siguientes:
    1. Integración de la perspectiva de género de forma expresa en el Fundamento de Derecho Segundo B) en consonancia con el mandato –como principio informador del ordenamiento jurídico– de la dicción literal del artículo 4 de la LO 3/2007.
    2. Explicitación de las potencialidades de la perspectiva de género como metodología de análisis en la impartición de justicia.

3. Concreción –en la fundamentación jurídica– del marco conceptual que sustenta la dimensión de género. En este punto, cabe aludir a las diferencias plasmadas en la sentencia con respecto a los conceptos sexo (como ‘lo biológico’) y género (como ‘lo cultural’) y sus implicaciones en la conformación jurídica de la realidad.
4. Referencia al sustento normativo –nacional e internacional– que avala la perspectiva de género en la impartición de Justicia con cita expresa de la LO 1/2004, LO 3/2007, Convenio del Consejo de Europa y Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación de la Mujer.
5. Cita expresa a otros referentes jurisprudenciales previos que ya se habían hecho eco del ‘género’ como elemento articulador de la fundamentación jurídica. En concreto, cita expresa a la STC 59/2008, de 14 de mayo.
6. Cita expresa a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Contencioso-administrativo), de 19 de diciembre de 2016, en donde desde la perspectiva de género se concreta la naturaleza jurídica de los delitos por violencia de género y, en concreto, su afectación a la seguridad pública, al reconocimiento de la gravedad de este tipo de delitos y, por tanto, a su afectación a los derechos fundamentales.
7. Con respecto al ámbito metodológico, la sentencia explicita cómo la perspectiva de género cobra una especial relevancia práctica en el análisis de los hechos probados, fundamentación jurídica, valoración de la prueba, panorama indiciario y contextual, etc.

Los ejemplos sucintamente expuestos –de implementación de la perspectiva de género en la aplicación e interpretación normativa– permiten colegir:

- Las nuevas dimensiones de análisis que el discurso jurídico ofrece al desmontar la ‘neutralidad’ imperante en la construcción jurídica del modelo normativo de lo humano.

- La importancia de reflexionar críticamente e identificar el sexismo subyacente en las normas jurídicas extrapoliándose a los ámbitos interpretativos y aplicativos.
- La importancia de denunciar el androcentrismo del Derecho y los derechos cuando el discurso jurídico se articula desde la legitimidad discursiva –desde el poder socio/sexual– de un sujeto-persona-parámetro que ha hecho abstracción de la sexuación de los sujetos de derechos perfilándose ‘lo no masculino’ como lo inesencial y lo parcial y ubicando a ‘lo femenino’ en la alteridad del fenómeno jurídico general.

#### **4. Consideraciones finales**

Lo expuesto en los diferentes apartados que conforman el presente estudio –sin ánimo de agotar todas las posibilidades de análisis– evidencian las potencialidades de la implementación de la perspectiva de género en el análisis del discurso jurídico. Y, en concreto, cuando el discurso jurídico se concreta en resoluciones judiciales a través de las cuales el término justicia despliega toda su efectividad. En este sentido cabría colegir cómo la impartición de la justicia desde la perspectiva de género:

1. Cuenta –en el momento actual– con un importante aval constitucional e internacional.
2. Se sustenta en el reconocimiento de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad.
3. Permite focalizar los discursos jurídicos poniendo en el centro a las personas teniendo en cuenta sus condiciones de partida.
4. Permite desmontar la neutralidad socio/sexual en cuanto a la construcción que el Derecho ha llevado a cabo en relación a los sujetos jurídico/políticos.
5. Garantiza la eficacia normativa de las leyes erigiéndose el ‘género’ en criterio de interpretación normativa y como garantía específica de los derechos de las mujeres.



MISCELÁNEA



## El matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿mito o realidad? Enseñanzas del caso Obergefell

 EDWIN FIGUEROA GUTARRA\*

### Sumario

**I.** Introducción. **II.** El fallo Obergefell y el *certiorari* norteamericano. **III.** El voto de la mayoría: reafirmación del matrimonio entre personas del mismo sexo. 3.1 Matrimonio y cláusula del debido proceso. 3.2. Principios y tradiciones del matrimonio como institución fundamental. 3.3. La evolución del derecho a contraer matrimonio en la jurisprudencia norteamericana. 3.4. Inestabilidad por denegatoria de beneficios. 3.5. Cautela y espera de legislación. 3.6. Daño sustancial y continuo. **IV.** El voto de la minoría: cuestionamientos de orden constitucional. 4.1. El rol no legislador de la Corte. 4.2. ¿Amenazas a la democracia americana?. 4.3. La distorsión de la Constitución. 4.4. La libertad y sus muchos significados. **V.** Observaciones a los votos en minoría. **VI.** A modo de conclusión.

### Resumen

El fallo Obergefell, sentencia de la Corte Suprema de EE.UU. en relación al matrimonio entre personas del mismo sexo, sienta importantes parámetros respecto al derecho fundamental a la igualdad. Este estudio aborda los criterios tanto del voto en mayoría como de los votos en disenso.

### Palabras clave

Matrimonio entre personas del mismo sexo, *certiorari*, fallo Obergefell, Constitución, debido proceso.

### Abstract

The Obergefell ruling, judgment of the US Supreme Court about same sex marriage, sets important parameters regarding the fundamental right to equality. This study addresses the criteria of both majority voting and dissenting votes.

### Keywords

Same sex marriage, *certiorari*, Obergefell ruling, Constitution, due process.

---

\* Doctor en Derecho. Juez Superior Titular Distrito Judicial de Lambayeque. Profesor Asociado Academia de la Magistratura del Perú. Docente Área Constitucional Universidad San Martín de Porres filial Chiclayo. Becario de la Agencia Española de Cooperación Internacional.

## **I. Introducción**

**L**a relación entre los conceptos de mujer y derechos fundamentales nos conduce a diversos escenarios materiales de por sí polémicos, entre ellos la aspiración a definir legalmente una unión matrimonial entre dos mujeres. ¿Es ello posible? ¿Es simple activismo judicial reconocer jurisprudencialmente esta posibilidad? ¿Es una infracción a la Constitución? ¿O es una legitimación de los principios de la Constitución?

Las enfermeras April de Boer y Jayne Rowse, participantes de la demanda en el caso Obergefell ante la Corte Suprema de EE.UU.<sup>1</sup>, asumieron la responsabilidad de cuidar de tres niños pequeños desde su unión simbólica en el año 2007. Sin embargo, las leyes del Estado de Michigan, donde residían, no reconocían su estatus de unión entre personas del mismo sexo y menos aún, su propósito de adoptar a los niños a su cargo; dada esa negativa, acuden a la justicia norteamericana para el reconocimiento de su derecho a contraer legalmente su unión.

216

En relación a esta materia, el matrimonio como institución adopta la posición tradicional de una unión material entre varón y mujer. La visión religiosa occidental de esta institución cierra la vinculación con más énfasis aún, excluyendo toda posibilidad ajena al binomio varón y mujer. Si asumimos una posición más legalista todavía, muchos Códigos Civiles parten de la premisa de circunscribir estos contratos de unión a un ámbito estrictamente heterosexual.

El mundo se ha manejado así durante centurias y sin embargo, hoy advertimos la impronta de que muchas legislaciones, paulatinamente, van variando su enfoque de apreciación respecto al matrimonio, asimilando la tesis de que la heterosexualidad como condición del matrimonio, ya no constituye un requisito indispensable para la realización de esta convención denominada matrimonio.

De igual forma, el peso de la jurisprudencia en muchos ordenamientos se ha hecho sentir con énfasis en el reconocimiento de las uniones legales entre personas del mismo sexo, pues dada la poca diligencia en tiempo para las modificaciones legislativas, muchas Cortes y Tribunales han posicionado

---

<sup>1</sup> EE.UU. Corte Suprema (Tribunal Federal de Apelaciones del Sexto Circuito). Sentencia núm. 14/556 de 28 de abril de 2015.

la variable de modificar la rigurosidad de las reglas del Código restrictivo para, desde una posición principialista, reformular el matrimonio tal como lo conocemos. Así, la jurisprudencia suele avanzar a paso ligero en sus posiciones, en tanto las modificaciones legales acusan un cansino camino a pie.

¿Qué pudo entonces haber cambiado en el Derecho occidental para esta nueva visión de esta institución? ¿Hemos dejado de lado algunas convicciones religiosas? ¿Nuestros Códigos se volvieron obsoletos? ¿O acaso hemos concedido demasiado poder a los jueces para modificar inconsultamente las leyes a través de un medio supuestamente idóneo como lo es quizá la jurisprudencia constitucional?

El caso *Obergefell vs Hodges*, sentencia de la Corte Suprema de EE.UU., de fecha 28 de abril de 2015, constituye un avance frente a estas cuestiones, en tanto determina la viabilidad de la unión matrimonial entre personas del mismo sexo en los 50 Estados de la Unión Americana. Entre las demandantes se encuentran precisamente April de Boer y Jayne Rowse, dos enfermeras, y sobre la idea eje de que se trata de dos mujeres, pretenderemos analizar diversas aristas del caso en mención.

217

La decisión a que aludimos, adoptada *vía certiorari*, resulta sin embargo un fallo ajustado (cinco a cuatro quedó la votación final) aunque no por ello menos válido. Sus argumentos, las posiciones que defienden con denuedo la mayoría y la minoría, son objeto de este estudio.

Somos conscientes de que este estudio resulta controversial y hasta objetable, mas a pesar de ello, constituye una necesaria tarea desentrañar los alcances de este fallo, dada su trascendencia para muchos ordenamientos nacionales en el ámbito constitucional.

## **II. El fallo *Obergefell* y el *certiorari* norteamericano**

Una atingencia necesaria respecto a esta decisión de la Corte Suprema de EE.UU. es, en propiedad, su modo de adopción; y éste corresponde a la modalidad del *certiorari*,<sup>2</sup> sistema que implica un mecanismo *sui generis* de determinación.

---

<sup>2</sup> Vid. Edwin FIGUEROA. *Certiorari y reforma constitucional: entre propuestas y necesidades*. Revista Peruana de Derecho Constitucional No. 6 Reforma constitucional, política y electoral. No. 6. 2013. Tribunal Constitucional. p. 81-100.

En muchos ordenamientos jurídicos, fundamentalmente del sistema continental, el sistema de *necesaria revisión del recurso*, nos conduce a que efectivamente los tribunales superiores y supremos se pronuncien siempre y en todos los casos, frente a los mecanismos de impugnación en ejercicio legítimo del denominado principio de pluralidad de instancias. Bajo esta pauta, los jueces de revisión pueden reproducir hasta dos veces una decisión. El esquema es simple en una situación directa de aplicación del principio de pluralidad de instancias: existe un juez de fallo y un juez de revisión, es decir, tenemos una sentencia en un sentido determinado y una impugnación.

En otros casos determinados, la impugnación, vía un recuso de casación, deriva el debate a la Corte Suprema, nivel que no suele representar, salvo casos de excepción, una instancia más, sino un mecanismo de casación, es decir, de revisión extraordinaria del caso. Sin embargo, la sola derivación del caso a la Corte Suprema implica la extensión del debate, y finalmente, un mismo caso es revisado hasta en tres oportunidades.

El *certiorari* acorta el debate y prolonga la discusión jurídica solo de modo extraordinario. Mientras que en el sistema continental, mayormente la Corte Suprema implica no una instancia, sino un tercer nivel de pronunciamiento, el sistema anglosajón, que tiende a adoptar en ciertos países el *certiorari*, implica que una alta Corte, si así lo cree conveniente, pueda optar por conocer o no el caso que llega a su conocimiento. De esa forma, la Corte Suprema de EE.UU. no necesariamente conoce todos los casos que son elevados a ese nivel de examen de las decisiones jurídicas.

218

El caso *Obergefell* se inscribe en esa modalidad de *certiorari* y por tanto, el caso, bien pudo ser revisado solo hasta una segunda instancia, en este caso, el nivel del Tribunal Federal de Apelaciones del Sexto Circuito. Sin embargo, la derivación del caso a la Corte Suprema, debe advertirse así, no necesariamente acarrea el conocimiento del recurso<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Alejandro, ANAYA HUERTA. Señala que: “Dos son las vías de acceso a la revisión judicial en la Corte Suprema: auto de avocación (*writ of certiorati*), en el que la Corte tiene la prerrogativa de conocer o no un asunto, y el recurso de apelación (*appeal to the court*), en el que la Corte debe hacer la revisión correspondiente. Adicionalmente, la Corte Suprema tiene facultad normativa (*rulemaking power*), que ocasionalmente le otorga el Congreso, sobre todo, para dictar las normas procesales (*rules of procedure*) que han de seguir los tribunales inferiores (*lower courts*).” ¿Cuál es la estructura del poder judicial federal en EE.UU.? Disponible en: <goo.gl/3Sc7m3> Fuente visitada con fecha 09 de marzo de 2017.

Efectuada esta precisión, es importante anotar entonces que el mecanismo de *certiorari* parte de una evaluación discrecional por parte de la propia Corte Suprema, en relación a la trascendencia del caso a examinar. Prevemos que si la decisión ha de fijar líneas jurisprudenciales de trascendencia, corresponderá conocer el caso. De lo contrario, el caso no se revisa y ello es potestad de la propia Corte.

### **III. El voto de la mayoría: reafirmación del matrimonio homosexual**

En calidad de antecedentes del caso, catorce parejas del mismo sexo y dos personas más cuyas parejas ya habían fallecido, presentaron sus respectivas demandas de reconocimiento en las Cortes de Michigan, Kentucky, Ohio y Tennessee. El caso, signado con el N° 14-556, fue discutido el 28 de abril de 2015 y decidido el 26 de junio de ese mismo año. Demandaban el respeto de la Décimo Cuarta Enmienda<sup>4</sup> a efecto de que se les reconozca su derecho a unirse matrimonialmente. Las Cortes de Distrito, fallaron a favor de los solicitantes, pero el Tribunal Federal de Apelaciones del Sexto Circuito acumuló los casos y revocó el fallo a favor de los reclamantes.

El voto en mayoría es firmado por los jueces Kennedy (ponente) y se adscribieron a su ponencia los jueces Ginsburg, Breyer, Sotomayor y Kagan. Logran una mayoría de cinco votos contra cuatro, y aun cuando se pueda cuestionar si un fallo es legítimo o no por la diferencia estrecha en la votación final, ciertamente, constituye principio de votación en las Cortes una sola diferencia de votos.

Un primer aspecto que aborda la sentencia en mayoría es el concepto de *centralidad del matrimonio*, y le asigna dos caracteres distintivos: continuidad y cambio. Ambos aspectos le confieren, según la Corte, un carácter dinámico al matrimonio. En efecto, hasta la primera mitad del siglo XX, anota el fallo, el derecho a la intimidad entre parejas del mismo sexo, era considerado incluso un delito y como tal, era objeto de persecución por la justicia. Más aún, estudios médicos autorizados de entonces consideraban la homosexualidad como un desorden mental. Y es apenas en años recientes –precisa el fallo– que la psiquiatría ha reconocido que

---

<sup>4</sup> Ratificada el 09 de julio de 1868, aborda las cláusulas del debido proceso y la protección igualitaria. Sirvió de base para el fallo *Brown vs Board of Education*, que prohibió la segregación racial en las escuelas públicas en EE.UU. desde 1954.

la orientación sexual es una expresión normal e inmutable de la sexualidad humana.

Corresponde aquí interrogarnos, a partir de lo expuesto, ¿qué es lo normal? ¿Es aquello que impone el sentir de las mayorías? Y en desarrollo de esta idea: ¿es la democracia el derecho de la mayoría de imponerse a la minoría? Si nos remontamos a la definición tradicional de los griegos de la democracia, entonces aludimos efectivamente al gobierno de la mayoría. Sin embargo, en los albores del siglo XXI, y desde la perspectiva de nuevas concepciones de la democracia, desde Sartori y Bobbio<sup>5</sup>, observemos que ésta es también el respeto de los derechos de las minorías por parte de la mayoría. Esta nueva concepción de democracia resulta más razonable desde una perspectiva de no arbitrariedad.

La sentencia Obergefell desarrolla históricamente la posición de la Corte Suprema respecto al estatus de la homosexualidad y evoluciona desde una posición de observación a la figura de criminalización, que proponían leyes de Estados como Georgia y Colorado, (fallos *Bowers vs. Hardwick*, 1986, y *Romer vs. Evans*, 1996), pasando por una figura de concesión progresiva de derechos matrimoniales a las parejas del mismo sexo (*Baehr vs Lewin*, de Hawai, y *Goodridge vs Department of Public Health*), hasta el fallo *Citizens for Equal Protection vs Brunning*, 2006, para llegar a la conclusión de que excluir a las parejas del mismo sexo de la institución del matrimonio, viola la Constitución.

220

Observemos, sin embargo, que un carácter de la justicia estadounidense es precisamente la independencia de los Estados que conforman la Unión Americana en materia normativa, de tal manera que las relaciones jurídicas se regulan de acuerdo a las leyes de cada Estado y en propiedad, cierto tipo de materias concluyen con los fallos de las Cortes Supremas de esos Estados.

La excepción a lo señalado lo constituye la justicia federal, la cual presenta como rasgo distintivo, una característica de transversalidad, la misma que implica fuerza vinculante para todos los Estados de la Unión. Y es aquí donde la Corte Suprema de EE.UU. juega un rol relevante, pues sus fallos,

<sup>5</sup> Lorenzo CORDOVA. *Bobbio y la Edad de los Derechos*. En *Política y Derecho. (Re)pensar a Bobbio*. Lorenzo CORDOVA VIANELLO y Pedro SALAZAR UGARTE. Coordinadores. Siglo XXI Editores UNAM, 1ra edición, México. 2005. p. 64

muy pocos al año<sup>6</sup>, asumen la línea de fijar verdaderas políticas de orientación jurisprudencial que abarcan a todos los Estados de la Unión.

De esa forma, pocas decisiones de relevancia imprimen líneas directrices para la justicia de la Nación, esto es, se trata de verdaderos precedentes judiciales cuyo efecto *stare decisis*<sup>7</sup>, involucra una perspectiva de vinculación para los jueces de las instancias inferiores.

De ahí la necesidad de que casos como éste, en el cual el señor Obergefell y tantos otros demandantes ejercen sus derechos a la igualdad, encuentren en la Corte un sentido de línea jurisprudencial de reconocimiento, de un lado; y de otro, de vinculación, porque así se expresa el efecto del fallo para todo el país, legalizando de esta forma la unión matrimonial en los 50 Estados de la Unión.

### **3.1. Matrimonio y cláusula del debido proceso**

La sección tres de la sentencia desarrolla una interesante vinculación entre matrimonio y debido proceso<sup>8</sup>, y asegura que el derecho a contraer matrimonio es fundamental según la cláusula del debido proceso de ley.

Reviste interés aquí indagar cómo se produce esta vinculación entre matrimonio y debido proceso, en tanto, en sentido abstracto, no constituyen derechos con una secuencialidad de vinculación definida. Sin embargo, mayor parte de derechos fundamentales está contenida como libertades fundamentales que protege esta cláusula.

El matrimonio, de esa forma, se vincula materialmente con el debido proceso y se realiza si las reglas de respeto por este último derecho fundamental, no impiden la realización de una unión matrimonial sin más distinción que la voluntad de los contrayentes, esto es, sin discriminarlos por su orien-

---

<sup>6</sup> La media de procesos resueltos por la Corte Suprema de EE.UU. no excede, regularmente, de 100 causas al año. Pocos casos resueltos sobre una cantidad importante de controversias que suben a la Corte Suprema, ayudan a uniformizar la jurisprudencia y a establecer líneas rectoras de los órganos de más alta impartición de justicia. Ése resulta ser un aspecto central del *certiorari*.

<sup>7</sup> La noción *stare decisis et non quieta movere* puede entenderse, también, como estar a lo decidido, como un efecto vinculante de la jurisprudencia de los órganos superiores sobre los inferiores. Proveniente del derecho anglosajón, este aserto sirve de base para consolidar el concepto material de precedente judicial.

<sup>8</sup> Corte Suprema de los Estados Unidos, Caso «Obergefell» vs Hodges, Sentencia del 26 de junio de 2015, Acápites 3.

tación sexual. En consecuencia, se ajustan las reglas del debido proceso como derecho material si no se impide la realización de la unión matrimonial sin más distinciones que las de mera razonabilidad.

Esta es la línea que sigue el fallo *Loving vs Virginia*<sup>9</sup> a partir del cuestionamiento de las prohibiciones interraciales para efectos del matrimonio. Y en efecto, hoy en el siglo XXI preguntemos: ¿cuál sería el enfoque en los años sesenta del siglo pasado para asumir que el color de piel podía significar distinciones para la realización o no de un matrimonio?

La sentencia en mención sienta la tesis de que el matrimonio es «*uno de los derechos personales, vitales y esenciales en la consecución ordenada de la felicidad por los hombres libres*». Bajo esta pauta, no hay que distinguir irrazonablemente donde el derecho no distingue y por tanto, la raza no es un factor determinante para la prohibición de una unión matrimonial.

Ciertamente la referencia hecha anteriormente pautea una dificultad de color de piel en una vinculación heterosexual. El asunto que nos ocupa alude al ámbito de personas del mismo sexo.

222

La diferencia no es sustantiva si acogemos el criterio de *interpretación evolutiva*<sup>10</sup>. Esta variante de la interpretación correctora, un importante problema de la interpretación constitucional<sup>11</sup>, no es baladí si asumimos que así como la realidad social cambia, que las condiciones de vida de los seres humanos cambian, y que toda nuestra existencia sufre líneas de variación en el tiempo, lo mismo sucede con la interpretación.

Si en algún momento de la historia, la interpretación del derecho fue esencialmente iusnaturalista, y todo provenía de una razón divina<sup>12</sup>, ese criterio mutó más adelante hacia una noción de completitud del derecho a través del positivismo jurídico: el derecho es un solo y existe en tanto y en

<sup>9</sup> EE.UU. Corte Suprema (Tribunal Supremo de Apelaciones de Virginia). Sentencia núm 388. US.1 del 12 de junio de 1967

<sup>10</sup> Criterio adoptado en la sentencia del Tribunal Constitucional español de fecha 06 de noviembre de 2012, en el recurso de inconstitucionalidad núm. 6864-2005 contra la Ley 13/2005, que modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Fue ponente el Magistrado Pablo Pérez Tremps.

<sup>11</sup> Vid. Ricardo GUASTINI. *Estudios de teoría constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1ra edición, México, 2001. p. 262.

<sup>12</sup> Hablemos de la Edad Media desde los primeros aportes de San Agustín y su noción de la ciudad de Dios hasta las ideas de una *Summa Theologiae* de Santo Tomas, premisas que mantuvieron con fuerza el iusnaturalismo de esta época de la humanidad.

cuanto debe ser aplicado. De igual forma, el positivismo vio transformar las bases conceptuales del derecho hacia un Estado constitucional.

### **3.2. Principios y tradiciones del matrimonio como institución fundamental**

La Corte Suprema determina cuatro principios y tradiciones por las que se muestran que el matrimonio es una institución fundamental en la Constitución y no implica distinciones de sexo: en un primer ámbito, el derecho a la decisión personal con respecto al matrimonio es inherente al concepto de autonomía individual. En un segundo tramo, el matrimonio brinda apoyo a una unión entre dos personas como ninguna otra institución, en términos de su importancia para aquellos que se han comprometido. Una tercera noción es que el derecho a contraer matrimonio protege a niños y familias, y adquiere su significado de derechos relacionados con el de la crianza de los hijos, la procreación y la educación. Y en cuarto lugar, afirma la Corte Suprema que el matrimonio es una piedra angular en el orden social.

La evaluación conjunta de estos principios y tradiciones nos impone un razonamiento en clave negativa: ¿por qué no habría de asignarse estos principios a favor de las personas del mismo sexo? Notemos aquí un razonamiento en contrario: si por regla general, los principios asignados han sido usualmente a favor de las parejas heterosexuales, ¿cuál sería el criterio determinante para excluir estos mismos principios a favor de las personas del mismo sexo?

Si nos referimos al caso de las enfermeras demandantes en el asunto *Obergefell*, en tanto el propósito de este estudio en relación a la mujer y sus derechos fundamentales, la pregunta a esbozar sería: ¿bajo cuál argumento de orden constitucional inhabilitamos los derechos de las mismas a contraer matrimonio y a adoptar?

Si la respuesta es de orden legal, sí existen argumentos y de suyo suficientes: el Código Civil ciertamente no lo autoriza, tampoco existen normas administrativas que autoricen este tipo de uniones y menos aún sus consecuencias jurídicas. O bien dichos derechos, en el caso específico de la Unión Americana, eran objeto de diverso reconocimiento —unos Estados sí y otros no— según la legislación de cada Estado, por tratarse de un sistema federal, régimen bajo el cual cada Estado goza de determinado nivel de autonomía.

Pues bien, si las respuestas de orden legal no son autoritativas, distinto es el escenario en el ámbito constitucional y de los derechos fundamentales. Advertamos aquí, si es válida la afirmación, que la exigencia de respuesta demanda mayor nivel argumentativo, pues bien podemos negar un derecho, a nivel de reglas, si existe carencia de positivización del derecho en cuestión.

Y sin embargo, y esta afirmación es efectuada solo bajo el fenómeno de constitucionalización del derecho, las reglas deben adaptar sus contenidos al ámbito de los principios si aquellas no dan respuesta suficiente a un problema con relevancia jurídica, sea por cuestiones de ambigüedad, vaguedad o antinomias.

En propiedad, si el derecho a contraer matrimonio de las enfermeras DeBoer y Rowse válidamente es denegado desde el Derecho Civil, la exigencia de subordinación de este derecho a la Carta Fundamental, demanda y exige una respuesta aún más calificada, argumentativamente hablando, desde el Derecho Constitucional, o desde la principalización del problema.

Y ciertamente, desde una posición de principios, no encontramos argumento alguno para denotar una respuesta desestimatoria a la petición de las enfermeras del caso Obergefell. Y a este respecto, es importante poner énfasis en la respuesta a este problema desde la visión de los derechos fundamentales, y para ello nos ceñimos a lo que en realidad constituye un argumento: una razón determinada que cumple estándares de razonabilidad y proporcionalidad.

224

En efecto, bajo una esquematización muy simple y aquí aludimos a esbozos de la teoría de la argumentación, la razón de denegatoria a la petición de las señoras DeBoer y Rowse tiene que ser una razón propiamente más fuerte que el argumento que las mismas invocan: si frente a la petición de unión matrimonial solo damos una respuesta en el sentido de que las leyes no lo permiten, o que ello no está contemplado en la Constitución, la respuesta por cierto va a adolecer de insuficiencia. Observaríamos que se trata de una respuesta estricta de Derecho positivo y sin embargo, no aludimos en el caso que nos ocupa a una mera respuesta de si existe o no norma que deniegue el derecho.

En propiedad, nos orientamos a buscar una respuesta en el marco de los derechos que alberga, positivizados o no, una Carta Fundamental, porque

una Constitución es un conjunto de elementos de partida, y no de llegada final, de los derechos fundamentales de la persona humana. En efecto, la Constitución no puede constituirse en un todo acabado, en el punto final de los derechos de la persona, pues precisamente, su generalidad se orienta a nociones de desarrollo material de los derechos fundamentales.

Bajo esa perspectiva, una respuesta denegatoria a una petición determinada solo porque la Constitución no brinda resultado alguno a ese requerimiento desde el propio texto de la norma o la misma Constitución, es una posición que peca de insuficiencia, y que solo encuentra respuesta desde el más rancio positivismo kelseniano, en cuanto a que si la norma no lo dice, pues que no corresponde reconocimiento alguno del derecho en cuestión.

### **3.3. La evolución del derecho a contraer matrimonio en la jurisprudencia norteamericana.**

La Corte Suprema de EE.UU. desarrolla un criterio que nos parece fundamental y que constituye el ángulo de su razonamiento respecto al matrimonio entre personas del mismo sexo<sup>13</sup>. Así señala que en el caso *Loving vs Virginia* «no se preguntó sobre el derecho al matrimonio interracial», al tiempo que en el caso *Turner* no se aludió al «derecho de los confinados a contraer matrimonio», y en *Zablocki* tampoco se preguntó sobre un «derecho de los padres con pensiones alimenticias sin pagar a contraer matrimonio». Acota la Corte que en cada caso se cuestionó sobre el derecho a contraer matrimonio en sentido amplio, determinando si existía suficiente justificación para excluir a la respectiva clase de ese derecho.

La orientación sexual no constituye, entonces, una categoría de suficiente exclusión, pues no es una cuestión más grave que la diferencia racial, la condición de persona libre o confinada en un centro de reclusión, o el hecho de ser deudor alimentario. A este respecto, acotamos que la posición de la Corte Suprema ha evolucionado en clave progresiva: paulatinamente, se han ido calificando esas iniciales exclusiones como contrarias a la Constitución y el criterio de aceptación de la Corte ha tenido visos inclusivos.

Así y solo a guisa de ejemplo: la condición racial no constituye argumento de exclusión respecto al matrimonio y así lo determina la Corte en el

---

<sup>13</sup> Corte Suprema de los Estados Unidos, Caso «Obergefell» vs Hodges, Sentencia del 26 de junio de 2015, Acápite 2.

caso *Loving vs Virginia*. Sobre el mismo tema, la unión entre mujer blanca y hombre negro, solo es un tema de diversidad de procedencia étnica y de pigmentación en la piel, condiciones que en absoluto disminuyen las calidades de la persona humana.

Creemos que el mismo razonamiento es aplicable a la orientación sexual y así, dos personas del mismo sexo no denotan condición peyorativa alguna simplemente porque no son heterosexuales. Tampoco las hace personas con menores calidades humanas. Convivir en sociedad, bajo esta reflexión, nos conduce a un *deber de tolerancia*, figura que denota aceptar las diferencias entre las personas, admitirlas en su diversidad, y en modo alguno, imprimir un trato peyorativo simplemente por una diferente tendencia en la sexualidad. Eso nos llevaría a una interrogante muy compleja: ¿nos concede derecho nuestra heterosexualidad a imponer condiciones de rigor a los no heterosexuales?

Observemos que no vivimos en una suerte de *Machtstaat*, o estado de la fuerza. No es la ley del más fuerte la que se impone. Por el contrario, es el argumento más razonable y proporcional aquel que finalmente merece ser acogido.

226

### **3.4. Inestabilidad por denegatoria de beneficios**

La Corte pone énfasis en un razonamiento transversal: la denegatoria a parejas del mismo sexo, de diversos beneficios que sí contempla el matrimonio heterosexual, implica situaciones de inestabilidad para estas parejas.

Esta nueva posición señala una importante evolución de criterios desde el caso *Washington vs Gluckberg*<sup>14</sup>, el cual exigía una «*descripción cuidadosa*» de los derechos fundamentales, fallo en el cual se asumió una posición restrictiva respecto de los derechos que sí debían ser reconocidos y cuáles excluidos.

En relación a ello, los demandados planteaban que no se trataba de discutir el derecho a contraer matrimonio como tal, sino se proponía por parte de los demandantes un derecho nuevo e inexistente: el derecho a contraer matrimonio entre las personas del mismo sexo.

---

<sup>14</sup> Corte Suprema de los Estados Unidos, Caso «Washington» vs Glucksberg, Sentencia del 26 de junio de 1997.

Corresponde aquí reiteremos un escenario de desigualdad formal y material, Formal porque al no prever la legislación este derecho entre personas del mismo sexo, se consuma una desigualdad material en sentido amplio, al no poder ejercer estas personas los derechos que se derivan de esta unión. En efecto, desde una perspectiva de persona humana, los heterosexuales no presentan una distinción de relevancia con los homosexuales, a diferencia de su orientación sexual. Y sin embargo, ¿ésta sola diferencia implica una minusvalía real de derechos? ¿O bajo cuál criterio de relevancia constitucional, el homosexual es sujeto inferior en derechos frente al heterosexual?

La Corte Suprema de EE.UU. destaca la importancia de la evolución de sus posiciones respecto al matrimonio entre personas del mismo sexo; y en ello, reseña la progresividad de sus enfoques desde posiciones restrictivas, si queremos llamarlas de regresividad por el contexto histórico en su momento adoptado, hasta la nueva valoración de admitir esta figura del matrimonio entre personas del mismo sexo en todos los Estados de la Unión Americana. Así se evita, admite la Corte, la inestabilidad emocional que estas denegatorias acarrearán, más aún cuando los estandartes de libertad material son levantados en distintos ordenamientos jurídicos tanto por la vía legal –admisión formal de este tipo de uniones– así como por vía jurisprudencial.

Y aquí reseñamos una cuestión que vale apuntar: precisamente es por la vía jurisprudencial que se han materializado de manera más enfática los principios de igualdad en diversos ordenamientos jurídicos, antes que por la vía legal que, de suyo, exige un debate más formal, así como diversos procedimientos de votación y publicación.

Y así, la jurisprudencia, como expresión de una *prudentia juris*, o un derecho expresado de manera prudente, nos conduce a un necesario y razonable activismo de los jueces en la brega por la defensa de los derechos fundamentales.

Si volvemos al caso que nos ocupa, el de las enfermeras DeBoer y Rowse a quienes el Estado de Michigan deniega su petición de unión, pues es previsible la consecuencia de inestabilidad a generarse respecto de ellas mismas y de los niños bajo su cuidado. Entonces, advertimos un escenario de inestabilidad no solo de ida sino también de regreso.

De ida, porque la inestabilidad emocional de una denegatoria de petición de unión, genera consecuencias inmediatas respecto de la misma pareja al producirse un escenario de incertidumbre en la pareja homosexual.

Pero más graves son, a juicio nuestro, las consecuencias de regreso, en cuanto resulta severamente afectado el interés superior de los niños que la pareja tiene bajo su cuidado, en cuanto no se materializa un régimen legal de protección necesario para los menores.

La figura es clara: la inestabilidad en la prestación de beneficios de los cuales sí gozan los menores hijos en una unión heterosexual formal, representa una desigualdad preocupante respecto a los menores hijos de la pareja del mismo sexo, independientemente de si éstos son biológicos<sup>15</sup> o adoptados.

La Corte anota otra consecuencia de inestabilidad: el rechazo a las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio causa un grave y continuo daño. Destaca así que la imposición de ese impedimento a los gays y lesbianas provoca que se les falte el respeto y se les subordine. Aquí es importante entender el fenómeno de rechazo a estos grupos, expresados muchas veces en altos niveles de homofobia, tendencia que parte de una no aceptación del contrario bajo la premisa de no ser *normal*.

228

Ahora bien, volvemos a preguntar: ¿qué es lo *normal*? Lo usual, lo corriente, aquello a lo cual estamos habituados. Por lo tanto, aquello que salga de nuestros patrones, de nuestros valores y de nuestra idiosincrasia, o bien es objeto de no aceptación, o bien su admisión en un largo proceso, requiere toma de conciencia y revalorización.

En nuestra posición, el reconocimiento de estos derechos ha de requerir un largo camino de admisión progresiva de derechos hacia parejas del mismo sexo. La Corte Suprema de EE.UU. ya lo hizo por la vía jurisprudencial. Si bien éste es un parámetro válido de una *leading Court*, o Corte modelo a nivel mundial, la adopción de los mismos criterios de reconocimiento,

---

<sup>15</sup> La viabilidad de hijos biológicos de parejas del mismo sexo es hoy con la ciencia un tema de evidencia. El profesor español Manuel Atienza narra en una de sus tantas conferencias sobre argumentación, el caso de una pareja de lesbianas que se convierten en madres: una primera aporta un óvulo fertilizado con espermatozoides de un donante anónimo, la segunda recibe en su vientre el óvulo fertilizado y desarrolla la criatura durante el período de embarazo común. Aquí la pregunta debería ser formulada en sentido negativo: ¿por qué ambas no podrían ser calificadas como madres? ¿cuál sería el criterio de exclusión desde un fundamento constitucional? Objetivamente, no advertimos una razón que relegue estos derechos biológicos.

ha de ser un camino quizá lento pero consistentemente progresivo, por parte de otras jurisdicciones. La razón de ello ha de ser que los jueces están en la capacidad de plasmar vía sus fallos, aquellos silencios que la ley guarda, por una u otra razón, respecto de los derechos de las personas, aun cuando fueran éstas de una distinta orientación sexual.

### **3.5. Cautela y espera de legislación**

El punto cuarto de la sentencia desarrolla una importante reflexión que se engarza con las últimas anotaciones de nuestro acápite anterior. La Corte se interroga si acaso pudiera haber una inclinación inicial en estos casos a proceder con cautela, y esperar por legislación, litigación y debate adicional sobre la materia. Así, recoge vía examen el argumento de los demandados respecto a que ha habido una discusión democrática insuficiente para decidir un asunto tan básico como la definición del matrimonio.

El argumento de la Corte a este respecto es determinante desde dos ámbitos. En un primer escenario, la Corte indica que numerosos estamentos de la sociedad norteamericana han venido tomando parte, por años, en este debate. Es así que a nivel de Cortes de Apelaciones ha habido distintos pronunciamientos en uno y otro sentido.

229

Y efectivamente, hasta este caso *Obergefell* unos Estados de la Unión admitían estas uniones entre personas del mismo sexo, y otros, no. Llega así la Corte a una fórmula de mayor entendimiento del problema e incluso destaca los más cien *amicci* (también denominados en el Derecho Continental *amicus curiae* u opiniones técnicas de ilustración) en el caso sometido a examen. Con ello, llega a la conclusión de que puede emitir pronunciamiento de fondo al respecto.

En segundo lugar, la Corte destaca que la Constitución enfatiza la democracia como el proceso apropiado para el cambio, siempre y cuando ese proceso no limite derechos fundamentales. Así, destaca la importancia del principio democrático en el caso *Schoutte vs Bamm*<sup>16</sup>, para acotar el «derecho de los ciudadanos a debatir de manera que puedan aprender, decidir y luego, a través del proceso político actuar en conjunto para tratar de determinar el curso

---

<sup>16</sup> 572 US, 2004. Cuando se realiza la búsqueda en google aparece: List of United States Supreme Court cases, Volume 572 en el año 2004 - Existe una sentencia que es *Bond vs united states* 572 pero del 2014.

*de su propia época*». Complementa su posición para indicar que la dinámica del sistema constitucional es que los individuos no tienen por qué esperar acción legislativa para hacer valer un derecho fundamental.

A este respecto, Atienza explica<sup>17</sup> el carácter implícitamente ponderativo de la acción legislativa, esto es, en cuánto valora el legislador la ponderación de adoptar las leyes en un sentido determinado u otro. Y sin embargo, debemos observar que la respuesta oportuna de las leyes, a existir desde el momento en que son requeridas por las necesidades de los ciudadanos, no siempre presenta en carácter de una respuesta oportuna.

A ello debemos sumar un criterio anotado líneas arriba: la existencia de criterios procedimentales formales necesarios, genera que la existencia de una norma determinada, acarree los espacios de tiempo necesarios para su vigencia efectiva en un ordenamiento jurídico.

Ahora bien, esto no implica dejar de lado la importancia del Poder Legislativo en su función básica de crear, modificar y derogar leyes, más anotemos que la acción legislativa, no necesariamente coincide con el carácter de urgencia que involucra la defensa de los derechos fundamentales.

230

Desde esta perspectiva, si toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido para que se esclarezcan las vulneraciones a sus derechos fundamentales, supuesto que se entiende como un propósito de protección judicial según prevé el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, entonces es de suyo razonable que las decisiones que adopten los jueces en procesos constitucionales, se guíen por un criterio de vigencia efectiva de los derechos fundamentales, y que así la defensa de estos derechos sea inmediata y no mediata.

Así, la Corte norteamericana plantea, en relación al caso que nos ocupa, si el Estado de Michigan puede continuar negándole a las señoras DeBoer y Rowse, la certidumbre y estabilidad que todas las madres desean para proteger a sus hijos, pues para ellas y para sus hijos los años de infancia pasarán muy pronto.

---

<sup>17</sup> Manuel ATIENZA. *Las Razones del Derecho*. Palestra Editores, Lima, 2004, p. 20.

### **3.6. Daño sustancial y continuo**

El acápite quinto de la sentencia en mayoría aborda la conclusión de que las prohibiciones al reconocimiento infligen un daño continuo y sustancial a las parejas del mismo sexo. Deniega, bajo este mismo argumento, que la autoridad de los Estados donde aun se prohíbe este tipo de unión matrimonial, se vea socavada, en cuanto en propiedad, es posición final del fallo que el asunto en cuestión se refiere a la defensa de un derecho fundamental.

Finaliza el voto de la mayoría recalcando que el matrimonio encarna los ideales de amor, fidelidad, dedicación, sacrificio y familia, convirtiéndose dos personas en algo más de lo que era. Arguye, del mismo modo, que decir que estos hombres y mujeres le faltan el respeto al matrimonio solicitando su unión, sería no comprenderles, pues su reclamo es porque se les respete y porque albergan la esperanza de no ser condenados a vivir en soledad.

Concluye el fallo señalando que la sentencia de la Corte de Apelaciones del Sexto Circuito debe ser revocada, criterio que se traduce en la aceptación legal y por ende constitucional del matrimonio entre las personas del mismo sexo en todos los Estados de la Unión Americana.

## **IV. El voto de la minoría: cuestionamientos de orden constitucional**

El voto de la minoría firmado por los jueces Roberts, Scalia, Thomas y Alito recoge argumentos de singular importancia.

Correspondería preguntarnos si una votación que queda finalmente cinco a cuatro le resta legitimidad a un fallo de la Corte Suprema de EE.UU., si atendemos a que su número de miembros es nueve. Si bien finalmente la posición de la mayoría triunfó por un solo voto, consideramos, como hemos acotado ya *supra*, que una votación ajustada no le resta legitimidad en absoluto al fallo, ni le resta eficacia, en cuanto un principio de democracia en toda votación judicial significa el estricto respeto del principio de la mayoría.

Así, una votación unánime expresa una posición de cohesión y más aún, le otorga fuerza formal y material a una decisión judicial. Una votación ajustada, implica fuerza formal, atendiendo al número de votos emitidos, y divide los argumentos materiales en dos campos: uno de mayor prevalencia, en cuanto implica el voto de una mayoría, y otro de menor prevalencia, en

cuanto expresa una posición minoritaria de la Corte. Y sin embargo, a pesar de su carácter minoritario, no debemos dejar de advertir que es importante el análisis de sus argumentos. Y en esta misma línea, el voto en minoría, en determinados casos, expresa incluso temas de reflexión que pueden ser recogidas en votos futuros.

El caso *Obergefell* quizá no siga esta tendencia acotada líneas arriba, en cuanto la mayoría otorga una posición tuitiva y la minoría una posición restrictiva. Es más posible que un fallo con mayoría en posición restrictiva, más adelante y en ejercicio de *overruling*, o implementación de nuevas reglas, convierta un voto en minoría tuitivo en un futuro voto en mayoría. Son reglas de la democracia y a ellas nos tenemos que atener.

#### **4.1. El rol no legislador de la Corte**

El voto del magistrado Roberts reconoce en los argumentos de los demandantes raíces de política social y consideraciones de justicia, pero enfatiza que la Corte no es un ente legislativo, y así afirma « *this Court is not a legislature* » para acotar que de acuerdo a la Constitución, los jueces tienen poder para decir lo que es la ley, pero no para afirmar lo que debería ser. A este efecto, señala que un Estado no puede cambiar su definición de la ley sobre el matrimonio por efecto de una sentencia.

232

De esa forma, es irracional cambiar una definición del matrimonio si la cultura de los pueblos ha desarrollado una posición específica sobre el matrimonio, y a esto se debe sumar que la Constitución no autoriza a impulsar una teoría sobre el matrimonio. Si eso es así, entonces ya no va más un gobierno de las leyes y se produce un distorsionado gobierno de las voluntades de los hombres.

Critica, de la misma forma, que la sola voluntad de cinco jueces, en referencia al voto de la mayoría, no puede cerrar el debate sobre esta materia e impulsar su propia visión del matrimonio como una materia de Derecho Constitucional, pues esto implica un cambio social dramático muy difícil de aceptar.

Señala que el voto de la mayoría es un acto de voluntad y de juzgamiento bajo la ley, al tiempo que el derecho que enuncia no tiene base alguna ni en las leyes ni en la Constitución, así como tampoco en los precedentes de

la Corte Suprema de EE.UU. Aduce, también, que puede ser tentador para los jueces confundir sus propias preferencias con los requerimientos de la ley, mas no debe olvidarse que las Cortes más bien deben preocuparse por la sabiduría de las políticas legislativas.

El voto del juez Roberts aduce, también, que para que la raza humana sobreviva, debe procrear y esta procreación solo tiene lugar entre varón y mujer.

No comparte, de igual forma, que se aborde que el tema que ocupa la sentencia tenga relación alguna con el debido proceso y encuentra esa posición indefendible como un tema de Derecho Constitucional.

Concluye el voto en disenso con una mención especial, la cual efectuamos en traducción libre: «Si Ud. está entre los muchos americanos (...) que se inclina por expandir la figura del matrimonio entre las personas del mismo sexo, celebre esa decisión hoy. Celebre esa consecución como un objetivo alcanzado. Celebre la oportunidad como una nueva expresión de compromiso con la pareja. Celebre la disponibilidad de nuevos beneficios. Pero no celebre la Constitución. No tiene nada que ver con ello».

#### **4.2. ¿Amenazas a la democracia americana?**

La posición del juez Scalia alude a la importancia del efecto regulador de nueve abogados que integran la Corte Suprema de EE.UU. en relación a 320 millones de americanos. Así destaca que cuando la Décimo Cuarta Enmienda fue ratificada en 1868, los Estados limitaron el matrimonio solo al varón y la mujer. El debate entonces se circunscribió a estos efectos reguladores y la unión entre las personas del mismo sexo ha sido objeto entonces de un debate en democracia.

Sin embargo, no obstante lo anotado, el debate se termina con este fallo en mayoría de la Corte Suprema en el caso Obergefell, desconociéndose así los efectos de un necesario debate en democracia, pues los jueces no pueden convertirse en un poder súper legislativo. Así, anota Scalia, un sistema de gobierno que hace que el pueblo se subordine a los propósitos o voluntades de nueve jueces no elegidos, no merece llamarse democracia.

De esta forma, fallos como el de la mayoría, constituyen una expresión de arrogancia que implica ausencia de representación, precisamente porque la opinión de la mayoría asume posiciones pretenciosas y contenidos

egoístas de profunda incoherencia. ¿Quién puede afirmar así entonces, enfatiza Scalia, que la intimidad y la espiritualidad, como se llamen, pueden constituir libertades?

Así, el mundo no espera lógica y precisión en la poesía o filosofía de la inspiración, sino requiere que cualquier contenido de las mismas se exprese en la ley. En ese sentido, fallos como el presente, en referencia al voto de la mayoría, restan reputación a la Corte y dejan de lado una forma clara de pensar y un análisis sobrio de las cuestiones.

#### **4.3. La distorsión de la Constitución**

En su voto en disenso el juez Thomas anota respecto al voto de la mayoría, la no comprensión de las libertades asumidas por la Constitución de 1787, y remarca que la distorsión de la Constitución asumida por el fallo ignora el texto de la ley e invierte gravemente la relación entre el ciudadano y el Estado.

234

Lo que ha hecho el voto de la mayoría, acota Thomas, es discurrir en extenso por el campo constitucional, pero guiado solamente por sus preferencias personales, así como por los «*derechos fundamentales*» que pretende enunciar. ¿El resultado? Se afecta la definición tradicional del matrimonio como hasta entonces ha sido conocida en las Enmiendas de la Constitución Americana.

De otro lado, aborda en su punto tercero este fallo, que en el voto en mayoría invierte el significado original de la libertad, y que ello ha de causar daños en el orden constitucional protector de libertades. Así, la mayoría desestima el proceso político como una forma de protección de la libertad, y amenaza el proceso político que protege las libertades. Por eso, las reflexiones de la mayoría son inexactas.

#### **4.4. La libertad y sus muchos significados**

El juez Alito considera que la libertad es un término de muchos significados pero que en modo alguno la Constitución explaya qué se debe entender por matrimonio entre las personas del mismo sexo. De ahí, que la interpretación de cinco jueces sobre lo que es el matrimonio no es una expresión de libertad sino la simple visión personal de los mismos sobre esta figura.

Anota que no versa esta cuestión del caso sobre el derecho a un igual tratamiento sino se trata de un particular enfoque y comprensión del matrimonio, dejando de lado lo que ha sido un criterio tradicional sobre esta institución, y ello se traduce en la diversidad de sexos, o heterosexualidad, que el matrimonio comprende y cuyo resultado más tangible es la procreación.

Considera, adicionalmente, que el matrimonio presenta etapas de desbalance. y de distinta comprensión. Pone el caso de que el 40% de niños nacidos en EE.UU. proviene de madres solteras y esto de por sí presenta una visión diferente del matrimonio, concepto que ya no puede asimilarse a los fundamentos de la mayoría para acoger el matrimonio.

Acota así que el matrimonio entre personas del mismo sexo aún exige un periodo de comprensión para ser asimilada como una institución tradicional. Bajo ese razonamiento, como aseveró Alito en su voto en el caso *Windsor*, los miembros de la Corte tienen la autoridad y responsabilidad de interpretar y aplicar la Constitución pero no de ir contra ella.

De la misma forma, considera que el voto de la mayoría constituye un acto de usurpación del derecho a decidir si se mantiene o altera la noción tradicional del matrimonio, al tiempo que va contra el sistema federal establecido por la misma Constitución, pues no se respeta a cabalidad el pensamiento de diversidad de creencias distintas, respecto a esta institución del matrimonio. Es más, se margina a muchos americanos por sus creencias en ideas tradicionales sobre el matrimonio.

## **V. Observaciones a los votos en minoría**

Hemos reseñado en una noción de traducción libre de diversos fundamentos de los votos en minoría, entre ellos el rol no legislador de la Corte, las amenazas a la democracia americana, las distorsiones de la Constitución, y la libertad y sus muchos significados.

En suma, podemos destacar el énfasis del voto en minoría respecto a que los jueces no tienen atribuciones del Poder Legislativo, así como que el fallo en mayoría es una visión particular de los jueces que suscriben dicho fallo.

Sobre el primer aspecto, efectivamente no constituyen los jueces un supra poder ni deben restar competencias del Poder Legislativo en su rol de elaboración de normas que reglen la vida en sociedad. Y sin embargo, ob-

servemos que los jueces poseen una capacidad de interpretación correctora extensiva, que no constituye sino determinar, regular y desarrollar aquellos contenidos que las leyes no señalan.

En efecto, una visión positivista de este problema, simplemente aludiría a que no existiendo regulación legal del problema que las señoras DeBoer y Rowse refieren, simplemente debe existir una respuesta denegatoria y confirmarse la sentencia desestimatoria de la Corte de Apelaciones.

Y sin embargo, la controversia que nos ocupa no es solo sobre las regulaciones positivas o negativas de los instrumentos normativos –sean leyes o la misma Constitución– sino sobre los principios que estas cuestiones involucran. Así, las señoras DeBoer y Rowse se circunscriben a solicitar, junto a otras peticiones, a no ser discriminadas por su simple orientación sexual y, sobre esa base, postulan un trato igual: se admita legalmente su unión.

De la misma forma y como respuesta al segundo punto, los fallos judiciales implican fundamentalmente razones jurídicas y argumentos que deben respetar la razonabilidad y proporcionalidad de los derechos. Siendo así, el ámbito de valores propios, o de enfoques propios de los jueces, se somete al espíritu de las leyes y la Constitución.

236

Imaginemos que hubiere triunfado en el caso Obergefell la posición denegatoria sobre las peticiones efectuadas. ¿Podría alegar el voto perdedor que la mayoría sigue patrones muy particulares de visión del problema? Creemos que no.

## **VI. A modo de conclusión**

Contrastar las dos posiciones en el caso Obergefell, decisión de la Corte Suprema de EE.UU., en relación al matrimonio entre personas del mismo sexo, autorizándolo en toda la Unión Americana, constituye un interesante ejercicio de verificación de argumentos de una y otra parte. Finalmente, es la fuerza de las razones el hilo conductor de la *ratio decidendi* en una decisión judicial.

Hemos abordado inicialmente la controversia generada respecto a los derechos de las enfermeras April DeBoer y Jane Rowse, a adoptar niños, petición que fue denegada por el Estado de Michigan, EE.UU., dada la orientación sexual diferente de las reclamantes.

A continuación, efectuamos un sumario enfoque del *certiorari* norteamericano, para luego desarrollar un examen en general tanto de los votos de la mayoría, decisión firmada por cinco jueces de la Corte Suprema, así como de los votos en disenso, cuatro en total. Y, aunque respecto de estos últimos, existen hasta cuatro votos particulares, advertimos que los mismos asumen una igual dirección de cuestionamiento del enfoque de la mayoría.

Ya hacia el final de nuestro estudio hemos delimitado nuestra posición coincidiendo con el voto en mayoría, habiendo partido nuestro enfoque del derecho de las enfermeras DeBoer y Rowse a contraer matrimonio, y a realizar su vida conforme a sus expectativas como personas en una sociedad, sin diferencias contrarias a los derechos fundamentales.

Creemos que la tarea material de admisión de esta figura –matrimonio entre personas del mismo sexo– por parte de la sociedad en su conjunto ha de ser aún muy compleja. Desde distintos argumentos, no se admitía este tipo de uniones en muchos Estados de EE.UU. Y, sin embargo, nos cuestionamos a lo largo de trabajo: ¿qué es lo normal? ¿Qué es lo no normal? O bien: ¿nuestros derechos en mayoría de heterosexuales nos permite imponer a determinadas minorías –digamos homosexuales– nuestra forma de pensar? ¿O es acaso que una nueva concepción de democracia significa que los derechos de las minorías deban ser respetados por las mayorías?

Las respuestas, como se podrá observar, son de muy compleja factura, mas es imperativo ir construyendo estándares que se vayan acercando más a los contenidos humanísticos de los derechos fundamentales.

Consideramos que la brega por los derechos de estas minorías aún demandará mucho de los Estados, y exigirá además un nuevo enfoque de los derechos en pugna. Se dice que las gotas de agua continuas pueden horadar piedras en miles, o acaso en decenas de miles de años. La defensa de los derechos fundamentales es igualmente una tarea de largo aliento, pues implica vencer formas tradicionales de concepción del mundo y de los derechos. Ello constituye una tarea insoslayable de la humanidad.



## La doctrina jurisprudencial vinculante y su desarrollo por el Tribunal Constitucional\*

 LUIS R. SÁENZ DÁVALOS\*\*

### Sumario

**I.** Introducción **II.** Significado y características de la doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante. algunos aspectos distintivos con el precedente constitucional vinculante. 2.1. El carácter genérico de la Doctrina Jurisprudencial. 2.2. La autonomía de la Doctrina Jurisprudencial frente al caso que la genera. 2.3. La extensión o elasticidad en la aplicación de la Doctrina Jurisprudencial. **III.** La doctrina constitucional vinculante y su regulación en el ordenamiento jurídico peruano. **IV.** La doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante y los aspectos derivados de su regulación. 4.1. La Doctrina Constitucional Vinculante solo la genera el Tribunal Constitucional. La llamada Doctrina Judicial. 4.2. El ámbito de vinculación de la Doctrina o Jurisprudencia abarca tanto al Tribunal Constitucional como al Poder Judicial en todas sus instancias y especialidades. Excepciones en el seguimiento de la Doctrina o Jurisprudencia por parte del Poder Judicial. 4.3. El carácter amplio o genérico de las interpretaciones realizadas por el Tribunal Constitucional. **V.** La doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante y los aspectos derivados de la practica jurisprudencial. 5.1. El establecimiento de la Doctrina o Jurisprudencia Constitucional Vinculante se evidencia tras la reiteración de varios casos. Excepciones a la regla. 5.2. La aprobación de la Doctrina o Jurisprudencia constitucional. Pleno o Sala. Sentencias o Autos. 5.3. La aplicación de la Doctrina o Jurisprudencia Constitucional en el tiempo. 5.4. ¿Supuestos para generar Doctrina Jurisprudencial Vinculante? **VI.** Algunas reflexiones sobre la doctrina o jurisprudencia judicial vinculante establecida por el poder judicial.

### Resumen

El autor nos explica el concepto y características de la denominada «doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante» no solo desde la perspectiva que ofrece su regulación mediante el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, sino desde la experiencia práctica delimitada a partir de los usos y costumbres asumidos por el Tribunal Constitucional peruano, haciendo hincapié en que se trata de una técnica jurisprudencial que, a pesar

\* Ponencia presentada al XI Congreso Nacional de Derecho Constitucional (Lima, 2017).

\*\* Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional en la Academia de la Magistratura. Asesor de Despacho en el Tribunal Constitucional. Secretario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

de haber sido poco estudiada, brinda interesantes hipótesis de reflexión y más de una interrogante sobre algunos de sus desarrollos o formas de aplicación.

## I. Introducción

El posicionamiento que ha venido adquiriendo el Tribunal Constitucional en su condición de Supremo Intérprete de la Constitución, ha dado lugar al desarrollo de técnicas de fortalecimiento de su propia jurisprudencia, que se han visto afianzadas conforme a las previsiones reconocidas en nuestro ordenamiento jurídico y, en particular, en el Código Procesal Constitucional. Tal situación se ha visto evidenciada no solo en el caso del precedente constitucional vinculante<sup>1</sup>, sino también, en el de la llamada doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante.

Sin embargo y a diferencia de lo que ha ocurrido con el precedente, cuyas pautas o reglas se han encontrado un poco mejor estructuradas, en el caso de la doctrina o jurisprudencia, las cosas pueden considerarse un poco distintas. En tanto los referentes normativos sobre la materia han resultado bastante genéricos en sus alcances, mucho de lo que se ha desarrollado, ha sido en lo esencial consecuencia de un conjunto de prácticas o usos comunes, que, por otra parte, no siempre han sido conocidos en cada uno de sus detalles<sup>2</sup>. De esta forma, si lo que se ha hecho hasta la fecha ha sido positivo o en cambio susceptible de crítica, es algo que merece ser examinado en detalle.

En este contexto, el objetivo central de este trabajo es hacer un recorrido de las principales características que ha venido asumiendo la doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante específicamente derivada de nuestro Tribunal Constitucional, y hacerlo no solo desde una perspectiva teórica sino y sobre todo, fundamentalmente práctica, para lo cual el manejo de casos nos resultara sin duda de mucha utilidad<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Cfr. Luis R. SÁENZ DÁVALOS, «El camino del precedente constitucional vinculante», en *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*, núm. 83, Lima, 2014, pp. 25 y ss.

<sup>2</sup> Ello por otra parte, explica el poco o casi inexistente interés que ha merecido esta técnica por parte de nuestros especialistas, a diferencia de lo que progresivamente ha venido aconteciendo con el precedente constitucional vinculante. Uno de los pocos estudios dedicado directamente y con seriedad al tema que aquí nos ocupa lo encontramos en: Yolanda Soledad TITO PUCA, «¿Qué es la doctrina jurisprudencial constitucional?» en *Gaceta Constitucional*, núm. 48, Lima, 2011, pp. 75 y ss.

<sup>3</sup> Las ejecutorias que se mencionan en el presente trabajo, se utilizan a modo de ejemplo en la idea de graficar los usos y prácticas que se han venido manejando en la construcción de

Propósito mucho más específico, aunque no por ello menos importante, es el trazar un breve paralelo con lo que en el ámbito judicial ordinario ha venido asumiéndose como una técnica sustancialmente homóloga, conocida también como jurisprudencia vinculante. Veremos qué tanto de semejanza o diferencia existe con la misma.

## **II. Significado y características de la doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante. Algunos aspectos distintivos con el precedente constitucional vinculante**

La idea de una jurisprudencia con carácter obligatorio no es, como se sabe, rigurosamente tributaria del *civil law*, sino más bien de aquellos modelos jurídicos donde el sistema de casos permite ir consolidando líneas de razonamiento en base a directrices jurisprudenciales que por supuesto se ven fortalecidas a la par que ratificadas con el paso del tiempo.

En este contexto y si nos atenemos a una práctica largamente verificada en nuestro mundo jurisprudencial, lo que conocemos como doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante está constituida por todo aquel conjunto de criterios o líneas de raciocinio establecidas con carácter obligatorio por parte del Tribunal Constitucional y cuyo reconocimiento generalmente –aunque no exclusivamente– suele evidenciarse tras su reiteración en un determinado número de casos.

241

De esta elemental definición puede apreciarse que la adopción de una técnica jurisprudencial como la que aquí se describe marcaría ciertas pautas diferenciadoras con otro tipo de herramientas jurídicas no menos conocidas en el ámbito casuístico. Es lo que ocurriría en particular, con el llamado precedente vinculante.

### **2.1. El carácter genérico de la doctrina jurisprudencial**

En efecto, a diferencia del precedente vinculante que suele ser asumido bajo la fórmula de una regla o conjunto de reglas nacidas en base a un caso

---

la doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante desde los años en que inicio sus labores nuestro Tribunal Constitucional (1996), debiéndose dejar constancia que en algunos casos muy específicos, los temperamentos o criterios de fondo asumidos a título de doctrina fueron dejados de lado con el paso del tiempo, siendo sustituidos en todo o en parte por nuevas tendencias también jurisprudenciales. En la mayoría de los casos, sin embargo, las posiciones doctrinales se mantienen hasta nuestros días.

determinado que le sirve de soporte a la par que de referente para cada ocasión en que el mismo tenga que ser aplicado, la doctrina o jurisprudencia no pretende la asunción de reglas en estricto sino de razonamientos o conceptos estructurados a partir de diversos casos que han tenido como elemento en común, el haber desarrollado específicos contenidos constitucionales, especialmente, los referidos a los derechos fundamentales<sup>4</sup>.

La determinación de lo que puede ser una regla desde el punto de vista de los usos y costumbres jurisprudenciales, por supuesto que puede estar sometida a discusión. En teoría, el precedente siempre las crearía mientras no sucedería lo mismo en el caso de la doctrina o jurisprudencia que más bien optaría por explicaciones o fórmulas mucho más abiertas. En la práctica, sin embargo, otra cosa es lo que a veces se percibe, pues mientras existen algunos casos de precedentes que de reglas tienen poco o nada, como sucedió en el Exp. N° 2877-2005-PHC/TC (Caso «Luis Sánchez Lagomarcino Ramírez»)<sup>5</sup>, también nos encontramos con casos de doctrina cuyo contenido apunta sin discusión alguna, hacia el establecimiento de reglas totalmente objetivas, como aconteció en el Exp. N° 0612-1998-AA/TC (Caso «Sindicato Pesquero del Perú»)<sup>6</sup>.

242

## 2.2. La autonomía de la doctrina jurisprudencial frente al caso que la genera.

Aspecto distintivo entre el precedente y la doctrina o jurisprudencia vinculante lo constituye sin duda el concerniente con las relaciones que ambas técnicas mantienen frente al caso que las ha generado y que en último término permite definir el grado de discrecionalidad con la que han de operar en su proceso aplicativo.

<sup>4</sup> Advierte Pedro GRÁNDEZ CASTRO que «La doctrina constitucional sentada por el Tribunal Constitucional a través de sus argumentaciones, en los distintos procesos constitucionales, constituyen un conglomerado disperso, pero que debe ser comprendido como un conjunto unitario de preceptos orientados a precisar o concretar las disposiciones constitucionales en su confrontación con los casos planteados ante la jurisdicción constitucional». Cfr. Su trabajo «Las peculiaridades del precedente constitucional» en Edgar CARPIO MARCOS y Pedro GRÁNDEZ CASTRO (Coords.), Estudios al precedente constitucional, Lima, Palestra, 2007, pp. 94-95.

<sup>5</sup> Cfr. Sentencia publicada el 11 de julio de 2006. Los fundamentos: décimo quinto, vigésimo segundo, vigésimo cuarto y vigésimo quinto, calificados por dicha ejecutoria como precedentes, difícilmente podrían ser considerados como auténticas reglas que traduzcan lo que representa dicha variable jurisprudencial.

<sup>6</sup> Cfr. Sentencia publicada el 14 de septiembre de 1999. Véase al respecto el fundamento octavo de dicha ejecutoria.

A este respecto se observa que mientras el precedente mantiene un nexo permanente con el caso que le sirve de fuente y precisamente por ello, se hace indispensable conocer las características del mismo a fin de determinar cuándo y cómo es que resulta realmente aplicable, en el escenario de la doctrina, la controversia o supuesto de hecho, no es necesariamente vital en una futura aplicación de la misma, sino los contenidos o desarrollos que finalmente hayan sido considerados como vinculantes. Son estos últimos los que definen la prevalencia o derrotero a seguir.

### **2.3. La extensión o elasticidad en la aplicación de la doctrina jurisprudencial**

Otro matiz diferencial entre ambas técnicas y que en cierta forma, es consecuencia de lo anteriormente señalado, tiene que ver con la extensión que opera en su proceso de aplicación y que marca pautas muy particulares en uno u otro contexto.

Mientras el precedente vinculante solo se aplica a casos iguales a aquel en el que nació o fue generado, la doctrina o jurisprudencia, puede ser invocada indistintamente a una diversidad de supuestos, siempre que sea necesario ratificar los conceptos o criterios previamente desarrollados<sup>7</sup>.

243

Puede decirse por lo mismo que el ámbito de aplicación sobre el que se despliega la doctrina es desde todo punto de vista mucho más extenso que el del precedente, aún cuando como veremos más adelante, aquella carezca de la potencia vinculante que por el contrario acompaña a este último.

El precedente, en otras palabras, podrá vincular de manera más fuerte y radical, pero la doctrina tendrá a su favor, la mayor discrecionalidad en el modo y forma de cómo se aplica.

### **III. La doctrina constitucional vinculante y su regulación en el ordenamiento jurídico peruano**

El tratamiento jurídico de la doctrina constitucional vinculante, lo tenemos actualmente contenido en dos disposiciones relativamente similares aunque pertenecientes a distintos cuerpos normativos.

---

<sup>7</sup> En este sentido la doctrina podrá ser aplicada a controversias totalmente distintas, siempre que dentro de las mismas sea planteado el tema constitucional que aquella nos haya expuesto.

La primera de las citadas previsiones se encuentra contemplada en el último párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional o Ley N° 28237, de acuerdo con el cual:

Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.

La segunda fuente normativa es, por otra parte, la prevista en la Primera Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N° 28301, cuyo texto prevé que:

Los jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de estos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad.

244

No se piense sin embargo, que lo que hoy en día entendemos por doctrina constitucional vinculante, es una técnica que nace con el más reciente esquema procesal. Ya anteriormente, se había ensayado un temperamento regulatorio similar, cuando en la Primera Disposición General de la antigua –actualmente derogada– Ley Orgánica del Tribunal Constitucional N° 26435 se había establecido textualmente que:

Los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.

Fácil es pues corroborar que no estamos hablando de una fórmula reciente, ya que no solo su regulación anterior así lo demuestra<sup>8</sup>, sino incluso y

---

<sup>8</sup> La existencia de una jurisprudencia constitucional entendida como obligatoria, se manejaba embrionariamente incluso desde la época de la antigua Ley de Hábeas Corpus y Amparo N° 23506 (art. 9°) y su ampliatoria, la Ley N° 25398 (art. 8°) a lo que habría que añadir, lo dispuesto en la Ley Orgánica del antiguo Tribunal de Garantías Constitucionales N° 23385 (art. 50°). Por esa época, sin embargo, no se hizo mayores precisiones en torno de si adoptaría el formato de doctrina o de verdaderos precedentes, ni mucho menos, se puntualizaría en sus características.

como lo veremos más adelante, su propio desarrollo jurisprudencial también lo ratifica a la par que evidencia que su utilización fue incluso muy anterior a la del precedente constitucional vinculante.

En definitiva, mayor práctica si se quiere, hemos tenido en el uso de la doctrina o jurisprudencia vinculante que en el uso de cualquier otra técnica jurisprudencial.

#### **IV. La doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante y los aspectos derivados de su regulación**

Si nos atenemos en estricto a lo que aparece de la regulación atinente a la doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante, son en esencia tres aspectos los que quedan claramente delimitados, el concerniente con la fuente orgánica de la cual se deriva, el relativo a los destinatarios de la vinculación y el referido a los alcances de la interpretación que ha de asumirse como obligatoria.

##### **4.1. La doctrina constitucional vinculante solo la genera el Tribunal Constitucional. La llamada doctrina judicial**

245

La condición que ostenta el Tribunal Constitución en el esquema de nuestro ordenamiento jurídico y que le reconoce su posición de órgano de control de la Constitución, conforme a lo señalado en el artículo 201° de la Constitución Política del Estado, y de Supremo Intérprete de la Constitución, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1° de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley N° 28301, lo convierte en un ente con capacidad absoluta para establecer jurisprudencia obligatoria o vinculante, sea que esta se exprese a través de doctrina, sea que se exprese a través de precedentes.

Contra lo que algunas posiciones doctrinales han argumentado en algún momento, en el sentido de que la Constitución no le ha reconocido al Tribunal Constitucional facultades para generar doctrina o precedentes, conviene enfatizar que tal aseveración además de inexacta denota una franca propensión al positivismo, pues no se necesita que una técnica jurisprudencial determinada tenga que ser perfilada expresamente por la norma fundamental para que cuente con cobertura o legitimidad constitucional. Son numerosas las construcciones que la jurisprudencia ha realizado (de manera similar a lo que ha ocurrido en el derecho comparado) que reflejan con toda nitidez la

plena capacidad innovadora que rodea a todo órgano supremo que defiende la Constitución. Las llamadas sentencias interpretativas, las mutaciones constitucionales, las interpretaciones excepcionales que validan opciones aparentemente negadas por la norma fundamental (amparo electoral, amparo contra decisiones del Consejo Nacional de la Magistratura, amparo contra resoluciones judiciales, amparo contra normas, entre otras) así lo evidencian a la par que demuestran con palpable exactitud que un Tribunal Constitucional no circunscribe sus labores a una mecánica lectura de las prescripciones constitucionales, sino que las optimiza en aras de fortalecer los roles que le han sido conferidos.

Que la Constitución no necesita afirmar literalmente la legitimidad de la doctrina o de los precedentes, lo refuerza por lo demás la previsión contenida en artículo 139 inciso 8) aplicable a toda autoridad que detente potestades jurisdiccionales y de acuerdo con la cual, los vacíos o deficiencias normativas no impiden o enervan la potestad de administrar Justicia, debiéndose optar en cualquiera de dichos escenarios por los principios generales del Derecho e incluso por el derecho consuetudinario.

246

Cabe puntualizar, por otra parte, que la capacidad que ostenta el Tribunal Constitucional para erigirse en creador de doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante, no excluye de forma alguna la existencia de técnicas similares de parte de otros órganos jurisdiccionales. Es lo que ocurre, de manera especial, con el Poder Judicial que en los últimos años ha venido generando un interesante aunque no muy sistematizado cuerpo tanto de doctrina como de precedentes judiciales vinculantes, cuyo referente normativo de base parece encontrarse en la disposición contenida en el artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>9</sup> y que como hemos puesto de manifiesto

---

<sup>9</sup> De acuerdo con la citada previsión, que por lo demás, lleva por rótulo «Carácter vinculante de la doctrina jurisprudencial:

Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial 'El Peruano' de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales.

Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan.

Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también

en otro momento, puede abarcar todas las áreas del ordenamiento jurídico, incluida por supuesto la constitucional.

Somos de la idea, en cualquier caso, que ambos órganos ostentan dicha capacidad creadora, siendo ello plenamente consustancial al estatus que les corresponde, más allá de los matices o diferencias naturales en el manejo de dichas variantes jurisprudenciales (una cosa es la doctrina constitucional vinculante y otra distinta, la doctrina judicial vinculante).

#### **4.2. El ámbito de vinculación de la doctrina o jurisprudencia abarca tanto al Tribunal Constitucional cuanto al Poder Judicial en todas sus instancias y especialidades. Excepciones en el seguimiento de la doctrina o jurisprudencia por parte del Poder Judicial**

El principio general con el que se concibe la existencia de una doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante abarca por supuesto al Tribunal Constitucional que es quien la crea para utilizarla en los casos de los que conoce, pero por sobre todo, abarca al Poder Judicial que es quien se encuentran sometido en este aspecto a lo establecido por el Supremo Intérprete de la Constitución<sup>10</sup>.

247

En efecto, de acuerdo con la previsión contenida en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional (tercer párrafo), son los jueces y Tribunales quienes se encuentran en la obligación de interpretar y aplicar cualquier disposición del ordenamiento jurídico según lo establecido en los preceptos y principios constitucionales, obligación que sin embargo, no solo abarca la literalidad de lo establecido por la Constitución, sino que a su vez impone el hacerlo en la forma o a la manera de como lo ha venido haciendo el Tribunal Constitucional. Por lo demás y conforme lo

---

en el Diario Oficial 'El Peruano', en cuyo caso debe hacer mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan».

<sup>10</sup> Se ha sostenido y no sin razón que «La Constitución ha establecido en el artículo 201 que el Tribunal Constitucional se constituye en el 'órgano de control de la Constitución', lo que denota claramente la opción del Poder Constituyente a favor de que este Tribunal se constituya en el órgano supremo de la constitucionalidad pues para controlar las disposiciones constitucionales se hace necesaria la actividad interpretativa del Tribunal Constitucional, la que predomina, conforme se desprende del referido artículo 201, respecto de todos aquellos también intérpretes de la Constitución, incluido obviamente el Poder Judicial». Cfr. Javier ADRIÁN CORIPUNA, «La jurisprudencia vinculante de los altos Tribunales como límite al principio de independencia judicial», en Edgar CARPIO MARCOS y Pedro GRÁNDEZ CASTRO (coords.), *Estudios al precedente constitucional, op. cit.*, p. 124.

deja mucho más esclarecido, la Primera Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, dicho mandato de interpretación a la luz de la Constitución y de la jurisprudencia emitida por el Supremo Colegiado no se refiere únicamente a los jueces y tribunales que conozcan o resuelvan procesos constitucionales, sino a todos los que forman parte de la estructura orgánica del Poder Judicial, independientemente de su especialidad o jerarquía. Todos los jueces, en suma, están vinculados por lo que a nivel de doctrina o jurisprudencia establezca en último término el Tribunal Constitucional.

Por supuesto, una enunciación de este tipo podría hacer pensar que el Poder Judicial se encuentra totalmente subordinado a lo que el Tribunal Constitucional pueda llegar a entender por la Constitución y por cada uno de sus contenidos, restándole de alguna forma libertad de criterio y por sobre todo, autonomía jurisdiccional. Sin embargo, tal impresión, entendemos que resulta errónea y hay que matizarla.

Como lo hemos puesto de manifiesto en una anterior oportunidad<sup>11</sup>, la idea de establecer obligaciones de vinculación frente a lo que pueda representar la posición asumida por el Tribunal Constitucional no excluye en absoluto la posibilidad de que el Poder Judicial, bajo determinados supuestos, pueda optar por caminos alternos o francamente distintos a lo que pueda representar la hoja de ruta del Tribunal Constitucional<sup>12</sup>.

248

Por lo menos hasta en tres escenarios diferentes, es perfectamente posible que observemos un Poder Judicial que marca distancia del Tribunal Constitucional:

1) Cuando la interpretación que pueda realizarse sobre determinada materia constitucional, no haya sido objeto de desarrollo o pronunciamiento alguno por parte del Tribunal Constitucional. Lo que de hecho puede suceder en un innumerable repertorio de casos donde el Supremo Intérprete de la Constitución, pese a ostentar dicha condición, haya optado por guardar silencio o franco desinterés sobre aspectos en estricto constitucionales.

<sup>11</sup> Cfr. Luis R. SÁENZ DÁVALOS, «El camino del precedente constitucional vinculante», en *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*, núm. 83, Lima, 2014, pp. 41-42.

<sup>12</sup> Algunos doctrinarios aceptan pacíficamente la posibilidad de que el Poder Judicial pueda apartarse de la doctrina vinculante establecida por el Tribunal Constitucional, siempre que se apele a una intensa argumentación en el cambio de criterio. Cfr. César LANDA ARROYO, «Los precedentes constitucionales» en Susana CASTAÑEDA OTSU (dir.), *Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*, Lima, Grijley, 2010, p. 105.

No debe olvidarse al respecto que conforme a nuestro ordenamiento jurídico, existe por lo menos un proceso constitucional que es conocido a exclusiva por el Poder Judicial, como ocurre con la acción popular y varios procesos constitucionales donde a pesar de compartirse roles con el Tribunal Constitucional, como ocurre con el hábeas corpus, el hábeas data, el amparo y el cumplimiento<sup>13</sup>, bien puede generarse doctrina a partir de las atribuciones que en su momento puedan llegar a ostentarse.

2) Cuando la materia sobre la que exista interpretación por parte del Tribunal Constitucional colisione o desconozca frontalmente interpretaciones obligatorias asumidas por tribunales u organismos internacionales de protección de los derechos humanos, supuesto en el cual los jueces o Tribunales del Poder Judicial gozaran de una vinculación mucho más fuerte respecto de lo desarrollado por los Tribunales u organismos pertenecientes al sistema de justicia internacional.

Cabe puntualizar que una concepción como la que aquí se describe, no solo viene reforzada por el hecho de que nuestra propia norma fundamental se adscriba a un modelo en el que la última palabra en materia de protección a los derechos, la tenga el fuero supranacional, sino a la circunstancia por demás significativa, que conforme al artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, «El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte».

En otras palabras, el proceso de interpretación constitucional y en particular, el que involucra generación de doctrina o jurisprudencia vinculante, ostenta como fuente de raciocinio definitivo, ya no simplemente lo que digan los tratados e instrumentos internacionales relativos a derechos humanos, sino el propio desarrollo que en nombre de estos últimos, hayan realizado los Tribunales u Organismos supranacionales.

<sup>13</sup> Existen temas que no obstante su indudable relevancia constitucional, es bastante remoto que puedan ser analizados en detalle por el Tribunal Constitucional, como ocurre por ejemplo con el concerniente a las medidas cautelares, cuyo trámite y resolución prácticamente, es visto solo por el Poder Judicial. Un escenario distinto, pero que también abriría la puerta en la posibilidad de generar doctrina, es el que podría presentarse en los contextos en que el proceso constitucional, por efectos de su resultado estimatorio, solo pueda ser visto por el Poder Judicial.

3) Cuando la interpretación del Tribunal Constitucional resulte mucho más restrictiva en materia de derechos que la interpretación asumida por el Poder Judicial, escenario en el cual será perfectamente viable una eventual desvinculación de lo establecido por el Supremo Intérprete de la Constitución, no porque se desconozca los criterios que éste ha venido desarrollando, sino por sujeción al principio de mayor favorabilidad o protección en materia de derechos.

De lo que se trata en este tercer supuesto es pues de potenciar de manera bastante clara aquella doctrina jurisprudencial que, con independencia de quien la haya emitido resulte mucho más consecuente con los fines constitucionales, postura que incluso ha sido expresamente reconocida por nuestro propio Tribunal Constitucional, como se desprende del fundamento décimo sexto de la sentencia recaída en el Expediente N° 4853-2004-PA/TC (Caso «Dirección Regional de Pesquería de la Libertad»)<sup>14</sup>.

#### **4.3. El carácter amplio o genérico de las interpretaciones realizadas por el Tribunal Constitucional**

250

Aunque el mensaje que se infiere tanto de lo dispuesto por el Código Procesal Constitucional como de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional es que las interpretaciones que ha de realizarse del ordenamiento jurídico por parte de los jueces y tribunales del Poder Judicial deben ir de la mano (salvo excepciones que ya se ha precisado) con las interpretaciones de la Constitución que venga realizando el Tribunal Constitucional, no se precisa en ningún momento, por lo menos en relación con lo que pueda hacer el Supremo Colegiado, las variantes que puedan asumir dichas interpretaciones ni tampoco los alcances que aquellas puedan suponer.

Desde una perspectiva como la descrita, queda claro que el proceso interpretativo que pueda realizar o poner en práctica el Tribunal Constitucional se ejerce de una manera bastante amplia o genérica. Sus interpretaciones, para decirlo de otro modo, podrían ser de todo tipo (históricas, gramaticales, teleológicas, mutativas, etc.) o adoptar las variantes que se considere pertinente utilizar (ordinarias, manipulativas, etc.) teniendo como único límite los marcos o restricciones que la Constitución pueda llegar a establecer.

---

<sup>14</sup> Cfr. Sentencia publicada el 22 de mayo de 2007.

En el ámbito jurisprudencial y ante el silencio de la normativa procesal, nuestro Tribunal Constitucional, intentó describir hace unos años, algunas de las variantes interpretativas pasibles de asumirse, llegando a puntualizarse (entendemos que enunciativamente) en hasta tres posibilidades muy concretas<sup>15</sup>. De acuerdo con las mismas, serían formas de interpretación, constitutivas de doctrina o jurisprudencia constitucional:

1) Aquellas interpretaciones que de la Constitución ha realizado el Tribunal Constitucional tras conocer de los diversos procesos de defensa de la Constitución, sea que estos tengan por objeto tutelar su parte dogmática (procesos constitucionales de habeas corpus, amparo, habeas data y cumplimiento) sea que tengan por finalidad proteger su parte orgánica (procesos constitucionales de acción popular, de inconstitucionalidad de las leyes y competencial).

El universo de opciones interpretativas resulta aquí bastante amplio, pues abarcaría no solo las interpretaciones a los derechos sino a prácticamente la totalidad de contenidos constitucionales, meritables a la luz de cada controversia que conozca el Tribunal Constitucional.

251

2) Las interpretaciones constitucionales de la ley, desarrolladas en el contexto de la labor de control de la constitucionalidad.

El Tribunal Constitucional, contra lo que muchos erráticamente suelen sostener, es intérprete de la totalidad del ordenamiento jurídico, cuando le toca desentrañar el mensaje de cada variante normativa en el contexto de la Constitución. De esta forma no es extraño sino perfectamente legítimo que, constantemente nos ofrezca interpretaciones de la ley (y en general de cualquier norma) perfiladas o desarrolladas en clave constitucional.

3) Las proscripciones interpretativas o anulaciones de determinados sentidos interpretativos de la ley.

---

<sup>15</sup> Cfr. al respecto la ya mencionada ejecutoria recaída en el Exp. N° 4853-2004-PA/TC, especialmente su fundamento 15. Un análisis de estos aspectos y de las problemáticas que podrían presentar a los efectos de su eventual cuestionamiento constitucional lo hemos intentado en Luis R. SÁENZ DÁVALOS, «El amparo contra amparo en el Perú. Estado actual de la cuestión a la luz de los precedentes existentes (Exp. N° 4853-2004-PA/TC y N° 3908-2007-PA/TC)», en Susana CASTAÑEDA OTSU (directora), *Comentarios a los precedentes vinculantes...*, op. cit., pp. 378-382. Tambié incorporado a Oscar PEÑA GONZALES (coord.), *Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*, Lima, APECC, 2012, pp. 76-81.

El hecho de que el Tribunal Constitucional contextualice la ley a partir del mensaje contenido en la Constitución y que eventualmente repare en interpretaciones erráticas o que colisionen con la norma fundamental, le permite excluir del universo de opciones interpretativas, determinadas maneras de conceptuar o identificar a una norma o contenido normativo. Dicha tarea de depuración, es pues también generadora de doctrina o jurisprudencia obligatoria para los jueces y tribunales del país.

## **V. La doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante y los aspectos derivados de la practica jurisprudencial**

La generalidad con la que de alguna forma ha sido concebido el tratamiento de la doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante, ha dado lugar, a diferencia de lo ocurrido con el precedente constitucional, a que la mayor parte de los criterios que la han venido sustentando, sea consecuencia directa de la práctica jurisprudencial.

Aunque el establecimiento de tales criterios o líneas de raciocinio empezó a ser asumido por el Tribunal Constitucional, prácticamente desde el momento que se iniciaron sus funciones hacía el año 1996, el mismo se ha venido consolidando con el paso de los años.

252

Naturalmente y como lo veremos inmediatamente, lo dicho no significa tampoco que no existan aspectos de suyo opinables en los que se observa temperamentos no muy uniformes en materia de doctrina o jurisprudencia, sin embargo y en líneas generales, se puede apreciar que las tendencias reflejan una cierta mayor voluntad de cohesión en las prácticas asumidas y que esto es cada vez más progresivo.

De una exploración realizada sobre la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional, pueden considerarse los siguientes criterios:

### **5.1. El establecimiento de la doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante se evidencia tras la reiteración de varios casos. Excepciones a la regla**

Al no existir una norma que imperativamente establezca la obligación de precisar de forma expresa la eventual generación de doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante a partir de un determinado momento, la práctica ha ido aceptando, mayoritariamente, que aquella sería individuali-

zable en los supuestos en los que los criterios desarrollados vía una sentencia, se vean posteriormente ratificados en ulteriores casos y que dicha ratificación opere de manera uniforme.

Aunque ciertamente el Tribunal conoce de todo tipo de casos, no puede decirse que las sentencias expedidas en relación a todos ellos sean doctrina o jurisprudencia vinculante. Para que esto suceda, es menester que lo que desde una perspectiva teórica fue explicitado de cierta forma, termine siendo reivindicado en posteriores casos<sup>16</sup>.

No dice la casuística a que número de sentencias nos estaríamos refiriendo para afirmar con convicción que estamos ante doctrina o jurisprudencia vinculante, sin embargo se asume que se trataría de una pluralidad, con lo cual, en el más restringido de los casos, estaríamos hablando de dos sentencias (la que establece el criterio, y la que lo ratifica o reproduce).

Uno de los primeros ejemplos de este modo de proceder lo tenemos en las ejecutorias recaídas en el Exp. N° 0646-1996-AA/TC (Caso «Fábrica de Hilados y Tejidos Santa Clara S.A.»)<sup>17</sup> y en el Exp. N° 0680-1996-AA/TC (Caso «Consorcio Textil del Pacífico S.A.»)<sup>18</sup> mediante las cuales se estableció ciertos criterios en materia de caducidad y vía previa, así como se tomó posición en relación a la inconstitucionalidad del llamado impuesto mínimo a la renta, temperamentos que *a posteriori* originarían jurisprudencia uniforme y reiterada, como lo demuestra, entre otras, la sentencia recaída en el Exp. N° 0485-1996-AA/TC (Caso «Consorcio Textil del Pacífico S.A.») en cuya fundamentación se hace expresa alusión de una «...jurisprudencia de carácter obligatorio...»<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> Se ha dicho por ello que «La idea de jurisprudencia constitucional vinculante, no hace alusión a una norma de efecto vinculante general capaz de incorporarse al ordenamiento jurídico como consecuencia de la realización de un acto jurídico específico, a saber, el dictado de una sentencia por parte del TC, sino a una repetición de criterios normativos contenidos en sus sentencias, y que por transmitir el claro parecer del supremo intérprete de la Constitución sobre un concreto asunto de relevancia constitucional, debe ser observado por todos los jueces y Tribunales de la República», Cfr. Roger RODRÍGUEZ SANTANDER, «El precedente constitucional en el Perú: entre el poder de la historia y la razón de los derechos», en Edgar CARPIO MARCOS y Pedro GRÁNDEZ CASTRO (coords.), *Estudios al precedente constitucional, op. cit.*, p. 59.

<sup>17</sup> Cfr. Sentencia publicada el 23 de enero de 1997.

<sup>18</sup> Cfr. *Idem*.

<sup>19</sup> Cfr. Sentencia publicada el 23 de julio de 1997.

Similar temperamento lo podemos también verificar en la sentencia emitida en el Exp. N° 0020-1995-AA/TC (Caso «Jorge Vargas Díaz»)<sup>20</sup> en la que a efectos de delimitar la procedencia o no del amparo contra resoluciones judiciales se identifico el llamado procedimiento regular como aquel en el que se respeta el contenido esencial del derecho al debido proceso, criterio que volvería a repetirse e incluso ampliarse en el fundamento noveno de la ejecutoria recaída en el Exp. N° 0611-1997-AA/TC (Caso « Marina Ojeda Vda. De Cáceres y otros») a título de «...*principio jurisprudencial de obligatorio cumplimiento...*»<sup>21</sup>.

La línea de continuidad en el raciocinio utilizado la tenemos también evidenciada si cotejamos la ejecutoria recaída en el Exp. N° 1211-1999-AA/TC (Caso « Luis Alberto Alvarez Aguirre»)<sup>22</sup> en la que se establece como presupuesto de limitación de un derecho fundamental el carácter general de la fuente normativa a utilizar, y la comparamos con la sentencia expedida en el Exp. N° 0057-1998-AA/TC (Caso «Editora Sport S.A.»)<sup>23</sup> en cuyo fundamento quinto se reivindica los considerandos noveno y décimo de su predecesora.

254

Alusiones constantes a jurisprudencia consolidada que marca una pauta en determinado sentido, se aprecia por otro lado en diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, incluso en aquellos considerados como particularmente relevantes. Es lo que sucede con las ejecutorias emitidas en los Expedientes N° 0664-1996-HC/TC (Caso «Abel Campos Vásquez»)<sup>24</sup>, N° 0570-1996-HC/TC (Caso «Oscar Laura Maquera»)<sup>25</sup>, N° 0794-1996-AA/TC (Caso «Gustavo Merardo Gutierrez Pizarro»)<sup>26</sup>, N° 0940-1998-HC/TC (Caso «Luis Enrique Guillen Bendezú»)<sup>27</sup>, N° 0934-1998-AA/TC (Caso «Valdemar Demetrio Cabanillas Quispe»)<sup>28</sup> y N° 108-1996-AA/TC (Caso «Ricardo Letts Colmenares»)<sup>29</sup> en las que el Tribunal Constitucional se avoca al conocimiento del tema de fondo no obstante existir rechazo liminar de la

<sup>20</sup> Cfr. Sentencia publicada el 04 de septiembre de 1997.

<sup>21</sup> Cfr. Sentencia publicada el 20 de octubre de 1997.

<sup>22</sup> Cfr. Sentencia publicada el 18 de mayo de 2000.

<sup>23</sup> Cfr. Sentencia publicada el 04 de julio de 2000.

<sup>24</sup> Cfr. Sentencia publicada el 22 de septiembre de 1998.

<sup>25</sup> Cfr. Sentencia publicada el 28 de septiembre 1998.

<sup>26</sup> Cfr. Sentencia publicada el 02 de diciembre de 1998.

<sup>27</sup> Cfr. Sentencia publicada el 14 de agosto de 1999.

<sup>28</sup> Cfr. *Idem*.

<sup>29</sup> Cfr. *Idem*.

demanda y que a modo de práctica reiterada es asumida en el fundamento quinto de la sentencia recaída en el Exp. N° 1277-1999-AC/TC (Caso «Ana Elena Townsend Diez Canseco y Otros») como parte integrante de «...nuestra propia jurisprudencia...»<sup>30</sup>.

Criterios de obligatorio cumplimiento los encontramos también expuestos en las sentencias derivadas de procesos de control normativo. Un ejemplo de las mismas lo tenemos en la decisión emitida en el Exp. N° 0008-2003-AI/TC (Caso «Roberto Nesta Brero»)<sup>31</sup> que explicita diversos aspectos de nuestra llamada Constitución económica y que serían recogidos en posteriores pronunciamientos como sucedió, por ejemplo, en la ejecutoria recaída en el Exp. N° 3315-2004-AA/TC (Caso «Agua Pura Rovic S.A.C.») cuyos fundamentos quinto y siguientes expusieron en detalle y a título de «doctrina» los contenidos que involucra la llamada protección del consumidor<sup>32</sup>.

Otra de las sentencias generadora de jurisprudencia vinculante fue en su momento la emitida en el Exp. N° 4107-2004-HC/TC (Caso «Leonel Richi Villar de la Cruz»)<sup>33</sup> mediante la cual se sentarían importantes criterios de excepción a la regla de la firmeza en materia de hábeas corpus contra resoluciones judiciales establecida en el artículo 4° del Código Procesal Constitucional y que a su turno daría lugar a diversas ejecutorias en las que se ratificaría similar línea de razonamiento, como sucedió en el fundamento segundo de la sentencia expedida en el Exp. N° 3300-2012-PHC/TC (Caso «Félix Omar Hinostroza Pereyra»)<sup>34</sup> o antes incluso y para el caso del amparo contra resoluciones judiciales, mediante la sentencia emitida en el Exp. N° 0911-2007-PA/TC (Caso «Telefónica del Perú S.A.A.») y los importantes criterios desarrollados de sus fundamentos decimo quinto a vigésimo segundo<sup>35</sup>.

También se han dado casos en los que la doctrina constitucional ha sido mucho más innovadora, como suele suceder en las ocasiones en que se reconoce nuevos derechos fundamentales. Un ejemplo típico de ello lo tenemos en la ejecutoria recaída en el Exp. N° 6546-2006-PA/TC (Caso «César Augusto Zúñiga López»)<sup>36</sup> en la que se reconoció el derecho funda-

<sup>30</sup> Cfr. Sentencia publicada el 30 de octubre de 2000.

<sup>31</sup> Cfr. Sentencia publicada el 2 de noviembre de 2003.

<sup>32</sup> Cfr. Sentencia publicada el 16 de junio de 2005.

<sup>33</sup> Cfr. Sentencia publicada el 25 de mayo de 2005.

<sup>34</sup> Cfr. Sentencia publicada el 10 de octubre de 2013.

<sup>35</sup> Cfr. Sentencia publicada el 07 de noviembre de 2007.

<sup>36</sup> Cfr. Sentencia publicada el 21 de diciembre de 2007.

mental al agua potable y se delimitó los alcances de su contenido esencial, lo que posteriormente se vería ratificado en la fundamentación de sentencias como la recaída en el Exp. N° 6534-2006-PA/TC (Caso «Santos Eresmin-da Távara Ceferino»)<sup>37</sup> y N° 3668-2009-PA/TC (Caso «Hermelinda García Salgado»)<sup>38</sup>.

Los pronunciamientos que aquí se cita son por supuesto meramente indicativos y solo cubren un pequeño ámbito del universo de sentencias que a lo largo de todos estos años han venido generando doctrina vinculante.

Ahora bien, el hecho de que la regla en materia de doctrina o jurisprudencia vinculante esté arraigada sobre una práctica que se materializa en la existencia de reiteraciones en los criterios establecidos, no significa tampoco que no se hayan dado excepciones. De hecho, estas si existen aunque es bueno también precisar que las mismas se han presentado asumiendo variados matices.

En efecto, la casuística del Tribunal Constitucional registra una serie de casos en los que la aparición de doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante es producto de un solo caso con el que se pretende en adelante marcar una determinada ruta conceptual o transformar la que hasta ese momento existía. Sin embargo y cuando esta situación se ha presentado, las variantes o estilos han tenido en común el hecho de que el Tribunal ha proclamado su voluntad de sentar criterios obligatorios, dejando expresa constancia de ello dentro de una línea más o menos similar a la acontecida con el precedente constitucional (que por mandato del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional obliga a dar cuenta de la creación de dicha figura).

Una de las primeras ocasiones en las que opta por esta fórmula la tenemos en la ejecutoria emitida en el Exp. N° 0942-1996-HC/TC (Caso «Pedro Terrones Casas») en cuyo considerando sexto se proclama la necesidad de dejar «...establecido como principio a observar en lo sucesivo...» que la tramitación o resolución de un proceso constitucional seguido contra un órgano judicial por parte de otro de similar o menor jerarquía no puede ser interpretada como una desnaturalización al orden establecido al interior del

---

<sup>37</sup> Cfr. Sentencia publicada el 22 de febrero de 2008.

<sup>38</sup> Cfr. Sentencia publicada el 20 de septiembre de 2010.

Poder Judicial, habida cuenta que de por medio se encuentra comprometido el respeto por los derechos fundamentales<sup>39</sup>.

Similar temperamento sería utilizado por el mismo Tribunal para resolver otras controversias tal y como aconteció con la sentencia emitida en el Exp. N° 0953-1997-AA/TC (Caso «Nery Ventura Quiroz») en cuyo fundamento noveno se dejó establecido «...como principio a observar en lo sucesivo por este Colegiado y los órganos de la jurisdicción común» que la detención preventiva a la que se refiere el artículo 2 inciso 24-f de la Constitución no significa ni debe interpretarse como que existan otras justificaciones para detener una persona fuera de las hipótesis del mandato judicial o el flagrante delito a las que se refiere dicha norma, siendo estas últimas la regla general a respetarse en cualquier caso<sup>40</sup>.

Tratamiento mucho más frontal y que incluso se apoya en la remisión a una fuente normativa directa lo tenemos evidenciado en la ejecutoria recaída en el Exp. N° 0109-1998-HC/TC (Caso «Dante Damas Espinoza») cuyo fundamento cuarto establece «...como doctrina jurisprudencial que deberá observarse por los jueces y magistrados del Poder Judicial, según se está a lo dispuesto por la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley N° 26435...» que la posibilidad de que los jueces constitucionales puedan en última instancia anular un proceso judicial ordinario como consecuencia de haberse vulnerado el contenido esencial del debido proceso, constituye la última ratio a la que cabe apelar y por lo mismo se encuentra sujeta a la prohibición de que el proceso constitucional realice un pronunciamiento sobre el fondo de la materia ordinaria controvertida y de evitar convertir al amparo en una supra instancia casatoria que permita la prolongación del debate judicial ordinario<sup>41</sup>.

Alusión expresa a la necesidad de crear una doctrina que sirva para futuros casos, la encontramos también en el octavo fundamento de la sentencia emitida en el Exp. N° 0612-1998-AA/TC (Caso «Sindicato Pesquero del Perú S.A.») en la que tras conocerse por vez primera de un proceso de amparo contra amparo, el Tribunal estimara que en atención a la relevancia que ostenta la cosa juzgada en materia constitucional «...es menester explicitar las pautas bajo las cuales este Supremo Intérprete de la Constitución

<sup>39</sup> Cfr. Sentencia publicada el 20 de agosto de 1997.

<sup>40</sup> Cfr. Sentencia publicada el 17 de septiembre de 1998.

<sup>41</sup> Cfr. Sentencia publicada el 29 de septiembre de 1998.

entiende admitir su procedencia», con lo cual se definirán una serie de reglas que habrán de utilizarse para futuros casos de este tipo<sup>42</sup>.

Otro caso especialmente simbólico por el estilo utilizado, lo tenemos graficado en la ejecutoria expedida en el Exp. N° 0189-1999-AA/TC (Caso «Pesquera Rodga S.A.»), que en su momento se constituyó en el primer intento por delimitar jurisprudencialmente los alcances del llamado amparo arbitral. Diría el Tribunal en el fundamento segundo de su sentencia que al no existir a nivel de las instancias judiciales una idea suficientemente precisa respecto de la procedencia o no del proceso constitucional contra resoluciones derivadas del fuero arbitral «se hace necesario (...) un análisis detallado de tal posibilidad con el objeto de que pueda proyectarse una interpretación que sirva como precedente de observancia obligatoria para posteriores casos, ya sea tanto a nivel de la justicia constitucional ordinaria como de la justicia constitucional especializada»<sup>43</sup>.

Un proceder relativamente parecido se asumiría a su vez en la sentencia emitida en el Exp. N° 2366-2003-AA/TC (Caso «Juan Genaro Espino Espino») cuyo fundamento sexto establecería específicos criterios en materia de control constitucional sobre las decisiones electorales, bajo la lógica de asumirse los mismos como «pautas de observancia obligatoria» a tomarse en cuenta para futuros casos<sup>44</sup>.

258

Mediante los fundamentos cuadragésimo primero, cuadragésimo segundo y cuadragésimo tercero de la ejecutoria recaída en el Exp. N° 2915-2004-HC/TC (Caso «Federico Tiberio Berrocal Prudencio») se establecerían indiscutibles criterios «...de observancia obligatoria...» por parte de los jueces penales a los efectos de delimitar el plazo razonable en las detenciones preventivas como un contenido implícito del derecho a la libertad individual. Los mismos incluso y además de sustentarse en razón «...de lo dispuesto por la Primera Disposición General de la Ley N° 26435 (Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)» se verían reforzados al optarse por incorporarlos expresamente al segundo extremo de la parte resolutive<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> Cfr. Sentencia publicada el 14 de septiembre de 1999.

<sup>43</sup> Cfr. Sentencia publicada el 16 de febrero de 2000. Interesante por otra parte, es observar en esta ejecutoria que ya se hablaba para entonces de precedente de obligatoria observancia en una época en que dicha técnica aún no era incorporada a nuestro sistema procesal constitucional.

<sup>44</sup> Cfr. Sentencia publicada el 07 de abril de 2004.

<sup>45</sup> Cfr. Sentencia publicada el 25 de noviembre de 2004.

Sentencia emblemática emitida encontrándose ya vigente el Código Procesal Constitucional y en cuyo texto se efectuaran importantes reflexiones concernientes a los derechos fundamentales en el caso de las personas jurídicas al igual que en relación a la procedencia del amparo arbitral sería la recaída en el Exp. N° 4972-2006-PA/TC (Caso «Corporación Meier S.A.C. y Persolar S.A.C.»). De acuerdo con lo sostenido en el fundamento vigésimotercero de la misma, «...los criterios desarrollados por la presente sentencia (especialmente los que figuran en los fundamentos 13 a 14 y 17 a 20) se sustentan en la jurisprudencia precedentemente establecida por este mismo Tribunal, constituyendo de conformidad con el Artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, parte de su doctrina constitucional vinculante, a tomarse en cuenta por todos los jueces y tribunales de la República, debiendo en todo caso, y sin perjuicio de lo resuelto, incorporarse expresamente a su parte resolutive»<sup>46</sup>.

Particular interés suscita la ejecutoria emitida en el Exp. N° 5527-2008-PHC/TC (Caso «Nidia Yesenia Baca Barturen») cuyo fundamento vigésimosegundo establece como regla general, esto es, por encima del caso específico de la demandante, la prohibición de tipificar a la maternidad como causal de infracción o falta en el ámbito educativo, enfatizando que cualquier norma con ese contenido o característica necesariamente deberá ser inaplicada por los jueces conforme a la facultad conferida por el artículo 138 de la Constitución, y asumida como contraria a los derechos fundamentales a la educación, la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad, criterios que incluso serán incorporados también al cuarto extremo de la respectiva parte resolutive por referencia a lo que venía sucediendo en las Escuelas de Formación de la Policía Nacional del Perú, las que en adelante se encuentran prohibidas de separar alumnas y/o cadetes por su estado de embarazo<sup>47</sup>.

Caso especialmente atípico por la forma en que resulta aprobado, pero que a pesar de todo marca una pauta doctrinal interesante, lo tenemos en la resolución recaída en el Exp. N° 0168-2007-Q/TC (Caso «Banco Continental») que establece una serie de criterios que permiten validar el acceso directo al Tribunal Constitucional vía recurso de agravio Constitucional en los casos de incumplimiento o desnaturalización de las sentencias emitidas

<sup>46</sup> Cfr. Sentencia publicada el 18 de octubre de 2007.

<sup>47</sup> Cfr. Sentencia publicada el 13 de febrero de 2009.

por dicho Colegiado y que a tenor de lo señalado en el fundamento noveno de dicho pronunciamiento «...constituyen jurisprudencia vinculante, conforme al artículo VI del Título Preliminar del CPConst.»<sup>48</sup> Este mismo raciocinio, por lo demás, pero aplicado para el caso de las sentencias constitucionales del Poder Judicial que hayan sido incumplidas o desnaturalizadas, también se reproducirá en la resolución emitida en el Exp. N° 0201-2007-Q/TC (Caso «Asociación Pro Vivienda Vecinos de la Urbanización Neptuno»)<sup>49</sup>.

Sentencia que se ubica dentro de aquellas que generan doctrina detallada y cuyo tenor evidentemente aspira a una inobjetable observancia por parte de los operadores jurídicos es la recaída en el Exp. N° 4878-2008-PA/TC (Caso «Viuda de Mariategui e hijos S.A.») cuyos fundamentos décimo octavo a vigésimoquinto y vigésimosexto a quincuagésimo octavo, respectivamente, establecen diversos criterios en relación a la procedibilidad de la solicitud de represión de actos homogéneos y a la determinación de lo que constituye un acto lesivo homogéneo<sup>50</sup>, los mismos que incluso y poco tiempo después serían validados en buena medida y a título «doctrina jurisprudencial sobre el artículo 60 del Código (...) de conformidad con lo previsto en el artículo VI» del Título Preliminar del citado cuerpo normativo, en el fundamento primero y siguientes de la ejecutoria emitida en el Exp. N° 5287-2008-PA/TC (Caso «Mario Lovón Ruiz-Caro»)<sup>51</sup>, aprobada por el Pleno del Tribunal Constitucional.

260

En una línea bastante similar a la anteriormente descrita, encontramos también a la ejecutoria emitida en el Exp. N° 0607-2009-PA/TC (Caso «Flavio Roberto Jhon Lojas») cuyos fundamentos décimo octavo a sexagésimo tercero efectúan un riguroso desarrollo del régimen jurídico correspondiente a la denominada actuación inmediata de sentencia reconocida en el artículo 22 del Código Procesal Constitucional, disponiéndose por otra parte y conforme a lo señalado en el apartado tercero de la parte resolutive de la sentencia, notificar «...a la Presidencia de cada Distrito Judicial del país, a efectos de que se tomen en cuenta los criterios expuestos en la presente sentencia en la aplicación de la figura de la actuación inmediata...»<sup>52</sup>.

<sup>48</sup> Cfr. Resolución publicada el 27 de noviembre de 2007.

<sup>49</sup> Cfr. Resolución publicada el 04 de diciembre de 2008.

<sup>50</sup> Cfr. Sentencia publicada el 23 de marzo de 2009.

<sup>51</sup> Cfr. Sentencia publicada el 28 de septiembre de 2009.

<sup>52</sup> Cfr. Sentencia publicada el 18 de marzo de 2010.

Ejecutoria que se adscribe a una práctica bastante más explícita al momento de reconocer doctrina o jurisprudencia constitucional, es sin duda la recaída en el Exp. N° 0252-2009-PA/TC (Caso «Máximo Valeriano Llanos Ochoa») cuyo contenido desarrolla la interpretación que debe darse al artículo 44° del Código Procesal Constitucional. En este sentido y de acuerdo con el fundamento vigésimo primero, se deja en claro que al haberse «...desarrollado nuevos criterios en materia de prescripción en el caso del amparo contra resoluciones judiciales, este Colegiado en aplicación del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, considera pertinente reconocerlos como parte de su doctrina constitucional vinculante y por tanto obligatorios para todos los jueces y tribunales del país, debiéndose incorporar como tales a la parte resolutive de la presente sentencia» lo que en efecto se hace, al establecerse en el segundo extremo resolutive «...que los fundamentos 8 a 17 de la presente sentencia constituyen doctrina constitucional vinculante obligatoria para todos los jueces y tribunales del país»<sup>53</sup>.

Estilo más o menos similar al anterior lo encontramos en la sentencia emitida en el Exp. N° 0004-2009-PA/TC (Caso «Roberto Allcca Atachahua») que innova algunas de las reglas procesales que se había diseñado en el anteriormente mencionado Exp. N° 0168-2007-Q/TC y que cambia la denominación del recurso de agravio para supuestos de incumplimiento o desnaturalización de sentencias del Tribunal Constitucional, por el de recurso de apelación por salto. El tercer extremo resolutive de la presente ejecutoria, establecerá que se procede de dicha forma «De conformidad con el tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del CPConst.»<sup>54</sup>.

Otra de las sentencias que procura efectuar un desarrollo interpretativo alrededor de lo que significa un específico derecho fundamental, la tenemos en el Exp. N° 1133-2012-PHD/TC (Caso «Jesús Gonzalo Barboza Cruz»), que explicita los presupuestos para el ejercicio del derecho de acceso a la información pública a la par que establece eventuales excepciones a los mismos. Conforme lo señalado en el extremo segundo de la parte resolutive «De conformidad con la previsión contenida en el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional los jueces y tribunales del país deberán interpretar el derecho de acceso a la información

<sup>53</sup> Cfr. Sentencia publicada el 27 de julio de 2010.

<sup>54</sup> Cfr. Sentencia publicada el 15 de noviembre de 2010.

pública y sus presupuestos de acuerdo con lo dispuesto en la presente sentencia»<sup>55</sup>.

Adscrita al grupo de ejecutorias que incorpora nuevas figuras procesales, encontramos también a la sentencia recaída en el Exp. N° 5496-2011-PA/TC (Caso «Agustín Llantoy Palomino») que añade al repertorio de recursos atípicos de acceso al Tribunal Constitucional, al recurso de agravio verificador de la homogeneidad del acto lesivo tal y cual lo precisa el cuarto extremo de su parte resolutive al «Establecer como doctrina constitucional vinculante lo establecido en los fundamentos 9 y 10 de la presente sentencia, de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional»<sup>56</sup>.

Sentencia que originaría una gran controversia doctrinal y que sería expedida en un escenario de división de posturas entre los propios Magistrados del Tribunal Constitucional, sería la emitida en el Exp. N° 0139-2013-PA/TC (Caso «P.E.M.M.») en la que se intentó dar una respuesta a las demandas constitucionales a través de las cuales se solicitaba el cambio de identidad sexual. De acuerdo con lo decidido en el extremo segundo de la respectiva parte resolutive «(...) la presente sentencia constituye doctrina constitucional vinculante obligatoria para todos los jueces y tribunales del país, de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional»<sup>57</sup>.

262

Ejecutoria bastante importante y que pertenece al tramo temporal del actual Tribunal Constitucional, es la recaída en el Exp. N° 0295-2012-PHC/TC (Caso «Aristóteles Román Arce Paucar») en cuyos fundamentos sexto, séptimo, noveno, décimo, undécimo y duodécimo se desarrollan importantes criterios en relación al plazo razonable en la duración de los procesos penales, los mismos que conforme a lo señalado en el cuarto extremo de la parte resolutive se constituyen «...a partir de la fecha...» como «...doctrina jurisprudencial vinculante para todos los jueces y tribunales del país, de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, debiendo aplicarse inclusive a los procesos judiciales en trámite»<sup>58</sup>.

<sup>55</sup> Cfr. Sentencia publicada el 11 de septiembre de 2012.

<sup>56</sup> Cfr. Sentencia publicada el 13 de junio de 2013.

<sup>57</sup> Cfr. Sentencia publicada el 05 de mayo de 2014.

<sup>58</sup> Cfr. Sentencia publicada el 03 de junio de 2015.

No tan pacífica por razones que más adelante explicaremos, pero también constitutiva de doctrina es la ejecutoria emitida en el Exp. N° 2114-2014-PA/TC (Caso «Inocente Puluche Cárdenas») en la que se incorporan criterios en relación con los intereses capitalizables para deudas generadas en materia pensionaria. De acuerdo con lo precisado en el segundo extremo resolutivo se declara que «(...) a partir de la fecha, los fundamentos 20 y 30 de la presente resolución constituyen doctrina jurisprudencial vinculante para todos los jueces y tribunales del país, de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, debiendo aplicarse inclusive a los procesos judiciales en trámite o en etapa de ejecución, en los que se encuentre por definir la forma de cálculo de los intereses legales en materia pensionaria»<sup>59</sup>.

En una línea muy similar a la anterior nos encontramos con la resolución expedida en el Exp. N° 1761-2014-PA/TC (Caso «Noemi Irene Zanca Huayhuacuri») en la que se instituye como regla para la procedencia de los procesos constitucionales contra resoluciones judiciales la exigencia de un nuevo requisito, consistente en la copia de la resolución o resoluciones judiciales objeto de cuestionamiento. Tal temperamento queda definido en el extremo tercero de la parte resolutive en la que se declara «(...) que a partir de la fecha (...) el fundamento 6 de la presente resolución constituye doctrina jurisprudencial vinculante para todos los jueces y tribunales del país, de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, debiendo aplicarse inclusive a los procesos judiciales en los que se encuentre por definir el cumplimiento de los presupuestos procesales para admitir a trámite la demanda»<sup>60</sup>.

Especial comentario nos merece la ejecutoria recaída en el Exp. N° 6681-2013-PA/TC (Caso «Richard Nilton Cruz Llanos») <sup>61</sup> pues aunque no se nos presenta exactamente como un caso de doctrina constitucional expresa, puede decirse de alguna manera que lo es implícitamente, por los alcances que posee, ya que de sus fundamentos segundo a décimotercero, se aprecian diversos criterios tendientes a morigerar la aplicación que venía dándose al precedente constitucional vinculante establecido hace algún tiempo atrás

<sup>59</sup> Cfr. Resolución publicada el 07 de julio de 2015.

<sup>60</sup> Cfr. Resolución publicada el 07 de septiembre de 2015.

<sup>61</sup> Cfr. Sentencia publicada el 20 de julio de 2016.

mediante la sentencia recaída en el Exp. N° 5057-2013-PA/TC (Caso «Rosalía Beatriz Huatuco Huatuco»)<sup>62</sup>.

Sentencia que también puede ser destacada, es la recaída en el Exp. N° 1423-2013-PA/TC (Caso «Andrea Celeste Álvarez Villanueva») que aunque desarrolla criterios similares a los establecidos en sentencia emitida en el Exp. N° 5527-2008-PHC/TC, esta vez los aplica para el caso de las alumnas y/o cadetes que sean objeto de separación por razones de embarazo de las escuelas de formación pertenecientes a las Fuerzas Armadas. De conformidad con ello y de acuerdo a lo establecido en el punto resolutivo tercero, se ordena «...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»<sup>63</sup>.

Otra de las ejecutorias, sin duda importante, será expedida en el Exp. N° 6040-2015-PA/TC (Caso «Rodolfo Enrique Romero Saldarriaga») mediante la cual y por decisión mayoritaria, se establecerán nuevos criterios, esta vez definitivamente abiertos, en relación a las demandas judiciales mediante las cuales se solicite el cambio de identidad sexual, tal y cual aparece en los fundamentos primero a decimoctavo, consecuencia de lo cual, y conforme a lo señalado en el punto resolutivo segundo se dispone «Dejar sin efecto la doctrina jurisprudencial establecida en la Sentencia 0139-2013-PA/TC»<sup>64</sup>.

De este recuento, que tampoco es completo, se puede pues apreciar que los estilos han sido diferenciados al momento de generar doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante. Estos, como se reitera, han respondido a dos variantes. Aunque mayoritariamente se ha generado doctrina tras la reiteración de posturas en varios casos, en otras ocasiones (que no son pocas) se ha creado la misma a partir de un solo caso que, matices más o matices menos en la forma en que ha sido analizado, ha dado por resultado su inevitable reconocimiento.

---

<sup>62</sup> Cfr. Sentencia publicada el 01 de junio de 2015.

<sup>63</sup> Cfr. Sentencia publicada el 08 de septiembre de 2016.

<sup>64</sup> Cfr. Sentencia publicada el 08 de noviembre de 2016.

**5.2. La aprobación de la doctrina o jurisprudencia constitucional. Pleno o Sala. Sentencias o autos**

Un detalle formal que no deja de ser particularmente relevante tiene que ver con la forma como se aprueba la doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante por parte del Tribunal Constitucional.

En apariencia y por tratarse de criterios o líneas de discernimiento que habrán de marcar un derrotero obligatorio en el obrar de jueces y tribunales, la doctrina o jurisprudencia vinculante debiera en principio ser aprobada por decisión consensuada (siete votos conformes) o cuando menos mayoritaria (cuatro de siete), sin embargo otra cosa es lo que a veces parece haberse apreciado en la práctica.

En efecto, aunque en las ocasiones en las que ha sido el Pleno del Tribunal el que ha decidido la adopción de doctrina vinculante, la misma ha sido aprobada por la totalidad o la mayoría de sus magistrados; también se han dado casos en los que a partir del esquema funcional mediante Salas, una buena cantidad de pronunciamientos generadores de doctrina, lo fueron solo por tres de sus integrantes, lo que en nuestro concepto y a la luz de lo que representa el *quorum* total del Colegiado, pudo no ser tal vez lo más idóneo.

265

Por supuesto, no es que el funcionamiento del Tribunal mediante salas, pueda calificarse como cuestionable en relación a otro tipo de decisiones, sin embargo creemos que la adopción de acuerdos de relevancia como aquellos que involucran generación de doctrina, debieran haber merecido otro tipo de trámite. Ello hubiera despejado, por lo menos en sus orígenes, cualquier atisbo de duda sobre la legitimidad o no de determinadas posturas.

Conviene recordar al respecto que a lo largo de la historia jurisprudencial de nuestro Colegiado, fueron diversas las decisiones que se adoptaron por el Pleno, mientras que otras tantas lo fueron por acuerdo de Sala.

Dentro de aquellas decisiones constitutivas de doctrina que se aprobaron por la totalidad o la mayoría de los magistrados del Tribunal tenemos por ejemplo a las recaídas en los Expedientes N° 0646-1996-AA/TC (siete magistrados), N° 0942-1996-HC/TC (cuatro magistrados), N° 0020-1995-AA/TC (cuatro magistrados), N° 0953-1997-HC/TC (cuatro magistrados), N° 0109-1998-HC/TC (cuatro magistrados), N° 0612-1998-AA (cuatro

magistrados), N° 0189-1999-AA/TC (cuatro magistrados), N° 1211-1999-AA/TC (cuatro magistrados)<sup>65</sup>, N° 0008-2003-AI/TC (siete magistrados), N° 2915-2004-HC/TC (cinco magistrados), N° 0911-2007-PA/TC (seis magistrados), N° 5287-2008-PA/TC (siete magistrados), N° 0252-2009-PA/TC (siete magistrados), N° 0004-2009-AA/TC (siete magistrados), N° 5496-2011-PA/TC (seis magistrados), N° 0139-2013-PA/TC (cuatro magistrados), N° 0295-2012-PHC/TC (siete magistrados), N° 2214-2014-PA/TC (seis magistrados), N° 1761-2014-PA/TC (seis magistrados), N° 6681-2013-PA/TC (cuatro magistrados), N° 1423-2013-PA/TC (seis magistrados) y N° 6040-2015-PA/TC (cuatro magistrados).

Tenemos en cambio dentro de aquellas decisiones que establecieron doctrina vinculante, a nivel de Sala a las recaídas en los Expedientes N° 2366-2003-PA/TC (tres magistrados), N° 4107-2004-HC/TC (tres magistrados), N° 4972-2006-PA/TC (tres magistrados), N° 0168-2007-Q/TC (tres magistrados), N° 6546-2006-PA/TC (tres magistrados), N° 0201-2007-Q/TC (tres magistrados), N° 5527-2008-PHC/TC, N° 4878-2008-PA/TC (tres magistrados), N° 0607-2009-PA/TC (tres magistrados) y N° 1133-2012-PHD/TC (tres magistrados). En este último caso, por cierto, tampoco estamos diciendo que estas ejecutorias hayan quedado perennemente condenadas a solo contar con el apoyo de una minoría, pues lo real es que a la larga la mayoría de ellas fueron a su vez validadas por algunos o la totalidad de magistrados constitucionales a la luz de posteriores casos.

266

Otro de los aspectos que tiene que ver con el procedimiento de aprobación de doctrina vinculante y que no deja de ser particularmente curioso, se refiere al tipo de resolución utilizada por el Colegiado al momento de formalizarla.

Al respecto y aunque puede decirse que la casi totalidad de ejecutorias que dieron nacimiento a la doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante fueron en rigor sentencias, esto es, pronunciamientos que de una forma o de otra se pronunciaron sobre el fondo de la controversia, existen sin

---

<sup>65</sup> Pertinente es puntualizar que las sentencias recaídas en los Expedientes N° 0942-1996-HC/TC, N° 0020-1995-AA/TC; N° 0953-1997-HC/TC, N° 0109-1998-HC/TC, N° 0612-1998-AA, N° 0189-1999-AA/TC, N° 1211-1999-AA/TC, entre otras, fueron emitidas en la época en que el Tribunal Constitucional solo contaba con cuatro de sus magistrados constitucionales, al haberse destituido a tres de ellos de manera irregular por motivos de sobra conocidos. Con todo, y desde el punto de vista rigurosamente formal, fueron decisiones de Pleno.

embargo, algunos casos, en los que la aprobación de la doctrina fue validada por vía de un auto, lo que podría estar sujeto a discusión, habida cuenta de la naturaleza incidental de los mismos.

Ejemplos de este proceder los tenemos en los casos de las decisiones recaídas en los Expedientes N° 0168-2007-Q/TC y N° 0201-2007-Q/TC provenientes de antiguas conformaciones que tuvo el Tribunal Constitucional. Pero también los encontramos en la actual conformación, como se deduce de las resoluciones recaídas en los Expedientes N° 2214-2014-PA/TC y N° 1761-2014-PA/TC, que adoptaron la forma de un auto.

Si esto es procesalmente correcto o no habrá que merituarlo en otro momento. En nuestro concepto y por la trascendencia de la decisión adoptada la doctrina debe nacer fundamentalmente de sentencias, salvo que la naturaleza del caso justificara un tratamiento de suyo especial.

### **5.3. La aplicación de la doctrina o jurisprudencia constitucional en el tiempo**

Asunto que sí resulta especialmente sensible y sobre el que parece no haberse efectuado mayores reflexiones tiene que ver con los efectos en el tiempo que pueda atribuirse a la doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante.

Con ocasión de un estudio anterior dedicado al tratamiento del precedente constitucional vinculante, ya advertíamos acerca de las consecuencias que pueden generarse cuando una determinada posición es asumida con carácter obligatorio y tales efectos se irradian sobre todo tipo de situaciones, particularmente sobre los procesos judiciales en trámite<sup>66</sup>.

No vamos a reproducir aquí lo que dijimos en su momento. Bastará con señalar que, para quien quiera que conozca realmente la Constitución, es totalmente inobjetable que una de las reglas básicas del debido proceso es el procedimiento preestablecido por la ley (artículo 139° inciso 3), que obliga a título de derecho del justiciable y de principio de la función jurisdiccional, a que «Ninguna persona pueda (...) ser sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos», esto es, a que las reglas de juego conforme

<sup>66</sup> Cfr. Luis R. SÁENZ DÁVALOS, «El camino del precedente constitucional vinculante», *op. cit.*, pp. 32-35.

a las cuales inicia su participación en un proceso determinado no puedan ser desvirtuadas o desnaturalizadas a mitad de camino, so pena de desvirtuar o volver añicos diversos principios esenciales, entre ellos, por supuesto, la seguridad jurídica.

Está claro que con la doctrina al igual que con el precedente, pueden innovarse las condiciones y dicha innovación puede ser capaz de incidir en todas las direcciones temporales, sin embargo, una cosa es cambiar para bien, esto es, en sentido favorable, y otra totalmente distinta cambiar para mal, creando condiciones inevitablemente desfavorables.

Cuando la doctrina constitucional obliga a los jueces y tribunales a aplicar en adelante determinados criterios, no tiene ello nada de cuestionable si el cambio, cualquiera que sea su sentido, empieza a regir con las nuevas situaciones y los procesos recién generados a la luz de las mismas. La dificultad sobreviene cuando se ordena que dicho cambio proceda hacia atrás incidiendo incluso sobre los procesos en trámite.

268

Una aplicación hacia atrás o retroactiva que favorezca no tendría que generar mayor debate, cuando la propia Constitución lo permite. El problema es distinto cuando tal tipo de aplicación, lejos de favorecer, termina perjudicando. Que se sepa, ni el legislador ordinario tiene capacidad para generar normas con efecto retroactivo salvo que aquellas beneficien. No entendemos cómo así lo podría hacer el Tribunal Constitucional, cuando este último, al igual que cualquier otro órgano constitucional, se encuentra igual de sometido a la Constitución y su esquema de prohibiciones.

Si ya es discutible que se pueda proceder de dicha forma con los precedentes vinculantes, más cuestionable aún es hacerlo con la doctrina cuando esta por lo menos en puridad, se encuentra constituida por criterios interpretativos que de una manera o de otra direccionan el sentido con el que debemos entender el ordenamiento jurídico.

Desde nuestro punto de vista hay un problema en el uso de la doctrina constitucional vinculante cuando de sus efectos normativos se trata. Existen ejecutorias que disponen aplicar lo desarrollado incluso a los procesos en trámite, sin reparar en el sentido favorable o desfavorable de tales directrices interpretativas.

Ejemplos de sentencias que han creado doctrina constitucional y que de manera implícita o explícita han incidido sobre procesos en trámite con efecto notoriamente favorable, se han dado en diversas épocas. Dentro de aquellas y sin afán exhaustivo podemos mencionar las siguientes:

La ejecutoria recaída en el Exp. N° 0646-1996-AA/TC, que permitió que en todos los procesos constitucionales en los que invocara las excepciones de caducidad y falta de agotamiento de la vía previa, se procediera a la desestimatoria de estas, acorde con los nuevos criterios que dicha ejecutoria establecía sobre dicha materia.

La Sentencia emitida en el Exp. N° 0612-1998-AA/TC, que posibilitó que las demandas de amparo contra amparo existentes hasta el momento de la emisión de dicho pronunciamiento se sujetaran a las reglas de procedencia por entonces establecidas.

La ejecutoria recaída en el Exp. N° 0189-1999-AA/TC, que permitió que las demandas de amparo arbitral, por lo general desestimadas, se sometieran a las reglas de procedencia que a partir de dicho momento se reconocían.

La sentencia recaída en el Exp. N° 2366-2003-AA/TC, que habilitó la procedencia de demandas de amparo electoral dentro de los criterios que a partir de dicho momento se reconocían.

La ejecutoria emitida en el Exp. N° 2915-2004-HC/TC, que incorporó nuevos criterios en materia de plazo razonable en la detención preventiva a ser aplicados dentro de los procesos penales.

La sentencia expedida en el Exp. N° 4107-2004-HC/TC, que reconoció diversas excepciones a la regla de firmeza contemplada en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional para los casos de habeas corpus contra resoluciones judiciales.

La ejecutoria recaída en el Exp. N° 5527-2008-PHC/TC, que impuso la necesidad de ejercer el control difuso frente a todas aquellas normas que sancionen el embarazo como infracción o falta disciplinaria dentro de los centros de educación policial.

La Sentencia recaída en el Exp. N° 0607-2009-PA/TC, que estableció una serie de obligaciones para los magistrados en los casos en que conozcan de solicitudes de actuación inmediata de sentencia.

La ejecutoria emitida en el Exp. N° 0252-2009-PA/TC, que estableció un tratamiento mucho más amplio o flexible en el régimen de prescripción dentro de los procesos de amparo contra resoluciones judiciales.

La sentencia expedida en el Exp. N° 0004-2009-PA/TC, que habilitó el recurso de apelación por salto en los casos de incumplimiento o desnaturalización de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional.

La ejecutoria recaída en el Exp. N° 5496-2011-PA/TC, que habilitó el recurso de agravio verificador de la homogeneidad del acto lesivo.

La sentencia recaída en el Exp. N° 0295-2012-PHC/TC, que establece nuevas reglas en materia de plazo razonable en la duración de los procesos penales.

La ejecutoria emitida en el Exp. N° 1423-2013-PA/TC, que estableció la obligación de ejercer el control difuso frente a todas aquellas normas que sancionen el embarazo como infracción o falta disciplinaria dentro de los centros de educación militar.

270

Al contrario de ello, ejecutorias que han incorporado doctrina jurisprudencial obligatoria aplicable a los procesos en trámite y cuyo contenido puede considerarse como evidentemente desfavorable, existen bastante pocas. Entre ellas podemos citar dos ejemplos relativamente recientes:

La sentencia recaída en el Exp. N° 2214-2014-PA/TC, que estableció la prohibición de capitalizar intereses legales en materia pensionaria, no obstante existir jurisprudencia que permitía una opción distinta de suyo mucho más favorable.

La ejecutoria emitida en el Exp. N° 1761-2014-PA/TC, que incorporó un nuevo requisito de procedibilidad en los casos de procesos constitucionales contra resoluciones judiciales, no obstante existir un régimen legal y jurisprudencial anterior que no establecía la exigencia de acompañar a las demandas respectivas la copia de la resolución objeto de cuestionamiento.

Con independencia de compartir o no los criterios que estas decisiones presuponen, es un hecho que al establecer condiciones menos beneficiosas que aquellas que venían dándose con anterioridad, no deberían haber sido aplicados sino a los procesos que pudieran tramitarse recién tras la puesta en vigencia de la citada doctrina. El haber aplicado dichos criterios restrictivos a procesos que nacieron en el contexto de otras reglas jurisprudenciales e incluso legales, colisiona desde nuestra óptica con el derecho al procedimiento preestablecido por la ley.

Tal vez una lección de cómo corregir un criterio de este tipo, nos la pueda graficar lo acontecido con la ejecutoria recaída en el Exp. N° 2663-2009-PHC/TC (Caso «Edwin Walter Martínez Moreno») que, como es bien sabido, creó el recurso de agravio especial a favor del orden constitucional, en la lógica de permitir que las sentencias constitucionales estimatorias (favorables a la parte quejosa) que tuviesen alguna relación con investigaciones derivadas del delito de tráfico ilícito de drogas, pudiesen ser revisadas por el Tribunal Constitucional<sup>67</sup>.

Cuando esta sentencia fue emitida muchos se preguntaron si el Procurador Público que era a quien correspondía promover el citado medio impugnatorio, podía interponerlo contra todas las sentencias estimatorias que se le ocurriera, independientemente de la época o periodo en que estas hubiesen sido expedidas, con evidente perjuicio de todo aquel que en su momento hubiese podido obtener sentencia constitucional en su favor.

La respuesta primigenia a dicha interrogante curiosamente la encontramos explicitada en el tercer extremo resolutivo de la sentencia recaída en el Exp. N° 02748-2010-PHC/TC (Caso «Alexander Mosquera Izquierdo»), emitida prácticamente de modo paralelo a la anterior y en la que a título de «doctrina jurisprudencial (...) que debe ser observada, respetada y aplicada de manera inmediata por todos los jueces de la República, conforme al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional», se dijo que la Procuraduría se encontraba habilitada, independientemente del plazo, para promover recursos de este tipo<sup>68</sup>.

<sup>67</sup> Cfr. Sentencia publicada el 17 de agosto de 2010.

<sup>68</sup> *Idem*.

Una postura como la descrita en esta segunda ejecutoria, evidentemente y sin duda alguna, hubiese resultado francamente abusiva, pues hubiese permitido no solo inundar al Tribunal Constitucional con impugnatorios de este tipo, sino que virtualmente hubiese justificado exhumar sentencias constitucionales de fechas absolutamente pretéritas, so pretexto de una supuesta defensa del orden constitucional.

El mismo Tribunal Constitucional, percatándose del indudable desacierto que tal posición encerraba, tuvo que verse forzado a corregir prácticamente de inmediato dicho temperamento mediante la sentencia emitida en el Exp. N° 03245-2010-PHC/TC (Caso «Jesús Belisario Esteves Ostolaza y otro») cuyo fundamento quinto dejó claramente establecido que si bien «...en la sentencia recaída en el Exp. N° 02748-2010-PHC/TC este Tribunal Constitucional estableció que los procuradores pueden interponer el recurso de agravio constitucional contra la sentencia estimatoria de segunda instancia en cualquier plazo (...) ello fue establecido en virtud de posibilitar la revisión por parte de este Tribunal Constitucional de aquellas sentencias que indebidamente fueron declaradas fundadas contra procesos judiciales o investigaciones preliminares en materia de tráfico ilícito de drogas. Sin embargo, esta regla no puede permanecer sine die, sin el peligro de atentar seriamente contra la seguridad jurídica. Es así que, habiendo transcurrido un plazo prudencial desde la publicación de la referida sentencia este Tribunal Constitucional advierte que desde la fecha de publicación de la presente sentencia el plazo para la interposición del recurso de agravio es el previsto en el artículo 18° del CPConst.»<sup>69</sup>.

272

Aplicar criterios nuevos de inmediato o sobre los procesos en trámite cuando se sabe que los mismos podrían generar consecuencias evidentemente negativas o francamente perniciosas, no es pues un asunto baladí o intrascendente, sino algo que impone obligada merituación dentro del propio marco constitucional.

#### 5.4. ¿Supuestos para generar doctrina jurisprudencial vinculante?

No es en vano que colocamos la interrogante, pues estamos convencidos que a diferencia de lo que ocurre con el precedente constitucional, con la doctrina o jurisprudencia constitucional vinculante, es virtualmente imposible establecer un catálogo de supuestos tendiente a delimitar su procedencia.

<sup>69</sup> Cfr. Sentencia publicada el 14 de octubre de 2010.

En la medida en que la formación de criterios o líneas de raciocinio se sustenta en la tarea interpretativa que permanentemente ejerce el Tribunal Constitucional tras conocer de los diversos procesos de defensa de la Constitución y esta última es prácticamente ilimitada en relación con las materias sobre las que puede llegar a versar (todo el ordenamiento jurídico se interpreta de conformidad con la Constitución), las posibilidades de sentar doctrina o jurisprudencia se encuentran abiertas a todos los escenarios posibles.

Quiere esto decir que el Supremo Intérprete de la Constitución podrá crear doctrina o jurisprudencia en cada ocasión en que estime conveniente realizar explicaciones sobre cualquier aspecto constitucional, sea que este se encuentre directamente reconocido en la norma fundamental, sea que se encuentre basado en cualquier otra norma del ordenamiento emitida conforme con aquella.

De esta forma, estaremos ante supuestos que legitimarán el nacimiento de la doctrina constitucional no solo en los tradicionales casos que por lo general justifican el nacimiento de un precedente constitucional (contradicciones jurisprudenciales, interpretaciones erróneas, vacíos legislativos, interpretaciones alternas, conductas inconstitucionales con efectos generales, cambio de orientaciones jurisprudenciales), sino en contextos mucho más variables o abiertos, con la única diferencia que mientras el precedente creara reglas con contenido normativo, la doctrina principalmente incidirá en criterios o líneas de raciocinio.

## **VI. Algunas reflexiones sobre la doctrina o jurisprudencia judicial vinculante establecida por el Poder Judicial**

Este último apartado, en realidad bastante breve, pretende precisar si la doctrina o jurisprudencia vinculante emitida por el Poder Judicial tiene los mismos alcances que la doctrina o jurisprudencia derivada del Tribunal Constitucional.

Aunque el tratamiento jurídico de la doctrina derivada del Poder Judicial, tiene por base lo dispuesto en el artículo 22º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuyo título se denomina «Carácter vinculante de la doctrina jurisprudencial» y cuyo primer párrafo nos precisa que «Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial 'El Peruano' de las Ejecutorias que fijan princi-

pios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales»; el problema viene luego, cuando los párrafos posteriores de la misma disposición consideran que «Estos principios deben ser invocados por los magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan», agregando asimismo que «Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el Diario Oficial 'El Peruano', en cuyo caso debe hacer mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan» .

De una lectura integral del citado dispositivo, se evidencia una cierta confusión en los conceptos utilizados, pues aunque la idea de fondo pareciera ser la de establecer una cierta regulación de la doctrina o jurisprudencia judicial, la alusión hasta en tres oportunidades a la fórmula precedente obligatorio, termina por generar más de una incertidumbre alrededor de la técnica jurisprudencial que realmente se quiere reconocer.

274

Rigurosamente hablando, el precedente solo representa reglas objetivas con carácter normativo. Estas últimas sin embargo en ningún momento son mencionadas en la disposición que aquí se comenta, la que por el contrario –y como se observa– solo habla de principios o de criterios, que es más bien lo característico en la doctrina jurisprudencial.

La confusión así planteada pareciera haberse resuelto con lo dispuesto en los códigos procesales ordinarios que han optado por regular directamente la técnica del precedente judicial en específico.

Es lo que ocurre con el artículo 301-A inciso 1) del Código de Procedimientos Penales, incorporado por conducto del artículo 2 del Decreto Legislativo N° 959 cuyo texto establece:

Artículo 301-A.- Precedente obligatorio

1. Las sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Ju-

dicial, constituyen precedente vinculante cuando así lo expresen las mismas, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando la Sala Penal de la Corte Suprema 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. En ambos casos la sentencia debe publicarse en el Diario Oficial y, de ser posible, a través del portal o página web del Poder Judicial».

Sin embargo la incertidumbre vuelve a plantearse cuando el inciso 2) de la misma norma que aquí se cita agrega luego que:

2. Si se advirtiera que otra Sala Penal Suprema u otros integrantes de la respectiva Sala Penal en sus decisiones sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación o la aplicación de una determinada norma, a instancia de cualquiera de las Salas, de la Fiscalía Suprema en lo Penal o de la Defensoría del Pueblo –en relación a los ámbitos referidos a su atribución constitucional– se convocara inmediatamente al Pleno de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema para dictar una sentencia plenaria, la que se adoptará por mayoría absoluta. En este supuesto no se requiere la intervención de las partes, pero se anunciara el asunto que la motiva, con conocimiento del Ministerio Público. La decisión del Pleno no afectará la sentencia o sentencias adoptadas en los casos que determinaron la convocatoria al Pleno de los Vocales de lo Penal. La sentencia plenaria se publicará en el Diario Oficial y, de ser posible, a través del Portal o Página Web del Poder Judicial.

275

La remisión a unos criterios discrepantes en la interpretación o aplicación de una determinada norma, podría estar refiriéndose nuevamente a la doctrina jurisprudencial, aunque por supuesto también cabría la posibilidad de que este segundo inciso se asuma de manera autónoma al primero de los señalados.

En el caso del artículo 400° del Código Procesal Civil, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 29364, la referencia a la técnica del precedente judicial es mucho más pacífica y directa.

Artículo 400°.- Precedente Judicial.

La Sala Suprema Civil puede convocar al pleno de los magistrados supremos civiles a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial.

La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente.

Los abogados podrán informar oralmente en la vista de la causa, ante el pleno casatorio.

El texto íntegro de todas las sentencias casatorias y las resoluciones que declaran improcedente el recurso se publican obligatoriamente en el Diario Oficial, aunque no establezcan precedente. La publicación se hace dentro de los sesenta días de expedidas, bajo responsabilidad.

Vistas estas normas en perspectiva podría afirmarse que lo que la Ley Orgánica del Poder Judicial reconoció ha sido en estricto doctrina, mientras que lo que los Código Procesales ordinarios regularon fueron en rigor y más allá de algunos matices, típicas variantes de precedente judicial.

276

Ahora bien, lo curioso del caso es que fuera de estas normas, no existe una regulación detallada específicamente vinculada a la doctrina o jurisprudencia obligatoria derivada del Poder Judicial, con lo cual y de manera mucho más discrecional que lo que acontece con la doctrina vinculante del Tribunal Constitucional, la primera se ha venido desarrollado de manera bastante heterodoxa.

Evidencia de lo señalado tal vez lo encontremos en el siguiente detalle. Mientras que está claro que la doctrina o jurisprudencia constitucional que establece el Tribunal Constitucional solo es obligatoria para los jueces y tribunales del país y no así para el resto de poderes públicos u órganos constitucionales (a diferencia de lo que ocurre con el precedente constitucional), la doctrina o jurisprudencia judicial parece que tiende a la obligatoriedad no solo en relación a los órganos del Poder Judicial (lo que sería perfectamente natural) sino que también se expande (o pretende hacerlo) hacia el ámbito de otros poderes públicos.

Un ejemplo de este tipo de práctica, lo verificamos en la ejecutoria emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en el marco de la Casación N° 626-2013 (Moquegua), mediante la cual se establece doctrina jurisprudencial sobre la audiencia, motivación y

## *La doctrina jurisprudencial vinculante y su desarrollo por el Tribunal Constitucional*

elementos (*fumus delicti comisi*, pena probable, peligro procesal –peligro de fuga–) de la medida de prisión preventiva<sup>70</sup>.

La importancia de este pronunciamiento esta fuera de toda duda, como las muy bien desarrolladas consideraciones en torno al juicio de proporcionalidad de la medida cautelar de prisión preventiva. La interrogante es otra y consiste en saber, como así o en base a qué tipo de norma puede el Poder Judicial imponerle mandatos de actuación al Ministerio Público, cuando este último se supone que es un órgano constitucional autónomo.

La idea de que el Ministerio Público fundamente adecuadamente y con sujeción al principio de proporcionalidad los pedidos de prisión preventiva no es mala en absoluto y hay que reconocerlo, pero tenemos serias dudas de que ello pueda imponerse vía doctrina o jurisprudencia derivada del Poder Judicial, a menos claro está, que exista fuente normativa para ello.

Estamos convencidos de que al igual que sucede con diversos aspectos de la doctrina o jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional, con la doctrina del Poder Judicial, existe la necesidad de una mayor delimitación en torno de su ejercicio y alcances. Caso contrario nos seguiremos moviendo dentro de un escenario de usos y costumbres, que aunque ciertamente podrán permanecer estables durante mucho tiempo, también podrán cambiarse en cualquier momento o bajo cualquier tipo de contexto.

---

<sup>70</sup> Cfr. Ejecutoria publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 27 de febrero de 2016.



## Constitucionalización del proceso inmediato. Principio de proporcionalidad

 FRANCISCO CELIS MENDOZA AYMA

### Sumario

**I.** Nociones previas. **II.** Conformidad con la Constitución. **III.** Reglas y principios. **IV.** Una concepción dialéctica del test de proporcionalidad. **V.** Proceso inmediato. ¿Qué principios garantía están en tensión? **VI.** Proporcionalidad y presupuestos materiales. 6.1. Prueba evidente. 6.2. Simplicidad o ausencia de complejidad. **VII.** Conclusión

### Resumen

El estudio y aplicación del proceso inmediato fue muy formal y buscó un efectismo célere como respuesta pronta a la delincuencia con desbordes iniciales que pronto fueron objeto de control, interpretando los dispositivos conforme a los principios constitucionales; fue necesario considerar los principios procesales reglados que como operan no solo como mandatos sino como criterios de interpretación. Con la finalidad de resolver las contradicciones entre principios y reglas en la aplicación del proceso inmediato, se propone la aplicación del *test de proporcionalidad*, pero desde una perspectiva dialéctica que exige la mayor concreción de los aspectos que configuran los principios. Es en esta tensión que emergen por necesidad dos exigencias que morigeran los efectos del proceso inmediato la simplicidad del caso y la prueba evidente.

### Palabras clave

Proceso inmediato, efectismo punitivo, interpretación, reglas y principios, principio de proporcionalidad, dialéctica y concreción, simplicidad del caso y prueba evidente.

### Abstract

The study and application of the immediate process was very formal and sought a famous effect as a prompt response to delinquency with initial overflows that were soon subject to control, interpreting the devices in accordance with constitutional principles; It was necessary to consider the procedural principles regulated as they operate not only as mandates but as interpretation criteria. In order to resolve the contradictions between principles and rules in the application of the immediate process, the application of the proportionality test is proposed, but from a dialectical perspective that demands the highest specification of the aspects that configure the principles; it is in this tension that two demands that mitigate the effects of the immediate process emerge due to the simplicity of the case and the evident proof.

**Keywords**

Immediate process, punitive effect, interpretation, rules and principles, principle of proportionality, dialectic and concrete, simplicity of the case and evident evidence.

**I. Nociones previas**

El abordaje del proceso inmediato y su operatividad ha sido predominantemente procedimental. Así, la exégesis de los arts. 446, 447 y 448 del Código Procesal Penal ha sido lo central. Desde esa perspectiva se asumió que la finalidad del proceso inmediato era el efectivo y rápido despliegue del poder punitivo<sup>1</sup>, deviniendo por tanto su conceptualización como un instrumento de este y siendo resaltado así por sus difusores. A fin de cuentas, siendo estrictos, su objeto es dar una rápida y efectista respuesta punitiva.

El efectismo punitivo pretende impresionar<sup>2</sup> y el proceso inmediato es un instrumento efectista que busca producir el efecto de impresionar por su aparente eficacia punitiva; empero, no combate la criminalidad –ni puede combatirla– ya que, únicamente, es un procedimiento efectista punitivo. Cualquier forma de efectismo no es más que la expresión pura de voluntarismo y/o autoritarismo, que se confronta con un sistema procesal mínimo de garantías que, precisamente, es configurado para controlar esos impulsos efectistas, voluntaristas y/o autoritarios. La eficacia que brinda un sistema procesal de garantías es cualitativamente diferente al ofrecido por el «efectismo punitivo», «efectismo libertario» o, «efectismo decisorio».

El proceso inmediato por flagrancia se desenvuelve en un contexto fugaz<sup>3</sup> que imposibilita la configuración de un escenario mínimo de un sistema de garantías. Fuera de un contexto temporal no se puede configurar un sistema de garantías, pues cualquier proceso –en sentido amplio– solo puede materializarse en el tiempo. El apuro efectista del proceso inmediato presume

<sup>1</sup> En esa línea, «Si se contempla el derecho procesal desde una vertiente exclusivamente instrumental, se antepondría en su estudio su finalidad práctica». Antonio María LORCA NAVARRETE. «El derecho procesal como sistema de garantías», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVI, núm. 107, 2003, p. 535.

<sup>2</sup> Esa es la definición de efectismo: recurso o conjunto de recursos que se emplea para impresionar o llamar la atención.

<sup>3</sup> El efectismo de la concepción instrumental –ferroviaria– del proceso inmediato configura una suerte de «tren bala» que realiza un recorrido mínimo en el tobogán de 24, 48 y 72 horas. Su objetivo es alcanzar metas punitivas inmediatas.

que la información producida como consecuencia de la flagrancia delictiva siempre configurará una causa probable y que, por tanto, no existe necesidad de una corroboración mínima de la hipótesis de defensa del imputado.

El trámite acelerado del proceso inmediato y una lectura reglamentaria de los dispositivos normativos comprometidos condiciona que los operadores intérpretes centren su atención solo en su alcance literal, generando así absurdas prácticas como iniciar un proceso inmediato por la mera flagrancia, sin considerar una causa probable; terminar anticipadamente un proceso inmediato, sin que este se haya iniciado; dictar prisión preventiva fuera de un proceso inmediato, etc. Este tipo de interpretaciones unilaterales y restrictivas corresponden a un sedicente *paleopositivismo* reglamentario. En este contexto, la única forma de constitucionalizar el proceso inmediato por flagrancia es la aplicación de los principios como contenidos moduladores de los alcances de las reglas.

Un sistema procesal de garantías tiene por objeto el procesamiento de un hecho delictivo por la afectación de bienes jurídicos de jerarquía constitucional. En ese sentido, las decisiones jurisdiccionales afectan también, directamente, derechos fundamentales como la libertad, el proyecto de vida, entre otras. No obstante, esa dimensión constitucional del objeto se trivializa con el proceso inmediato.

## **II. Conformidad con la constitucion**

La única forma de cargar de contenido constitucional al proceso inmediato es interpretando sus dispositivos «de conformidad» con la Convención Americana de Derechos Humanos y la Constitución. En efecto, los estándares convencionales y constitucionales dan contenido a los principios procesales previstos en el Título Preliminar del CPP, ya que estos constituyen el marco de garantías para interpretar las reglas que regulan el proceso inmediato.

El despliegue del poder punitivo implica riesgos de afectación de derechos fundamentales de las partes, afectación de las atribuciones persecutorias del Ministerio Público e incluso del propio órgano jurisdiccional. En ese orden, resulta necesaria la configuración de un sistema procesal de garantías, conforme al diseño previsto en la Constitución. Solo un enfoque constitucional comprometido con principios constitucionales (como el plazo

razonable, la motivación, el derecho de defensa, principio de legalidad y el derecho a la prueba) en un contexto de contradictorio procesal, puede salvar los manifiestos vicios de inconstitucionalidad del proceso inmediato.

Es central conceptualizar al proceso «no como un mero instrumento jurisdiccional atemporal, acrítico y mecanicista, sino, ante todo, como un sistema de garantías». Es demasiado frecuente la utilización sin rigor del término garantía –o sistema de garantías– y lo es también equipararlo sesgadamente con los derechos subjetivos del imputado, pervirtiendo su contenido conceptual.

Una garantía penal es «un medio jurídico-institucional de Derecho Público que la Constitución y la ley contemplan para hacer posible el ejercicio controlado del poder punitivo y el ejercicio de los derechos y libertades de las partes procesales –imputados, actor civil, tercero civilmente responsable–». Esta definición comprende a los tres sujetos procesales en el ejercicio de sus funciones, poderes y derechos; así, la garantía es un medio jurídico-institucional público, en cuyo seno: a) el juez ejercita con seguridad –garantía– su función jurisdiccional; b) el Ministerio Público puede ejercitar, con seguridad –garantía– la persecución punitiva; y c) el imputado, con seguridad –garantía– pueda ejercitar sus derechos y libertades. Garantía es seguridad, es control –heterocontrol y autocontrol–. Las garantías son instituciones de Derecho Público, en cuyo marco los jueces adjudican consecuencias jurídicas. Estas instituciones son estándares mínimos de racionalidad procesal, configurados para que las partes puedan ejercitar sus derechos y deberes en igualdad de condiciones. En ese entender, son los jueces quienes tienen el poder-deber de hacer efectivo el sistema de garantías<sup>4</sup>.

Estos principios como base del sistema de garantías constitucionales tienen eficacia directa, pues el diseño del proceso penal está previsto en la Constitución y otorga contenido a cualquier tipo de procedimiento. Aun dentro de sus límites procedimentales, carga de contenido al «proceso inmediato reformado». Por imperativo constitucional de supremacía normativa, no es posible prescindir de su contenido, ya que son estas garantías las que dotan de sentido al procesamiento penal y son impuestas por la Constitución y la ley.

---

<sup>4</sup> Así se manifiesta la efectividad de la tutela jurisdiccional.

### III. Reglas y principios

Es típico afirmar que el ordenamiento jurídico está compuesto por principios y reglas. Esta afirmación no supone asumir una concepción *post-positivista*<sup>5</sup>, sino que es verificable en los códigos en general y en el Código Procesal Penal en particular. En efecto, presentan un Título Preliminar que contiene un conjunto de principios que operan como mandatos de optimización y como criterios de interpretación de las reglas del Código. La operatividad de estos principios exige necesariamente que se conozca y comprenda su contenido esencial para su optimización<sup>6</sup>.

El Código Procesal Penal contiene principios reglados<sup>7</sup>: i) los principios en el Título Preliminar<sup>8</sup>, ii) el mandato de optimización, previsto en el art. X del Título Preliminar<sup>9</sup>; iii) el contenido esencial de los derechos fundamentales, previsto en el art. VIII del Título Preliminar del CPP<sup>10</sup>; iv) la nulidad acarreada por la inobservancia de estos principios, previsto en el art. 150, literal «b»<sup>11</sup> del CPP; y v) la mención expresa a la aplicación del principio de proporcionalidad, previsto en el art. 253 del CPP<sup>12</sup>.

---

<sup>5</sup> Positivismo incluyente.

<sup>6</sup> Generalmente desarrollados por el Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

<sup>7</sup> No obstante, el predominante paleo positivismo obtura sus sentidos y niega lo que está puesto en el Código Procesal Penal.

<sup>8</sup> El art. I contiene el principio de la justicia penal; el art. II, la presunción de inocencia; el art. III, la interdicción de la persecución múltiple; el art. IV, el titular de la acción penal; el art. V, la competencia judicial; el art. VI, la legalidad de las medidas limitativas de derechos; el art. VII, la vigencia e interpretación de la ley procesal penal; el art. VIII, la legitimidad de la prueba; el art. IX, el derecho de defensa; y el art. X, la prevalencia de las normas de este título.

La referencia a los principios es expresa: principio de igualdad procesal, art. I T.P.; principio de interdicción de la persecución múltiple, art. III del T.P. del CPP; principio de oportunidad, art. 2 del CPP; principio de proporcionalidad, art. 252 del CPP; principios del juicio oral: oralidad, publicidad, inmediación y contradicción de la actuación probatoria, art. 356 del CPP; etc.

<sup>9</sup> Art. X del Título Preliminar del Código Procesal Penal. Prevalencia de las Normas de este título:

«Las normas que integran el presente Título prevalecen sobre cualquier otra disposición de este Código. Serán utilizadas como fundamento de interpretación».

<sup>10</sup> Art. VIII del Título Preliminar del Código Procesal Penal. Legitimidad de la prueba.

2. Carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona.

<sup>11</sup> Art. 150 del Código Procesal Penal. Nulidad Absoluta.

«No será necesaria la solicitud de nulidad de algún sujeto procesal y podrá ser declarados aun de oficio, los defectos concernientes: d) A la inobservancia del contenido esencial de los derechos y garantías previstos por la Constitución».

<sup>12</sup> Art. 253.3 del Código Procesal Penal

Pero es la Constitución la que otorga jerarquía constitucional al principio de proporcionalidad; además, constituye también un principio imperativo la prohibición de la analogía o la interpretación analógica de los dispositivos que limiten o restrinjan derechos fundamentales<sup>13</sup>. Lo mismo sucede con el principio imperativo de aplicar, en caso de duda, la regla más favorable a la libertad; empero, es la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución la que establece normativamente la interpretación «conforme» a los tratados internacionales<sup>14</sup>, considerando tanto a estos como a los estándares desarrollados por la Corte Interamericana, entre otros. El mandato es claro, y queda evidenciado que es a través de este medio que se incorporan los principios desarrollados por los tratados y tribunales internacionales sobre derechos humanos.

Contraoponer reglas contra principios y el método de subsunción contra el método de la ponderación es unilateral y sesgado. La defensa del principio de legalidad es piedra basal irrenunciable en un Estado de Derecho que pretende contener el poder. Pero esa legalidad no es hueca, aséptica o neutral<sup>15</sup>, sino que se encuentra cargada de principios conforme a la Constitución. En ese orden, se atiende a una interpretación conforme a la Constitución siempre dentro de la capacidad de rendimiento semántico de los términos del dispositivo normativo interpretado. Solo *–in extrema ratio–* si no es posible su interpretación conforme a la Constitución, la regla es derrotable mediante el control difuso, inaplicando así el dispositivo.

284

Esta articulación del par metodológico *subsunción-ponderación* es extraña para los apologetas del paleopositivismo. Esa estrecha perspectiva se satisface con el cansino replicar de «la ley lo dice», «el código lo dice», propios de un positivismo ideológico que predica la validez de la ley, por el mero hecho de ser ley vigente.

---

«La restricción de un derecho fundamental requiere expresa autorización legal, y se impondrá con respeto al principio de proporcionalidad y siempre que, en la medida y exigencia necesaria, existan suficientes elementos de convicción».

<sup>13</sup> Art. 139.9 de la Constitución Política del Estado

<sup>14</sup> Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado

«Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de *conformidad* –conforme– con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú».

<sup>15</sup> Como pretende el positivismo metodológico.

Se afirma que la ley ya recoge en su contenido los principios, pero la regla es solo un texto bastante amplio y susceptible de ser interpretado de diferentes maneras. Cada operador intérprete le asignará discrecionalmente cualquier sentido, incluso contrario a los principios *pro libertatis*. Por esa razón es necesario destacar el carácter normativo y vinculante del plexo normativo limitante de la Constitución, principalmente de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, puesto que es un imperativo que vincula a los órganos jurisdiccionales a interpretar las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce, de conformidad a los estándares desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional o los tribunales supremos. Estos cargan de contenido a las reglas. Sin los estándares configurados por estos principios el texto es susceptible de manipulación y son susceptibles de ser cargados de contenido autoritario.

#### **IV. Una concepción dialéctica del test de proporcionalidad**

El principio de proporcionalidad, como método, tiene utilidad para resolver conflictos *jusfundamentales*. Un conflicto de este tipo presupone una situación de tensión-contradicción entre dos principios, siempre en un contexto determinado y concreto. Este contexto debe corresponderse con datos de la realidad, con la mayor concreción posible. A mayor concreción, mayor corrección en la aplicación del *test* de proporcionalidad; de lo contrario, resolver «contradicciones aparentes de principios en tensión» degenera en formulaciones argumentativas huecas, sin un punto de referencia concreto como eje material del debate.

Para aplicar correctamente del método de la proporcionalidad y resolver una contradicción se debe, por un lado, conocer los dos aspectos en contradicción (cada aspecto de la contradicción tiene una determinada configuración, el cual define el aspecto principal y el aspecto secundario de la contradicción), y por otro lado, conocer la configuración de la contradicción entre los dos aspectos (principios).

Los aspectos de la contradicción deben ser adecuadamente precisados y concretados. Las referencias de pura especulación valorativa no configuran los aspectos de una contradicción, puesto que son carentes de datos de la realidad. Es importante destacar que las contradicciones deben ser reales, no

aparentes o imaginarias. Se debe diferenciar una contradicción real de contradicciones aparentes, ya que muchas veces –de manera interesada– se postula contradicciones imaginarias o aparentes cuando existe incompatibilidad de los dos aspectos forzosamente contrapuestos. Así es como es compatible la contradicción suma-resta, pero no la contradicción suma-árbol. Los dos aspectos de la contradicción deben corresponder a una unidad que se configura en contradicción. Antagonizar dos aspectos que, por su distinta naturaleza, son incompatibles para configurar una contradicción es un sofisma<sup>16</sup> o paralogismo que pretende convencer con un argumento aparentemente verdadero, que en realidad es falso. En ese orden, ese contradictorio es irresoluble, precisamente porque se trata de un contradictorio aparente.

Los niveles exigibles de concreción de la realidad dependerán del alcance de la decisión –legislativa o judicial– como norma general o individual. Una norma legislativa de alcance general corresponde siempre a un delimitado contexto temporal, espacial y material. Una decisión jurisdiccional –norma individual– exige una delimitación particular de un hecho concreto e individualización de un sujeto(s) individualizado(s), sobre quién recaerá las consecuencias jurídicas de la decisión judicial.

286

El planteamiento del problema es el planteamiento de la contradicción; el planteamiento de la contradicción es la identificación de los dos aspectos de la contradicción. Si se plantea el problema de manera adecuada tenemos recién la guía para resolver el problema. El método de la proporcionalidad sirve para establecer el aspecto principal y secundario de la contradicción. La aplicación del método denominado test de proporcionalidad no deber ser genérica y subjetiva, conforme a pareceres aproximativos meramente conceptuales, pues los detractores de la aplicación del test de proporcionalidad encontrarían razones aparentes para formular críticas «aparentes». Se debe buscar siempre su concreción definiendo siempre los dos principios en contradicción, empero siempre en un contexto concreto, puesto que solo así tiene materialidad esa contradicción.

---

<sup>16</sup> Se trata de un argumento con apariencia de verdadero con el que se quiere convencer a alguien de algo que es falso. Normalmente no se realiza con intención de engañar, sino de convencer.

## **V. Proceso inmediato. ¿Qué principios garantía están en tensión?**

Corresponde establecer los aspectos de la contradicción; luego, determinar si el planteamiento del problema configura una contradicción real o aparente. Los principios y garantía fundamentales que se encuentran en tensión en el proceso inmediato están plasmados en la exposición de motivos del Decreto Legislativo 1194; con ello es posible establecer los aspectos de la contradicción.

En la exposición de motivos se presenta dos valores que pretenden ser optimizados con el diseño normativo del proceso inmediato: i) una respuesta punitiva «rápida y eficiente para delitos contra el patrimonio bastante recurrentes y que son generadores de la percepción de inseguridad ciudadana», y ii) «la simplificación del procedimiento penal, haciéndolo más rápido y eficiente para reducir el tiempo en que se brinda una respuesta penal, combatir la morosidad procesal y descongestionar el número de casos en espera de juicio».

En síntesis, se pretende, por un lado, i) la optimización del valor seguridad ciudadana, y por otro, ii) la optimización de la celeridad procesal. Conforme a la exposición de motivos, estos valores entran en contradicción con garantías centrales del proceso (plazo razonable, defensa eficaz, juez imparcial, etc.). Como son dos los valores considerados en la exposición de motivos, corresponde analizar independientemente cada valor en contradicción con las garantías procesales.

La percepción de la inseguridad ciudadana es un dato y constituye una política de Estado otorgar seguridad a sus ciudadanos. Empero, no se explicita de qué manera la seguridad ciudadana se configura en contradicción con las garantías procesales. La realización de la seguridad ciudadana corresponde a políticas macro de prevención delictiva –estructurales o coyunturales– y no a micro políticas de los –pocos– casos judicializados. Son políticas de dimensión cualitativa y cuantitativa completamente diferentes. En ese orden, enervar o anular garantías con un apresurado proceso inmediato no tiene incidencia en la causa de la delincuencia de cualquier envergadura. Es un absurdo pretender atacar radicalmente la sintomatología delictiva –enervando las garantías procesales– sin atender a sus causas estructurales. En efecto, el valor seguridad ciudadana no configura un par contrario a las garantías ya que corresponden a «esencias» distintas, pues estos dos aspectos

no están interconectados o interpenetrados y, por tanto, no se condicionan recíprocamente. No son aspectos de una contradicción, puesto que las condiciones en que se presentan son esencialmente distintas. En síntesis, es falaz el argumento efectista que sostiene que, a menor garantía procesal, mayor seguridad ciudadana, y a mayor garantía procesal, menor seguridad ciudadana.

Pero el valor celeridad procesal –como garantía– sí está interconectado o interpenetrado con las otras garantías procesales; por tanto, sí es susceptible de formar pares de aspectos contrarios, pues conforme a su naturaleza procesal, existe entre ellos no identidad, pero también existe entre ellos identidad pues están interconectados. Así, la celeridad procesal solo puede comprenderse en unidad y contradicción con el plazo necesario.

Ciertamente la morosidad y rutina procedimental es una tara en la práctica fiscal y judicial; el adormecimiento del trámite procedimental constituye una amenaza para el éxito de la reforma procesal. En ese orden, es valioso pretender optimizar el valor celeridad procesal –principio de economía– para una pronta respuesta a los casos judicializados. El par contrario puede estar configurado por el plazo razonable, el derecho de defensa o el juez imparcial, entre otros.

288

El principio de celeridad tiene su par contrario en el plazo necesario o razonable, de tal manera que en un caso concreto entran en unidad y contradicción. Para resolver esta contradicción se requiere de un análisis concreto de la situación procesal concreta. Así, por ejemplo, puede presentarse el supuesto que con la flagrancia se ha configurado una causa probable de un caso fácil; entonces, corresponde optimizar el principio de celeridad, pues no existe razón para que su procesamiento discurra por todo el plazo del proceso común. Sin embargo, puede presentarse el supuesto de que con la flagrancia no se haya configurado una causa probable; entonces, corresponde habilitar un plazo con el objeto de obtener información que haga causa probable. También puede darse que con la flagrancia se configure una causa probable de un caso difícil, por lo que no corresponde la habilitación de un juicio inmediato porque existe la necesidad de un plazo adecuado para el saneamiento y la demostración de la causa en juicio.

Pero también el principio de celeridad procesal entra en contradicción con el principio del juez imparcial. Esta tensión se materializa en la audiencia única del juicio inmediato con sus dos fases: i) del control de acusación y ii)

de juzgamiento. Esta tensión se tiene que resolver con el análisis concreto de la situación procesal concreta, y el punto de referencia material será siempre una imputación concreta de una causa probable.

Corresponde aplicar el test de proporcionalidad con este par contrario: *celeridad procesal-juez imparcial*. En ese orden, es afirmativo señalar que, con la afectación de la garantía del juez imparcial, se puede lograr mayor celeridad. Es obvio que si el proceso transita bajo la dirección de un solo juez que concentre tanto la actividad de saneamiento como la del plenario probatorio, se optimiza la celeridad procesal. Esta celeridad extrema del proceso inmediato que transita por el tobogán de las 24, 48 y 72 horas afecta la garantía del juez imparcial<sup>17</sup>. En efecto, dado que el juez de juzgamiento es el mismo que realiza el control de la acusación, se determina que el juez ya esté «contaminado» y prevenido al momento del juzgamiento, ya que previamente evaluó la concurrencia de una causa probable que presupone una evaluación de los elementos de convicción suficientes; con ello, el juez asume ya una perspectiva contra reo del caso. Un diseño normativo con la mera duplicación de plazos y con la asignación competencial de un juez de control y otro de juzgamiento habría sido suficiente, aun manteniéndose el imperativo del «debe» incoar proceso inmediato. Sin embargo, en tanto esté vigente la norma y se presuma su constitucionalidad, se tendrá que ser rigurosamente exigente en que ciertamente sea un caso fácil y que se trate solo de delito de mínima magnitud para evitar que, en supuestos de casos complejos, el juez de juzgamiento tenga una preconcepción contra el reo y, como consecuencia, se espere una pena gravosa.

Entran en contradicción también el principio de celeridad con el derecho de defensa en razón que puede resultar que, como consecuencia de un supuesto de flagrancia, la Policía y el Ministerio Público acopien solo información respecto del injusto típico, no obstante la defensa estime que existe base material para configurar una oposición o resistencia pero no ha acopiado información por la brevedad del tiempo de detención (24 horas). En este supuesto, es claro que constitucionalmente debe optimizarse el derecho de

---

<sup>17</sup> La parcialidad objetiva es un defecto que emerge del diseño mismo del proceso, como lo era el procedimiento sumario, pues el juez que instruía era a su vez el juez que sentenciaba; la pérdida de imparcialidad era clara puesto que su contaminación era directa con las fuentes de investigación y de prueba y la información que se producía era determinante para la expedición de la sentencia.

defensa del imputado, de tal manera que es necesario un plazo necesario y razonable para la realización de diligencias preliminares o de la investigación preparatoria, conforme a los actos de investigación propuestos por la defensa de acuerdo a su hipótesis de defensa. Esta contradicción tiene que ser resuelta siempre atendiendo de manera objetiva al caso concreto.

## **VI. Proporcionalidad y presupuestos materiales**

El Acuerdo Plenario Extraordinario 2-2016 establece dos presupuestos materiales para habilitar constitucionalmente el proceso inmediato: **i)** la prueba evidente y **ii)** la simplicidad. Cada uno de los presupuestos materiales concreta el principio constitucional de proporcionalidad<sup>18</sup>. En efecto, la «prueba evidente» supone la exigencia de información suficiente, bien de la realización del hecho punible o bien de la imputación del hecho punible. En el caso del supuesto de flagrancia, la prueba evidente debe provenir de la prueba directa; y en el caso del delito confeso y del delito de evidente, puede provenir de prueba directa o de prueba indirecta. En este último supuesto la prueba indiciaria deberá ser necesaria y vinculada básicamente a la imputación. La exigencia de esas características al presupuesto material de «prueba evidente» está en directa relación de proporcionalidad con el diseño simple del proceso inmediato reformado: si la prueba no es evidente y/o el caso es complejo, entonces no guarda proporcionalidad con la simpleza del diminuto proceso inmediato.

290

La naturaleza del delito y la prueba que lo fundamenta están en relación de proporcionalidad directa con el método procesal. Si la prueba no es evidente y el caso es complejo, entonces se requiere proporcionalmente un proceso penal más elaborado y con razonable amplitud temporal (proceso común). Ciertamente no será proporcional emplear un proceso básico para resolver un objeto punitivo complejo. En sentido inverso, si la prueba es evidente y el caso es simple, entonces proporcionalmente se requerirá de un proceso simple (proceso inmediato). En efecto, si el objeto punitivo (pretensión punitiva) **i)** tiene base en prueba evidente y **ii)** no es un objeto punitivo complejo, proporcionalmente su trámite no corresponderá al lato proceso común, sino al simple proceso inmediato.

---

<sup>18</sup> Con expresa regulación en el art. 200 de la Constitución Política del Estado.

Otra de las formas como se configura el principio constitucional de proporcionalidad está vinculada al presupuesto material de simplicidad o ausencia de complejidad referida a la gravedad del delito, pero vinculado solo a la cantidad de pena. En efecto, se precisa en el Acuerdo Plenario que el proceso inmediato no está habilitado para los delitos especialmente graves y establece como baremo los delitos con pena absoluta de cadena perpetua, delitos con pena privativa de libertad superior a 25 años y delitos con pena superior a 15 años. La gravedad de estas penas es manifiesta; por lo tanto, se excluye su procesamiento en la vía procedimental del proceso inmediato.

El juez supremo Salas Arenas, respecto del criterio cuantitativo de la gravedad de la pena, toma como base el criterio establecido para la procedencia de la casación y considera que el *quantum* punitivo debe tener su límite en los seis años de pena privativa de libertad. Ciertamente, esta propuesta es más proporcional y razonable para la determinación de la vía procedimental del proceso inmediato. En esa perspectiva, debe excluirse del trámite del proceso inmediato los objetos punitivos con pena privativa de libertad superior a los 6 años. Esta interesante discrepancia de la judicatura suprema sobre el *quantum* de la pena es, en realidad, una discrepancia sobre el principio constitucional de proporcionalidad. La posición mayoritaria parece justificar la habilitación de la vía procedimental del proceso inmediato para poder incorporar un mayor espectro del catálogo de delitos (robo, hurto, entre otros.); sin embargo, la posición del magistrado supremo Salas Arenas tiene mayor conformidad con el principio *pro homine* previsto en el art. 1 de la Constitución Política del Estado.

Los dos presupuestos materiales i) la evidencia delictiva y ii) la ausencia de complejidad o simplicidad tratan de dos conceptos que, en términos de la teoría estándar de la argumentación, configuran un caso fácil. Es un «caso fácil» cuando en el silogismo normativo básico i) la premisa normativa es clara en su interpretación y ii) la premisa fáctica no presenta problemas probatorios, dado que la información producida por las fuentes de prueba está directamente relacionada con las proposiciones fácticas. En ese orden, la conclusión del silogismo lógico está justificada, pues se aprecia una adecuada configuración del silogismo normativo (*modus ponendo ponens*).

Es un «caso difícil» cuando i) existen problemas de interpretación respecto de la premisa normativa porque se le puede atribuir dos o más sentidos normativos (en efecto, pueden presentarse supuestos de aparentes conflictos normativos que requieren de una adecuada justificación de la premisa normativa), o ii) cuando la premisa fáctica no es construida sobre la base de información directa, sino que requiere de prueba indirecta (exigiendo un proceso de reconstrucción lógica de la información y demandando una carga argumentativa que justifique la premisa fáctica como verdadera). En síntesis, un caso es difícil cuando es problemático afirmar la corrección de las premisas. En ninguno de los supuestos de un caso difícil es procedente el proceso inmediato.

### **6.1. Prueba evidente**

El Acuerdo Plenario establece su alcance conceptual y preciso:

Está referido a la valoración del resultado de la prueba –si esta se produce de un modo seguro y rápido– y es la que proporciona la comprensión completa del hecho delictuoso en modo irresistible y rápido; significa solamente prueba que demuestra de un modo seguro, necesario y rápida la existencia de un determinado hecho, demostración que puede emerger implícitamente de uno o más elementos de convicción unívocos, por lo que no se requiere un laborioso proceso lógico para el convencimiento judicial a partir de los elementos de cargo.

Se define a partir de tres instituciones: i) delito flagrante, ii) confesión del imputado y iii) delito evidente. Esas tres instituciones reconducen al concepto epistémico de prueba evidente o «causa probable».<sup>19</sup>

La determinación de prueba evidente o causa probable no tiene regulación expresa como fase o etapa procesal, pero –qué duda cabe– es la base material para decidir el inicio del proceso. El juez de investigación preparatoria determinará la configuración de prueba evidente o causa probable –como base cognitiva de la imputación concreta– para decidir la procedencia del proceso inmediato. La determinación de prueba evidente exige la verifica-

---

<sup>19</sup> Art. 8 del Código Procesal Constitucional.

«Cuando exista causa probable de la comisión de un delito, el juez, en la sentencia que declara fundada la demanda en los procesos tratados en el presente capítulo, dispondrá la remisión de los actuados al Fiscal Penal que corresponda para los fines pertinentes».

ción de la existencia de elementos de convicción directos y suficientes que conduzcan a un juicio de probabilidad positiva. El proceso inmediato requerirá de elementos de convicción suficientes –causa probable–. Este estándar probatorio tiene que ser evaluado por el juez para efectos del inicio de un proceso inmediato.

El Código Procesal Penal emplea el término «elementos de convicción» para referir la información producida por los actos de investigación, y utiliza los términos de «fundados y graves»<sup>20</sup>, «suficientes», «evidentes» para referir la cantidad y calidad de la información requerida, para formalizar investigación preparatoria, requerir la medida coercitiva de prisión preventiva, acusar, para iniciar el proceso inmediato, etc.

- a) **Flagrancia delictiva.** La flagrancia –art. 259 del CPP– es condición necesaria (pero no suficiente) para requerir la incoación del proceso inmediato. La «prueba evidente» configurada por la situación de flagrancia es el criterio epistémico de suficiencia para habilitar el inicio del proceso inmediato. La flagrancia clásica está vinculada con fuentes directas e inmediatas de información que permiten la construcción general y sin mayor dificultad de una imputación concreta. En esa línea, «el delito flagrante encierra en sí la prueba de su realización»<sup>21</sup>. Se configura por:

«La evidencia sensorial del hecho delictivo que se está cometiendo o que se acaba de cometer en el mismo instante de ser sorprendido el delincuente; de suerte que se conoce directamente tanto la existencia del hecho como la identidad del autor y se percibe, al mismo tiempo, la relación de este último con la ejecución del delito y se da evidencia patente de tal relación (...).

Las notas sustantivas que distingue la flagrancia delictiva son: a) inmediatez temporal, que la acción delictiva se esté desarrollando o acabe de desarrollarse en el momento en que se sorprende o percibe; y, b) inmediatez personal, vale decir, que delincuente se encuentre en el lugar del hecho en situación o en relación con aspectos del delito (objetos, instru-

---

<sup>20</sup> Art. 268 del Código Procesal Penal.

<sup>21</sup> «El delito flagrante encierra en sí la prueba de su realización por existir una percepción sensorial directa del hecho delictivo, de suerte que la flagrancia se ve, no se demuestra, apareciendo vinculada a la prueba directa y no a la indirecta, circunstancial o indiciaria». César SAN MARTÍN CASTRO, «El proceso inmediato (NCPP originario y D. Leg. N° 1194)», en *Gaceta Penal y Procesal Penal*. Tomo 79, 2016, p. 154.

mentos, efectos, pruebas o vestigios materiales) que proclamen su directa participación en la ejecución de la acción delictiva.

Las notas adjetivas que integran el delito flagrante son: a) la percepción directa y efectiva, visto directamente o percibido de otro modo, tal como material fílmico o fotografías (medio audiovisual) –nunca meramente presuntiva o indiciaria– de ambas condiciones materiales. [La flagrancia delictiva se ve, no se demuestra, y está vinculada a la prueba directa y no a la indirecta, circunstancial o indiciaria] y, b) la necesidad urgente de la intervención policial, la cual debe valorarse siempre en función del principio de proporcionalidad de tal suerte que evite intervenciones desmedidas o la lesión desproporcionada de derechos respecto al fin con ellas perseguidas» (Acuerdo Plenario Extraordinario 2-2016, fundamento 8, resaltado agregado).

Para la habilitación del proceso inmediato, la interpretación del art. 259 del CPP tiene que ser restrictiva y debe limitar su alcance solamente al supuesto de flagrancia estricta.

294

En el contexto de la flagrancia, se presenta una situación favorable propicia para la obtención de información en correspondencia directa con las proposiciones fácticas que configuran prueba evidente y permiten construir con sencillez una imputación concreta. Con la información directa y sus fuentes es suficiente para demostrar la realización del hecho imputado en el plenario del juicio inmediato. La mínima actividad de investigación se circunscribe al acopio y aseguramiento de la información inmediata y sus fuentes en la situación de flagrancia. Es innecesario un plazo para investigar y resulta inútil formalizar la investigación.

En los supuestos de cuasiflagrancia o flagrancia presunta (art. 259 del CPP) se acude, generalmente, a información de fuentes indirectas. En esa línea, en el Acuerdo Plenario se señala que «si fuese preciso elaborar un proceso deductivo más o menos complejo para establecer la realidad del delito y la participación del delincuente, no puede considerarse un supuesto de flagrancia» (Acuerdo Plenario Extraordinario 2-2016, fundamento 8). Si la imputación descansa en fuentes indirectas de información, se tiene que habilitar un plazo de investigación para la incorporación de aquellas; por tanto, se debe declarar improcedente la petición de inicio del proceso inmediato.

Es preciso señalar que se presentan situaciones de flagrancia estricta que no necesariamente configuran prueba evidente. Así, son frecuentes los supuestos en que se necesita información de experticia por demora en su realización. En otros casos, no se tuvo mayor diligencia para el acopio de información y configurar una causa probable, etc. En los supuestos de flagrancia que no configuran prueba evidente, no procede el proceso inmediato por flagrancia.

- b) El delito confeso. Se clasifica la confesión en i) confesión pura o simple, y ii) confesión calificada. El proceso inmediato solo procederá en el caso de la confesión simple.

La confesión simple debe rendirse de manera libre y cumplir con los siguientes requisitos: i) rendirse ante juez o fiscal y con presencia del abogado del imputado, ii) debe ser sincera y espontánea; y iii) esencialmente (requisito de validez) debe estar corroborado con otros actos de investigación que permitan alcanzar certidumbre y verosimilitud de la realización del hecho imputado. Este último requisito conduce directamente a la categoría de prueba evidente.

La confesión calificada incorpora en la aceptación de los hechos otras circunstancias que tienden a eximir o atenuar la responsabilidad penal; por tanto, no es un supuesto de confesión idónea para el proceso inmediato, pero aun así –por excepción– puede habilitarse el proceso inmediato si ese dato circunstancial es claro o fácilmente demostrable con mínima prueba de urgencia. Tampoco procede el proceso inmediato si la confesión es esencial para extender la investigación y determinar la existencia de otros intervinientes en su comisión.

- c) El delito evidente es aquel cierto, claro, patente y acreditado sin duda alguna; exige una prueba que convenza de su correspondencia con la realidad, con extrema probabilidad positiva. Los iniciales actos de investigación deben reflejar, sin duda, la realización del delito y de la intervención del imputado. Todos los ámbitos relevantes deben estar cubiertos por un medio de investigación, idóneo y con suficiente fiabilidad inculpatória.

El concepto de «prueba evidente» está referido a la valoración del resultado de la prueba que proporciona de modo seguro y rápido la comprensión completa del hecho delictuoso, demostración que puede emer-

ger implícitamente de uno o más elementos de convicción unívocos, por lo que no se requiere un laborioso proceso lógico para el convencimiento judicial a partir de los elementos de cargo (fundamento 8 del Acuerdo Plenario).

Los tres supuestos: i) flagrancia delictiva, ii) confesión simple, y iii) delito evidente, deben configurarse sobre la base de prueba evidente que generalmente está vinculado con la prueba directa. Si la prueba es indirecta, no debe requerirse la incoación del proceso inmediato.

## **6.2. Simplicidad o ausencia de complejidad**

La simplicidad de los actos de investigación y su contundencia desde un primer momento constituyen un presupuesto material para habilitar el proceso inmediato. Si el hecho puede ser reconstruido con facilidad y certidumbre desde sus primeros momentos, entonces se obvia o reduce al mínimo la investigación preparatoria y se habilita el proceso inmediato. Este presupuesto material es de central importancia para excluir del proceso inmediato a casos que no tienen esa característica de simplicidad. En ese orden, están excluidos los procesos complejos. Un ámbito de estos supuestos de complejidad tiene expresa regulación en el art. 342.3 del CPP (modificado por la Ley N° 30077), y están referidos a la i) naturaleza interna del acto de investigación. Así, están regulados ocho supuestos que atienden a criterios de pluralidad de imputados, agravados, cantidad de actos de investigación, o cantidad de tiempo a emplearse en la obtención de esa información. Estos exigen una actividad de investigación también compleja, incompatible con un mecanismo de simplificación procesal como el proceso inmediato, por lo que, evidentemente, no lo habilitan.

296

Otros supuestos de complejidad atienden a ii) las condiciones materiales de la ejecución del acto de investigación o su incorporación a la causa por razones diferentes: distancia, remisión de muestras y su análisis, saturación de los servicios periciales, demora en la expedición de informes por parte de diversos órganos públicos, etc. También se considera como supuesto de complejidad si iii) se imputa un hecho delictivo a varias personas y la prueba evidente o evidencia delictiva no comprende a todos ellos.

Otro supuesto de complejidad es iv) la gravedad del hecho objeto de imputación atendiendo a la gravedad de la pena conminada. A mayor

gravedad del hecho, más intensa será la necesidad de limitar la procedencia del proceso inmediato. La exclusión atiende al principio constitucional de proporcionalidad, pues la idoneidad y estricta proporcionalidad del proceso inmediato aseguran una respuesta rápida al delito, pero con flexibilización de las garantías de defensa procesal y tutela jurisdiccional para delitos de gravedad mínima. En ese orden, excluye de su trámite los delitos especialmente graves.

Los delitos especialmente graves demandan un nivel profundo de esclarecimiento y una actividad probatoria más intensa y completa de los hechos configuradores del injusto culpable y de las circunstancias modificativas de responsabilidad; por tanto, proscriben constitucionalmente la vía del proceso inmediato. A modo de ejemplo son los delitos con i) pena de cadena perpetua; ii) pena privativa de libertad no menor de veinticinco años, y iii) pena privativa de libertad no menor de quince años.

La indefinición que presenta el Acuerdo Plenario 2-2016 respecto de lo que se estima «delito especialmente grave» es problemática, puesto que esa fundamentación no está configurada como una directriz operativa, sino como una estimación de carácter general que puede ser o no considerada por el operador jurisdiccional. La propuesta, en los fundamentos propios del juez supremo Salas Arenas, es más definida, pues considera que no existe una norma que establezca un parámetro, marcador o cuantificador vinculado al marco abstracto de la pena privativa de libertad<sup>22</sup> para la viabilidad del proceso inmediato y, en ese sentido, propone unos criterios cuantificadores necesarios como límite objetivo-normativo que pauten razonablemente la viabilidad del proceso inmediato. En efecto, es razonable tomar como fundamento normativo la valla prevista en el art. 427 del CPP, que establece como límite si el extremo mínimo de la pena abstracta supera los 6 años de pena privativa de libertad. No cabe duda de que los criterios cuantitativos tienen razonable operatividad cuando se trata de limitar el poder punitivo.

Finalmente, se configura otro supuesto de complejidad, relativo al v) momento de determinar el tipo de concurso de delitos real y/o ideal, y los

---

<sup>22</sup> A diferencia del Código Orgánico Integral Penal de Ecuador, cuyo art. 640.2 establece que el procedimiento directo «procederá en los delitos calificados como flagrantes sancionados con pena máxima privativa de libertad de hasta cinco años y los delitos contra la propiedad cuyo monto no exceda de treinta salarios básicos unificados del trabajador en general calificados como flagrantes».

recurrentes equívocos con apariencias concursales –concurso aparente–. De cualquier manera, si se tiene dos bienes jurídicos comprometidos, ello ya supone un nivel de complejidad que no puede ser procesado en la urgencia de un proceso inmediato.

## **V. Conclusión**

La constitucionalización del proceso inmediato exige necesariamente considerar dos presupuestos materiales: la prueba evidente y la simplicidad del caso. En efecto, estos presupuestos materializan el principio constitucional de proporcionalidad, y solo conforme a este, es posible la aplicación constitucional del proceso inmediato. Sin esos límites, el diseño simple y básico del proceso inmediato no lo hace idóneo para el trámite de casos con relativa complejidad. En ese orden, los operadores penales deberán ser sumamente rigurosos en verificar su configuración, de tal manera que frente a un mínimo de incertidumbre de información o de simplicidad dudosa, se tendrá que inhabilitar el proceso inmediato. El propio acuerdo plenario es claro al señalar que, por su diseño básico, el proceso inmediato es restrictivo de principios y garantías. Por esa razón, la interpretación de sus dispositivos tendrá que realizarse siempre de manera restrictiva conforme al mandato constitucional previsto en el artículo 139.9 de la Constitución Política del Estado, para modular así esos principios y garantías.

## Laicidad e igualdad religiosa en la Constitución peruana\*

✍ ÓSCAR DÍAZ MUÑOZ\*\*

### Sumario

**I.** Libertad e igualdad religiosas. **II.** El derecho fundamental de igualdad religiosa. **III.** El principio de laicidad del Estado.

### Resumen

La igualdad religiosa es un derecho fundamental expresamente reconocido en la Constitución peruana (artículo 2, inciso 2). En este trabajo se explica su contenido constitucionalmente protegido. A tal efecto, hace análisis constitucional desde el Estado confesional hasta llegar al actual Estado aconfesional, donde, bajo el principio de laicidad, se brinda un marco de protección adecuado a la igualdad religiosa, como lo demuestra la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú, que también es objeto de estudio.

### Palabras clave

Libertad religiosa, igualdad religiosa, principio de laicidad, principio de colaboración entre el Estado y las confesiones religiosas, laicidad positiva, Tribunal Constitucional.

### Abstract

Religious equality is a fundamental right expressly recognized in the Peruvian Constitution (Article 2, paragraph 2). In this paper, its constitutionally protected content is explained. To this end, a constitutional analysis is made from the confessional State to the current non-confessional State, where, under the principle of secularity, a framework of adequate protection for religious equality is provided, as demonstrated by the rulings of the Constitutional Court of Peru that they also are object of study.

\* Ponencia presentada en el XVII Coloquio del Consorcio Latinoamericano de Libertad Religiosa, «Principio de laicidad y libertad religiosa. El rol del estado en la sociedad plural» (Montevideo, Uruguay), del 6 al 9 de setiembre de 2017.

\*\* Doctor y máster en Derecho por la Universidad de Zaragoza (España). Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asesor jurisdiccional y exsecretario relator del Tribunal Constitucional. Profesor de Derecho constitucional en la Facultad de Derecho y en la Sección de Postgrado de la Universidad de San Martín de Porres. Presidente del Centro de Estudios en Derechos Fundamentales de la Universidad de San Martín de Porres. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, del Consorcio Latinoamericano de Libertad Religiosa y del *International Consortium for Law and Religion Studies* (ICLARS).

**Keywords**

Religious freedom, religious equality, principle of secularity, principle of collaboration between the State and religious denominations, healthy secularity, Constitutional Court.

**I. Libertad e igualdad religiosas**

**H**ablar sobre del derecho de igualdad religiosa en el Perú y su situación actual, obliga a repasar la historia del reconocimiento de la libertad religiosa en su derecho constitucional.

Siendo aún parte del territorio español, el Perú juró la Constitución de 1812, aprobada en España en el marco de la Guerra de Independencia frente a la invasión napoleónica. En ese documento se combinaron principios del liberalismo democrático (como la soberanía nacional y la separación de poderes) por influencia de la Constitución de los Estados Unidos de 1787 y de la Constitución francesa de 1791, junto con las leyes tradicionales de la Monarquía española.

300

Es en este último grupo donde encontramos el factor religioso en la Constitución española de 1812. Las guerras de religión a partir del siglo XVI, hasta llegar a la paz de Westfalia de 1648, enfrentaron a Estados europeos que se autodefinieron como católicos o protestantes, contribuyendo a crear la idea de Estado confesional<sup>1</sup>. Así, bajo el principio *cuius regio illius religio*, cada rey podía imponer su religión a sus súbditos.

Esta situación –que recibió nombres diversos, como *galicanismo* en Francia o *regalismo* en España– hizo que cobre cada vez más fuerza un sistema de relaciones Iglesia-Estado en el que los monarcas católicos llevaron a cabo un intenso control en la vida de la Iglesia<sup>2</sup>.

Todo esto explica que el artículo 12 de la Constitución de 1812 dijera lo siguiente: «La religión de la Nación española es y será perpetuamente la

<sup>1</sup> Con el término «Estado» nos referimos aquí al concepto y características del Estado de la Edad Moderna. Cfr. Hermann HELLER, *Teoría del Estado*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1987, p. 145.

<sup>2</sup> Cfr. Pedro LOMBARDÍA y Juan FORNÉS, «El derecho eclesiástico», en *Derecho eclesiástico del Estado español*, 1996, pp. 23-68.

Sobre los problemas entre el Estado y la Iglesia católica con motivo del *regalismo* y *galicanismo*, véase, FRANCISCO MARTÍN HERNÁNDEZ y JOSÉ CARLOS MARTÍN DE LA HOZ, *Historia de la Iglesia*. Tomo II. «La Iglesia en la época moderna», Madrid, Palabra, 2011, pp. 259-265.

católica, apostólica, romana, única verdadera. La Nación la protege por leyes sabias y justas, y prohíbe el ejercicio de cualquiera otra».

El Perú se independizó de España en 1821. Su primera Constitución, de 1823, estuvo claramente influida por la Constitución norteamericana de 1787, como, por ejemplo, al adoptar el sistema republicano, el presidencialismo y la separación de poderes. Sin embargo, mientras el pueblo norteamericano había partido del reconocimiento del pluralismo cristiano en la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 1776 (artículo 16<sup>3</sup>), hasta llegar, en 1791, a la libertad religiosa en la Primera Enmienda<sup>4</sup> de su Constitución<sup>5</sup>; el Perú, por el contrario, mantuvo en su primera Constitución una fórmula similar a la del regalismo de la Constitución española de 1812. De esta forma, la Constitución peruana de 1823 dirá lo siguiente:

La religión de la República es la Católica, Apostólica, Romana con exclusión del ejercicio de cualquier otra» (artículo 8).

Es un deber de la Nación protegerla constantemente, por todos los medios conformes al espíritu del Evangelio, y de cualquier habitante del Estado respetarla inviolablemente» (artículo 9).

Con alguna que otra variación, este texto se repetirá en las diez Constituciones que tuvo el Perú en los siguientes años, incluyendo la de 1933, por lo que pudo ser definido durante ese período como un Estado confesional, aun cuando en 1915 fue reformada la Constitución de 1860 para permitir el ejercicio público de confesiones distintas a la católica<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 1776, Artículo 16: «Que la religión, o las obligaciones que tenemos con nuestro Creador, y la manera de cumplirlas, solo pueden estar dirigidas por la razón y la convicción, no por la fuerza o la violencia; y, por tanto, todos los hombres tienen igual derecho al libre ejercicio de la religión, según los dictados de su conciencia; y que es deber mutuo de todos el practicar la indulgencia, el amor y la caridad cristianas, unos con otros».

<sup>4</sup> Constitución de los Estados Unidos, Primera Enmienda: «El Congreso no hará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente (...)».

<sup>5</sup> Cfr. David F. FORTE y Matthew SPALDING, *The Heritage Guide to the Constitution*, Washington, Regnery, 2014, p. 399.

<sup>6</sup> El texto original del artículo 4 de la Constitución Política del Perú de 1860 establecía: «La Nación profesa la Religión Católica, Apostólica, Romana: el Estado la protege, y no permite el ejercicio público de otra alguna». La Ley N° 2193, del 11 de noviembre de 1915, reformó este texto suprimiendo su última parte: «y no permite el ejercicio público de otra alguna». De esta forma, se mantenía un Estado confesional pero con libertad de cultos. Respecto a la comparación sobre las relaciones Estado-confesiones religiosas en las doce constituciones del Perú, véase, Oscar DÍAZ MUÑOZ, «El derecho fundamental de libertad religiosa en la Constitución

Y así llegamos a la Constitución de 1979 que, en lugar y términos similares a la actual Constitución de 1993, reconoce: 1) el derecho fundamental de libertad religiosa; 2) sus límites, bajo el principio de *máxima libertad posible y mínima restricción necesaria*; 3) la igualdad religiosa; 4) el principio de laicidad del Estado; y 5) el principio de colaboración entre el Estado y las confesiones religiosas.

Esto se explica por el fenómeno de exaltación e internacionalización de los derechos humanos, entre ellos la libertad religiosa, ocurrido tras las Segunda Guerra Mundial, como lo prueba su reconocimiento en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (artículo 18<sup>7</sup>) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículo 18), seguidos en América por la Convención sobre Derechos Humanos de 1969 (artículo 12).

A ello hay que sumar el aporte a la fundamentación y contenido de este derecho fundamental dado por la doctrina de la Iglesia católica a través de la Declaración *Dignitatis Humanae*, sobre la Libertad Religiosa, del Concilio Vaticano II, en 1965, donde se señala lo siguiente:

302

Este Concilio Vaticano declara que la persona humana tiene derecho a la libertad religiosa. Esta libertad consiste en que todos los hombres han de estar inmunes de coacción, tanto por parte de individuos como de grupos sociales y de cualquier potestad humana, y esto de tal manera que, en materia religiosa, ni se obligue a nadie a obrar contra su conciencia, ni se le impida que actúe conforme a ella en privado y en público, solo o asociado con otros, dentro de los límites debidos. Declara, además, que el derecho a la libertad religiosa está realmente fundado en la dignidad misma de la persona humana (...). Este derecho de la persona humana a la libertad religiosa ha de ser reconocido en el ordenamiento jurídico de la sociedad, de tal manera que llegue a convertirse en un derecho civil (nº 2).

También, esta Declaración se ocupa de la protección de la igualdad religiosa, objeto del presente trabajo:

---

del Perú y su desarrollo jurisprudencial», *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, núm. 8, 2015, pp. 280-284.

<sup>7</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, Artículo 18: «Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia».

Si, consideradas las circunstancias peculiares de los pueblos, se da a una comunidad religiosa un especial reconocimiento civil en la ordenación jurídica de la sociedad, es necesario que a la vez se reconozca y respete el derecho a la libertad en materia religiosa a todos los ciudadanos y comunidades religiosas.

Finalmente, la autoridad civil debe proveer a que la igualdad jurídica de los ciudadanos, que pertenece también al bien común de la sociedad, jamás, ni abierta ni ocultamente, sea lesionada por motivos religiosos, y a que no se haga discriminación entre ellos» (nº 6).

La vigente Constitución de 1993, en un texto similar al de 1979, como ya hemos mencionado reconoce, en su artículo 2 (inciso 3), el derecho fundamental de libertad religiosa en estos términos:

(Toda persona tiene derecho) a la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias (...) El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público.

303

A tenor de la Constitución puede decirse que el objeto del derecho de libertad religiosa tiene dos componentes: 1) la libertad del acto de fe, inmune de cualquier coacción (que protege tanto al creyente, como al agnóstico o ateo), y 2) la libertad del culto religioso.

Además, nuestro Tribunal Constitucional ha precisado que, en su dimensión subjetiva interna, la libertad religiosa «supone la capacidad de toda persona para autodeterminarse de acuerdo con sus convicciones y creencias en el plano de la fe religiosa»<sup>8</sup>.

En su dimensión subjetiva externa, involucra la libertad para «la práctica de la religión en todas sus manifestaciones, individuales o colectivas, tanto públicas como privadas, con libertad para su enseñanza, culto, observancia y cambio de religión»<sup>9</sup>, siempre que no se «ofenda la moral ni altere el orden público».

La dimensión subjetiva externa genera el *principio de inmunidad de coacción*, conforme al cual, según el Tribunal Constitucional, «ninguna per-

---

<sup>8</sup> STC Exp. N° 6111-2009-PA/TC, fundamento 11.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

sona puede ser obligada a actuar contra sus creencias religiosas; es decir, que no podrá ser obligada o compelida jurídicamente a obrar de manera opuesta a dichas convicciones»<sup>10</sup>.

De otro lado, la dimensión subjetiva externa de la libertad religiosa ampara su ejercicio no solo en forma individual, sino también *asociada* o colectiva.

Esta *dimensión comunitaria* del derecho de libertad religiosa, por la cual también pueden ser titulares de este derecho los grupos —principalmente las confesiones— en cuanto tales, parece distinguir al derecho de libertad religiosa de los otros derechos fundamentales: la posibilidad —jurídicamente tutelada— de que se proyecte a relaciones sociales de carácter religioso.

## II. El derecho fundamental de igualdad religiosa

El derecho de igualdad religiosa tiene un reconocimiento específico en nuestra Constitución, en su artículo 2 (inciso 2), que prescribe lo siguiente:

(Toda persona tiene derecho) A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de (...) religión (...).

304

El Tribunal Constitucional ha aclarado que no todo trato diferenciado es contrario al derecho de igualdad, pues «estamos frente a un derecho fundamental que no consiste en la facultad de las personas para exigir un trato igual a los demás, sino a ser tratado de igual modo a quienes se encuentran en una idéntica situación»<sup>11</sup>. Esto, llevado al plano del derecho de igualdad religiosa, ha permitido afirmar al supremo intérprete de la Constitución:

Igualdad (...) no significa uniformidad. Por ello, a efectos de determinar si en un caso concreto se está frente a una quiebra del *derecho-principio de no discriminación o de igualdad religiosa*, habrá que, en primer término, determinar si se está frente a un trato desigual con base en justificaciones objetivas y razonables; o si se trata de un trato desigual arbitrario, caprichoso e injustificado y, por tanto, discriminatorio<sup>12</sup>.

En este punto, conviene recordar la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o

<sup>10</sup> STC Exp. N° 3372-2011-PA/TC, fundamento 11 y STC 3283-2003-AA/TC, fundamento 19.

<sup>11</sup> STC Exp. N° 48-2004-PI/TC, fundamento 59.

<sup>12</sup> STC Exp. N° 6111-2009-PA/TC, fundamento 22.

las convicciones, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1981, que recoge no solo la dimensión personal o individual del derecho de libertad religiosa, sino también su dimensión comunitaria, de modo que reconoce los derechos de los grupos religiosos en cuanto tales, que el Estado debe tutelar.

Es de destacar que el artículo 6 de la Declaración enumera las siguientes libertades que, *inter alia*, comprende el derecho de libertad religiosa:

- a) La de practicar el culto o de celebrar reuniones en relación con la religión o las convicciones, y de fundar y mantener lugares para esos fines;
- b) La de fundar y mantener instituciones de beneficencia o humanitarias adecuadas;
- c) La de confeccionar, adquirir y utilizar en cantidad suficiente los artículos y materiales necesarios para los ritos o costumbres de una religión o convicción;
- d) La de escribir, publicar y difundir publicaciones pertinentes en esas esferas;
- e) La de enseñar la religión o las convicciones en lugares aptos para esos fines;
- f) La de solicitar y recibir contribuciones voluntarias financieras y de otro tipo de particulares e instituciones;
- g) La de capacitar, nombrar, elegir y designar por sucesión los dirigentes que correspondan según las necesidades y normas de cualquier religión o convicción;
- h) La de observar días de descanso y de celebrar festividades y ceremonias de conformidad con los preceptos de una religión o convicción;
- i) La de establecer y mantener comunicaciones con individuos y comunidades acerca de cuestiones de religión o convicciones en el ámbito nacional y en el internacional.

Según esta Declaración, en su artículo 7, se busca que los derechos y libertades reconocidos en ella se concedan «en la legislación nacional de

manera tal que todos puedan disfrutar de ellos en la práctica», con lo cual es claro que la Declaración concibe tales derechos como mínimos que el Derecho de cada Estado debería garantizar a cualquier grupo religioso, independientemente de los sistemas de relaciones entre Estado y confesiones religiosas que adopten los distintos países<sup>13</sup>.

### III. El principio de laicidad del Estado

Por último, quisiera referirme a dos principios de la Constitución peruana que inciden directamente en la igualdad religiosa. Me refiero al *principio de laicidad del Estado* y al *principio de colaboración entre el Estado y las confesiones religiosas*, ambos contenidos en su artículo 50, conforme al siguiente tenor:

Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú, y le presta su colaboración. El Estado respeta otras confesiones y puede establecer formas de colaboración con ellas.

306

Según el *principio de laicidad*, «el Estado se autodefine como laico o ente radicalmente incompetente ante la fe y la práctica religiosa, no correspondiéndole ni coaccionar ni siquiera concurrir, como un sujeto más, con la fe religiosa de los ciudadanos»<sup>14</sup>. Por la laicidad, entonces, «el Estado entiende que la fe religiosa está liberada del conjunto de elementos que componen su identidad esencial de Estado, porque cualquier profesión de fe o cualquier actitud ante el acto de fe, similar al de la persona, es ajena a su naturaleza de ente político-jurídico»<sup>15</sup>.

Sin embargo, nuestro Tribunal Constitucional ha precisado que laicidad no significa una actitud estatal negativa hacia lo religioso, que usualmente se denomina *laicismo*, pues «el hecho de que exista una neutralidad del Estado en materia religiosa no significa que los poderes públicos hayan de desarrollar una especie de persecución del fenómeno religioso o de cualquier manifestación de tipo religioso.

<sup>13</sup> Cfr. Pedro LOMBARDÍA y Juan FORNÉS, *op. cit.*, p. 64.

<sup>14</sup> STC Exp. N° 6111-2009-PA/TC, fundamento 25.

<sup>15</sup> Pedro-Juan VILADRICH y Javier FERRER ORTIZ, «Los principios informadores del derecho eclesástico español», en Javier FERRER ORTIZ (ed.), *Derecho eclesástico del Estado español*, Pamplona, Eunsa, 1996, p. 141.

La laicidad es incompatible con un Estado que se considere defensor o protector de una determinada confesión, pero también lo es con un Estado que promueva el ateísmo o el agnosticismo o el destierro del ámbito público de toda expresión de origen religioso.

La incompetencia del Estado ante la fe y la práctica religiosa no significa la promoción del ateísmo o agnosticismo con la eliminación de símbolos religiosos de la esfera pública o la imposición de una ideología antirreligiosa, ignorando las tradiciones que responden a la formación histórica, cultural y moral del Perú<sup>16</sup>. Así, ha dicho el Tribunal Constitucional que «tanto puede afectar a la libertad religiosa un Estado confesional como un Estado “laicista”, hostil a lo religioso»<sup>17</sup>.

En cuanto, al *principio de colaboración entre el Estado y las confesiones religiosas*, ha dicho el Tribunal Constitucional que la Constitución considera importante el componente religioso perceptible en la sociedad peruana, y por ello (en el ya citado artículo 50) dispone que el Estado preste su colaboración a la Iglesia católica y que pueda establecer formas de colaboración con las demás confesiones religiosas<sup>18</sup>. De esta forma, «el artículo 50 de la Constitución contiene un doble contenido para el Estado: el establecimiento de relaciones con las confesiones religiosas y que éstas sean de colaboración»<sup>19</sup>.

La suscripción de convenios de colaboración entre el Estado y las confesiones religiosas representa, según ha destacado el Tribunal Constitucional, «la forma más importante de materializar el principio de colaboración»<sup>20</sup> y, consecuencia de este, es el Acuerdo entre el Estado peruano y la Santa Sede

<sup>16</sup> STC Exp. N° 6111-2009-PA/TC, fundamentos 49 y 28.

<sup>17</sup> A propósito de esto, en la STC Exp. N° 6111-2009-PA/TC, fundamento 44, el Tribunal Constitucional desestimó una demanda de amparo donde se reclamaba el retiro de los crucifijos de los despachos y tribunales del Poder Judicial, pues «si bien en un templo el crucifijo tiene un significado religioso, en un escenario público (como los despachos y tribunales del Poder Judicial) tiene un valor cultural, ligado a la historia del país, a su cultura o tradiciones. En tal contexto, que el Estado mantenga dichos símbolos en tales espacios públicos no significa que abandone su condición de Estado laico para volverse un Estado confesional protector de la religión católica». Cfr. Javier Ferrer Ortiz, «La presencia de símbolos de origen religioso en el espacio público y la libertad de no declarar la propia religión. Comentario a la STC 6111-2009-PA/TC», en Óscar Díaz Muñoz *et al*, *El derecho fundamental de libertad religiosa: jurisprudencia y doctrina constitucional*, Lima, Tribunal Constitucional del Perú y Centro de Estudios Constitucionales, 2014, pp. 83-134.

<sup>18</sup> Cfr. STC Exp. N° 6111-2009-PA/TC, fundamentos 29.

<sup>19</sup> *Ibid.*, fundamento 30.

<sup>20</sup> *Ibid.*, fundamento 32.

de 1980, que es un tratado internacional y, a la fecha, el único convenio de colaboración entre el Estado y una confesión religiosa en el Perú.

Además, ha resaltado el Tribunal Constitucional que el Estado «puede también suscribir convenios de colaboración con confesiones religiosas distintas a la católica, conforme al artículo 50 de la Constitución»<sup>21</sup>.

En tales convenios, las confesiones podrían pactar con el Estado su colaboración en materias como la enseñanza religiosa en los centros educativos públicos, el otorgamiento de beneficios tributarios como los previstos para las entidades sin fines de lucro, o la asistencia religiosa en los establecimientos públicos militares, hospitalarios o penitenciarios.

Es importante destacar que la mención constitucional explícita a la Iglesia católica y genérica a las demás confesiones, ha de interpretarse como un ejemplo de trato específico en razón de que la Constitución reconoce a dicha Iglesia su enorme extensión sociológica, arraigo histórico e importante papel en la formación histórica, cultural y moral del Perú.

Desde el momento en que tal mención a la Iglesia católica se funda en una justificación objetiva y razonable y que es posible celebrar acuerdos de colaboración no solo con ésta sino también con otras Iglesias, no puede ser entendida como una discriminación hacia las demás confesiones, sino, más bien, como un paradigma extensivo de trato específico del factor religioso. Es decir: de tanto reconocimiento jurídico como goce la Iglesia católica —la de mayor arraigo y complejidad orgánica en la sociedad peruana—, de otro tanto pueden gozar el resto de las confesiones genéricamente aludidas en la Constitución si poseen notorio arraigo<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> *Ibidem*, fundamento 33.

<sup>22</sup> Cfr. Pedro-Juan VILADRICH, y Javier FERRER ORTIZ, ob. Cit., 141.

En un régimen igualmente de laicidad de Estado, encontramos la mención a la Iglesia católica en la Constitución española de 1978: «Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones» (artículo 16.3). Conforme a los debates constituyentes, esa mención a la Iglesia católica expresa el reconocimiento del hecho histórico y sociológico del catolicismo mayoritario en la sociedad española, en el mismo artículo donde se declara la no confesionalidad del Estado. Muy significativa al respecto es la intervención del diputado Carrillo (Partido Comunista) en las Cortes Constituyentes españolas: «Lo que hay, me parece, de una manera muy sencilla, es el reconocimiento de que en este país la Iglesia Católica, por su peso tradicional, no tiene en cuanto fuerza social ningún parangón con otras confesiones igualmente respetables, y nosotros, precisamente para no resucitar la cuestión religiosa, precisamente para mantener ese tema en sus justos límites, hemos aceptado que se cite a la Iglesia Católica y a otras confesiones en un plano de igualdad» Cfr. Carmen GARCIMARTÍN MONTERO, «La

La Ley N° 29635, Ley de Libertad Religiosa, de 2010, se ha encargado de desarrollar el artículo 50 de la Constitución en lo que respecta a la posibilidad de que el Estado suscriba convenios de colaboración con las entidades religiosas, para lo cual exige que estas se encuentren inscritas en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia, que «hayan adquirido notorio arraigo con dimensión nacional y ofrezcan garantías de estabilidad y permanencia por su número de miembros y actividades» (artículo 15)<sup>23</sup>.

Podemos concluir, como lo ha hecho el Tribunal Constitucional, que el término *colaboración* que emplea la Constitución (unido al *principio de laicidad del Estado*) indica que «nuestro modelo constitucional no responde ni a los sistemas de unión, ni a los sistemas de separación absoluta entre el Estado y las confesiones. La colaboración entre el Estado y las confesiones religiosas es un lugar de encuentro equidistante de la unión y la incomunicación entre ellos»<sup>24</sup>.

El modelo constitucional peruano se adscribe, entonces, a lo que el Tribunal Constitucional español ha denominado *laicidad positiva*, en el que la Constitución, tras formular una declaración de neutralidad, valora el componente religioso perceptible en la sociedad y, al mismo tiempo, ordena a los poderes públicos mantener las consiguientes relaciones de colaboración con la Iglesia católica y las demás confesiones, introduciendo de este modo una idea de aconfesionalidad o laicidad positiva<sup>25</sup>.

---

laicidad en las Cortes Constituyentes de 1978», en *Ius Canonicum*, vol. XXXVI, núm. 72, 1996, pp. 574-577.

<sup>23</sup> El primer Reglamento de la Ley de Libertad Religiosa (Decreto Supremo 10-2011-JUS), en su artículo 28, indicó qué condiciones debe reunir una entidad religiosa para entenderla de *notorio arraigo* en el Perú. Este Reglamento fue sustituido por uno nuevo, aprobado por Decreto Supremo 006-2016-JUS, que sorprendentemente nada dice sobre los requisitos que debe reunir una confesión religiosa para entenderla de notorio arraigo. Esta omisión imposibilitaría la suscripción de convenios de colaboración entre el Estado y las entidades religiosas, lo que resultaría inconstitucional, por infringir el artículo 50 de la Constitución, e ilegal, por omitir la reglamentación del artículo 15 de la Ley de Libertad Religiosa.

<sup>24</sup> STC Exp. N° 3372-2011-PA/TC, fundamento 13; STC Exp. N° 6111-2009-PA/TC, fundamento 31.

<sup>25</sup> Tribunal Constitucional de España. STC 101/2004, de 2 de junio, FJ 3.

Un análisis sobre la presencia de la laicidad positiva o neutralidad benevolente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Constitucional italiana, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania y la Corte Suprema norteamericana, véase, Alfonso RUIZ MIGUEL y Rafael NAVARRO-VALLS, *Laicismo y Constitución*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 122-131.

Por su parte, Ollero, antes que de laicidad positiva, prefiere hablar de laicidad por atención, refiriéndose a un Estado como el español que, conforme a su Constitución (en este punto, similar a la Constitución peruana), es laico «precisamente en la medida en que tiene en cuenta las creencias religiosas de los ciudadanos y, como derivada consecuencia, coopera con sus confesionales expresiones colectivas». Andrés OLLERO, *España: ¿un Estado laico? La libertad religiosa en perspectiva constitucional*, Pamplona, Thomson-Civitas, 2005, p. 51.



## El amparo contra laudos arbitrales

 BERLY JAVIER F. LÓPEZ FLORES\*

### Sumario

**I.** Introducción. **II.** Amparo y recurso de anulación de laudo arbitral. **III.** El recurso de anulación de laudo arbitral como vía previa al amparo (Expediente 06167-2005-PHC/TC). Objeto de control en el amparo: el laudo arbitral. **IV.** El recurso de anulación de laudo arbitral como vía igualmente satisfactoria al amparo (Expediente 00142-2011-PA/TC). Objeto de control en el amparo: la resolución judicial. **V.** El amparo contra resolución judicial (estimatoria o desestimatoria) de un recurso de anulación de laudo arbitral. 5.1) La interpretación arbitraria de una ley. 5.2) La aplicación arbitraria de una ley. 5.3) La indebida motivación de las sentencias y autos dictados por el juez. 5.4) La notificación defectuosa de sentencias o autos dictados por el juez. 5.5) La no actuación de medios probatorios ofrecidos por las partes o las decretadas de oficio por el juez. 5.6) La revisión o inicio de procesos judiciales ya fenecidos. 5.7) La omisión judicial. **VI.** Comentarios a las causales de procedencia e improcedencia del amparo arbitral. **VII.** La cosa juzgada arbitral. **VIII.** Singularidades del arbitraje de contratación pública con el Estado. 8.1) La contratación pública con el Estado. 8.2) El convenio arbitral en la Ley de Contrataciones con el Estado. 8.3) El control constitucional de laudos expedidos en arbitrajes de contratación pública. **IX.** Conclusiones.

### Resumen

El autor plantea el estado de la cuestión del amparo arbitral en el Perú y explica los cambios de contenido del recurso de anulación de laudo arbitral implementados por el Tribunal Constitucional. Así, en el artículo se destaca que el punto de inflexión de estos cambios radica en la «tesis jurisprudencial del recurso de anulación como vía igualmente satisfactoria al amparo», que reconfigura el instituto del amparo arbitral al determinar el derrotero que tendría una demanda de amparo arbitral que se interponga en sede del Tribunal Constitucional.

### Abstract

The author raises the status of the writ of amparo regarding arbitration disputes in Peru and explains the changes in content of the legal remedy for annulment of the arbitration award as implemented by the Constitutional Court. Thus, the article emphasizes that the turning point of these changes

---

\* Profesor de Derecho Procesal Constitucional en la Universidad de Piura (Campus Lima). Abogado por la Universidad de Piura. Egresado de la Maestría en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

lies in the "jurisprudential thesis of the annulment remedy as an equally satisfactory alternative to the writ of amparo", which reconfigures the writ of amparo regarding arbitration disputes by determining the course of action that such a claim would have in the Constitutional Court.

**Palabras clave**

Amparo arbitral, resoluciones judiciales, cosa juzgada arbitral, contrataciones con el Estado

**Keywords**

Arbitral protection, judicial decisions, res judicata, contracting with the State.

## I. Introducción

Para Salvatore Satta el arbitraje es una especie de composición de la controversia en el que los juicios de otras personas sustituyen al propio y es aceptado como tal, manifestando así la voluntad de transigir<sup>1</sup>.

A través de la suscripción del convenio o compromiso arbitral, las partes acuerdan acudir a la jurisdicción arbitral con el fin de resolver una controversia jurídica patrimonial, sustrayéndola del conocimiento de la jurisdicción del Poder Judicial por razones de desconfianza, ineficiencia, ineficacia y/o impericia en el conocimiento de la materia controvertida.

312

De esta manera, las personas naturales o jurídicas pueden acudir a la jurisdicción ordinaria del Poder Judicial o a la jurisdicción especial del arbitraje con el fin de solucionar controversias jurídicas patrimoniales. Empero, la elección por una u otra jurisdicción, inevitablemente, traerá consecuencias jurídicas en el desarrollo del proceso (judicial) o el procedimiento (arbitral).

La opción de acudir a la jurisdicción especial del arbitraje trae como consecuencia la aplicación de particularidades y rasgos característicos propios, pues se trata de un régimen procedimental *sui géneris* que cuenta con reglas específicas diseñadas para solucionar de manera pronta y eficaz controversias jurídicas patrimoniales.

De esta manera, por ser una jurisdicción especial, también tendrán el mismo carácter *sui géneris* o especial los mecanismos procesales dirigidos

---

<sup>1</sup> Salvatore SATTA, *Manual de derecho procesal civil*, traducción de Santiago Sentís Melendo y Fernando de la Rúa, Buenos Aires, Europa-América, 1971, p. 289.

a cuestionar o enervar lo resuelto –el laudo– en dicha jurisdicción arbitral, tales como el *recurso de anulación de laudo arbitral* y el *proceso de amparo*.

A propósito de estos mecanismos procesales que tienen por finalidad cuestionar un laudo arbitral, el Tribunal Constitucional señaló en anterior oportunidad que el mecanismo por excelencia era la vía ordinaria del recurso de anulación de laudo arbitral ante el Poder Judicial, precisando que solo si se agota tal recurso, procedía iniciar el proceso de amparo. Acuñó, en ese entonces, la tesis jurisprudencial del recurso de anulación como vía previa al amparo (Caso «Cantuarias Salaverry»)<sup>2</sup>.

Posteriormente, en criterio que rige en la actualidad, el Tribunal Constitucional señaló que la única vía procesal para cuestionar lo resuelto en sede arbitral es el recurso de anulación de laudo arbitral, y procederá el amparo solo para algunas situaciones excepcionales. De esta manera, acuña hoy la tesis jurisprudencial del recurso de anulación como vía igualmente satisfactoria al amparo (Caso «Sociedad Minera María Julia S.A.»)<sup>3</sup>.

No cabe duda que el cambio de una tesis jurisprudencial a otra trae consecuencias jurídicas gravitantes para la tutela de los derechos fundamentales, pues el amparo en materia arbitral se vuelve aún más radicalmente subsidiario y/o residual, a contrapelo de las otras temáticas (laborales, pensionarias, procesales, municipales, etc.).

En el presente trabajo se explicará el estado actual de la cuestión en materia de amparo arbitral en el Perú a consecuencia del cambio en la conceptualización del recurso de anulación de laudo arbitral realizada por el Tribunal Constitucional, cambio que, como veremos más adelante, incide de manera directa y definitiva al momento de interponer con éxito una demanda de amparo arbitral.

## **II. Amparo y recurso de anulación de laudo arbitral<sup>4</sup>**

Hemos señalado que los mecanismos o vías procesales a través de los cuales se puede cuestionar o enervar lo resuelto en un procedimiento arbitral

---

<sup>2</sup> STC Exp. N° 06167-2005-PHC/TC.

<sup>3</sup> STC Exp. N° 00142-2011-PA/TC.

<sup>4</sup> Berly Javier LÓPEZ FLORES, «Proceso de amparo, arbitraje y recurso de anulación de laudo arbitral. A propósito de las nuevas reglas procesales en materia de amparo arbitral», en *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*, Tomo 46, Lima, 2011, pp. 49-56.

(laudo) son: el «proceso» *constitucional de amparo* y el «recurso» *de anulación de laudo arbitral*.

Sin embargo, creemos que ambas vías procesales, bajo ningún concepto, podrían ser equiparadas o igualadas en términos de eficacia y eficiencia al momento de proteger los derechos fundamentales de las personas.

En efecto, desde un punto de vista procesal constitucional, el *amparo* es un proceso cuya peculiaridad descansa en su naturaleza constitucional. Es un proceso declarativo o de conocimiento que tiene como presupuesto la inseguridad o incertidumbre respecto a la violación de un derecho constitucional por parte de una autoridad, funcionario o persona, que debe ser aclarada por la respectiva sentencia. Constituye, así, una tutela privilegiada cuya finalidad esencial es proteger eficazmente los derechos fundamentales<sup>5</sup>.

La pretensión en el amparo consiste, pues, en una petición dirigida a un órgano jurisdiccional en la que se invoca como sustento la violación o amenaza de violación de un derecho fundamental cometida por una autoridad, funcionario o persona<sup>6</sup>. Como tal, es una pretensión declarativa de condena<sup>7</sup>.

314

Con relación al laudo arbitral, la pretensión de estilo suele ser la declaratoria de nulidad del laudo arbitral por vicios o defectos formales en su expedición y, eventualmente, la razonabilidad y proporcionalidad –sentido de justicia– del laudo arbitral emitido (debido proceso formal y sustantivo).

Como proceso constitucional, el amparo tiene principios procesales que lo identifican y lo diferencian de los restantes procesos judiciales.

El amparo ostenta filosofía propia y un objeto de protección especial: los derechos fundamentales de la persona. Asimismo, tiene una estructura recursiva especial conformada por el recurso de apelación y el de agravio constitucional.

Con el recurso de apelación se intenta subsanar errores *in iudicando*, es decir, errores de juicio manifestados en una resolución formalmente vá-

<sup>5</sup> Samuel ABAD YUPANQUI, «El proceso constitucional de amparo: su aporte a la tutela de los derechos fundamentales», Lima, Gaceta Jurídica, 2004, p. 96.

<sup>6</sup> *Ibid.*, pp. 97-98.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 98.

lida, siendo su objeto lograr la revocación o modificación de la resolución impugnada, constituyendo un remedio jurídico contra la injusticia de la resolución, cuyo sentido requiere ser reformado o revocado, sin negarle validez a la actuación<sup>8</sup>.

Lo dicho también tiene asidero respecto al recurso de agravio constitucional, al que le es connatural, al igual que la apelación, la evaluación o examen sobre el juicio de derecho llevado a cabo por los jueces inferiores y, en último término, por los árbitros.

Tenemos así que en el proceso de amparo, a través de los recursos de apelación o de agravio constitucional, las partes procesales pueden solicitar que se reforme, revoque o modifique el sentido del fallo impugnado, que incidirá a su vez en el laudo arbitral emitido, sea en sus aspectos formales de validez o en sus aspectos sustanciales de justicia.

Es fácil advertir que, en un amparo, el margen de control de un laudo arbitral resulta ser muy amplio, pues involucra la forma y el fondo de la decisión emitida (debido proceso formal y sustantivo).

Empero, las características o rasgos antes descritos para el amparo no pueden ser pregonables o extrapolables respecto al *recurso de anulación de laudo arbitral*, pues este, tal como se desprende de su *nomen iuris*, no es un proceso, sino tan solo un recurso.

He aquí la primera diferencia con el amparo, situación que no dejará de tener implicancias sustanciales al momento de solicitarse la restitución de un derecho fundamental vulnerado o amenazado utilizando una u otra vía procesal.

Resulta pacífico sostener, a nivel doctrinario, que el laudo arbitral puede estar sujeto a dos formas de impugnación: la impugnación por nulidad y la revocación<sup>9</sup>.

En el caso peruano, la ley que norma el arbitraje<sup>10</sup> establece en su artículo 62: «Contra el laudo solo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez (...)».

---

<sup>8</sup> Roberto G. LOUTAYF RANEA, *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil*, Buenos Aires, Astrea, 1989, p. 410.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 299.

<sup>10</sup> Decreto Legislativo N° 1071, vigente desde el 1 de setiembre de 2008.

Atendiendo al dispositivo glosado es fácil inferir, entonces, que con la anulación o nulidad recogida en la mencionada ley solo se pretende subsanar errores *in procedendo*, es decir, en las formas que deben observarse para obtener un acto procesal válido, buscando la anulación o invalidación de una resolución viciada, o de todo el procedimiento, constituyendo solo un remedio jurídico contra la validez.

Así, con la anulación se busca rehacer lo hecho y que se desconozcan los efectos de la resolución<sup>11</sup> (debido proceso formal).

Es de precisar que, como consecuencia de la tramitación de dicho recurso, resulta vedado emitir pronunciamiento sobre el fondo de la controversia o sobre el carácter de justo-injusto de la decisión emitida en el laudo arbitral, pues dicha competencia se encuentra reservada exclusivamente al tribunal arbitral.

Se advierte entonces que, desde una perspectiva procesal, existen diferencias sustanciales e irreconciliables entre el proceso de amparo y el recurso de anulación de laudo arbitral.

316

Más allá del nombre que se le dé a uno u otro mecanismo procesal – proceso o recurso, pues siempre habrá que estar a la naturaleza de las cosas o de las instituciones procesales–, lo cierto es que ambos mecanismos difieren ostensiblemente en los alcances del control sobre el laudo arbitral: en el amparo, la forma y el fondo; y en el recurso de anulación, solo la forma.

Por lo expuesto, deja muchas dudas la opción jurisprudencial de calificar al recurso de anulación de laudo arbitral como una vía igualmente satisfactoria al amparo.

### **III. El recurso de anulación de laudo arbitral como vía previa al amparo (expediente N° 06167-2005-PHC/TC). Objeto de control en el amparo: el laudo arbitral**

La jurisprudencia constitucional en materia de amparo arbitral, emitida apenas expedido el Código Procesal Constitucional, optó por considerar al recurso de anulación de laudo arbitral como una vía previa al amparo, acuñando así la *tesis jurisprudencial del recurso de anulación como vía previa al amparo*.

---

<sup>11</sup> Roberto G. LOUTAYF RANEA, *op. cit.*, p. 411.

A tal efecto, el Tribunal Constitucional, señaló en dicho momento que:

(...) El control judicial, [del laudo arbitral], conforme a la ley, debe ser ejercido *ex post*, es decir, *a posteriori*, mediante los recursos de apelación y anulación del laudo previstos en la Ley General de Arbitraje. Por su parte, el control constitucional deberá ser canalizado conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Constitucional; vale decir que tratándose de materias de su competencia, de conformidad con el artículo 5, numeral 4 del precitado código, no proceden los procesos constitucionales cuando no se hayan agotado las vías previas. En ese sentido, si lo que se cuestiona es un laudo arbitral que verse sobre derechos de carácter disponible, de manera previa a la interposición de un proceso constitucional, el presunto agraviado deberá haber agotado los recursos que la Ley General de Arbitraje prevé para impugnar dicho laudo» (STC Exp. N° 06167-2005-PHC/TC, fundamento 8).

Como bien es sabido, la vía previa se refiere a la exigencia de articular un reclamo administrativo o jurisdiccional antes de promover el amparo, y obliga a agotar la instancia para que el acto quede firme antes de la interposición del amparo<sup>12</sup>.

317

La decantación por calificar al recurso de anulación como una vía previa al amparo trae, pues, consecuencias jurídicas gravitantes en relación con los alcances y/o extensión del pronunciamiento judicial en el amparo. En efecto, considerar al recurso de anulación de laudo arbitral como una vía previa al amparo significa entender tal recurso como una vía procesal interna, propia e inherente de la jurisdicción arbitral.

Significa que el laudo arbitral y el recurso de anulación constituyen elementos indisolubles e indelimitables el uno del otro. Es decir, la decisión que se emita en la anulación, al ser una vía previa, constituye una extensión de la decisión emitida por el tribunal arbitral y comprende una evaluación sobre el fondo de la controversia jurídica patrimonial.

Por tal motivo, de emitirse una decisión estimatoria o desestimatoria del recurso de anulación, esta podía ser sometida a evaluación en sede cons-

---

<sup>12</sup> Claudia Beatriz SBDAR, *Amparo de derechos fundamentales*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2003, p. 129.

titucional, y es a través del amparo que se podía evaluar el fondo y la forma de la decisión emitida en sede arbitral (debido proceso formal y sustantivo).

En este sentido, una consideración del recurso de anulación de laudo arbitral, como vía previa al amparo, posibilita una intervención o penetración directa y considerable sobre la decisión emitida en el laudo arbitral, resultando de ello la existencia de un amparo arbitral químicamente puro, es decir, un amparo con el que se cuestiona directamente lo resuelto en un laudo arbitral.

Atendiendo a este diseño procesal, el afectado en sede arbitral puede cuestionar el laudo arbitral emitido a través del recurso de anulación y, luego de agotada la vía previa, puede acudir en amparo, teniéndose como objeto de control constitucional el propio laudo arbitral emitido.

#### **IV. El recurso de anulación de laudo arbitral como vía igualmente satisfactoria al amparo (expediente 00142-2011-PA/TC). Objeto de control en el amparo: la resolución judicial**

318

En contraposición a lo señalado, la jurisprudencia constitucional posteriormente emitida en materia de amparo arbitral ha optado por considerar al recurso de anulación de laudo arbitral como una vía igualmente satisfactoria, acuñando así la *tesis jurisprudencial del recurso de anulación como vía igualmente satisfactoria al amparo*.

A tal efecto, el Tribunal Constitucional, estableció que:

(...) en tanto es posible que mediante el recurso de anulación de laudo resulte procedente revertir los efectos del pronunciamiento arbitral en los casos en los que este involucre la afectación de derechos constitucionales, su naturaleza no es la de una vía previa, es decir, la de una instancia anterior al proceso constitucional, sino más bien, la de una vía procedimental igualmente satisfactoria, en los términos a los que se refiere el artículo 5, inciso 2) del Código Procesal Constitucional. En tales circunstancias, quien acuda al recurso de anulación de laudo debe saber que lo que la instancia judicial decida ha de ser lo definitivo, sin que sea posible a *posteriori* acudir al proceso constitucional de amparo, ya que en este supuesto es de aplicación el inciso 3 del artículo 5 del CPCConst (STC Exp. N° 00142-2011-PA/TC, fundamento 18).

Al respecto, se entiende por vías paralelas –también llamadas convergentes o concurrentes– a todo proceso (ordinario, sumario, especial, etc.) distinto al amparo, mediante el cual se puede obtener la protección del derecho constitucional vulnerado o amenazado. Para que una vía pueda ser calificada como paralela debe perseguir el mismo fin que el amparo, con invocación de los mismos hechos y de las mismas partes<sup>13</sup>.

La vía paralela atañe, pues, a la imposibilidad de acudir al amparo cuando el ordenamiento procesal prevé otra vía de tutela, acarreado la declaración de inadmisibilidad del amparo articulado<sup>14</sup>.

Tiene su fundamento en la naturaleza excepcional del amparo y en el deseo de no trastocar el ordenamiento procesal dejando de lado los procesos establecidos<sup>15</sup>.

Y es que el amparo debe ser concebido como un remedio excepcional, extraordinario, que no debería ser utilizado si existen instrumentos procesales idóneos y, por lo tanto, su empleo ha de ser compatible con tal naturaleza. El amparo no debe actuar cuando exista una vía judicial ordinaria, sumaria o especial que pueda proteger en forma oportuna y eficaz los derechos de los demandantes<sup>16</sup>.

En este supuesto, la decantación por calificar al recurso de anulación como una vía igualmente satisfactoria al amparo trae también consecuencias jurídicas gravitantes en relación a los alcances y/o extensión del pronunciamiento judicial en el amparo.

En efecto, considerar al recurso de anulación de laudo arbitral como una vía igualmente satisfactoria al amparo, significa, pues, entender al recurso como una vía procesal autónoma, alterna o desligada absolutamente de la jurisdicción arbitral. Una vía procesal que, *prima facie*, debería gozar de la misma eficacia y eficiencia protectora que el amparo.

Teniendo en cuenta ello, la decisión estimatoria o desestimatoria del recurso de anulación emitida por el Poder Judicial puede también ser sometida a evaluación en sede constitucional del amparo.

---

<sup>13</sup> Samuel ABAD YÚPANQUI, *op. cit.*, p. 268.

<sup>14</sup> Claudia Beatriz SBDAR, *Op. cit.*, p. 129.

<sup>15</sup> Samuel ABAD YÚPANQUI, *op. cit.*, p. 270.

<sup>16</sup> *Ídem.*

Empero, a través de él ya no se podría evaluar el fondo y la forma de la decisión emitida en sede arbitral (debido proceso formal y sustantivo), sino tan solo si la resolución judicial expedida con motivo de la interposición del recurso de anulación vulnera o no el derecho al debido proceso o la tutela procesal efectiva.

Por lo tanto, una consideración del recurso de anulación de laudo arbitral como una vía igualmente satisfactoria al amparo posibilita una intervención indirecta y tenue sobre la decisión emitida en el laudo arbitral, resultando de ello la existencia de un amparo contra resolución judicial.

Atendiendo a este diseño procesal, el afectado en sede arbitral puede cuestionar el laudo a través del recurso de anulación, y recién luego recurrir en amparo cuestionando la resolución judicial que estima o desestima el recurso de anulación.

Sin embargo, en este diseño, sería casi imposible que a través del amparo se reste validez y eficacia al laudo arbitral emitido, pues no se presenta posibilidad alguna de atacar o cuestionar de manera directa este, sino tan solo la resolución judicial que estima o desestima el recurso de anulación.

320

Este diseño procesal coadyuva a establecer una suerte de «blindaje del laudo arbitral», pues la decisión que se emita en el amparo no podrá afectar de manera directa lo resuelto en sede arbitral, sino tan solo lo resuelto en sede judicial con motivo de la interposición del recurso de anulación, presentándose así la situación de un amparo realmente subsidiario.

Si bien es cierto que este diseño procesal tiende a «blindar» a la jurisdicción arbitral (laudo) frente a decisiones que puedan ser expedidas en la jurisdicción constitucional a propósito de un amparo, también es cierto que ello puede generar un verdadero conflicto («choque de trenes») entre ambas jurisdicciones y, por ello, el blindaje procesal no sería tal.

En efecto, supongamos que un tribunal emite un laudo arbitral y la parte afectada interpone recurso de anulación ante la Corte Superior, siendo estimado su recurso y declarándose la nulidad del laudo arbitral, decisión que luego es confirmada vía recurso de casación por la Corte Suprema. Esto daría lugar a que el tribunal arbitral asuma nuevamente competencia sobre el asunto de fondo y resuelva la controversia jurídica patrimonial.

Empero, la otra parte, favorecida con el laudo arbitral pero perjudicada con lo resuelto en el recurso de anulación, plantea demanda de amparo contra la resolución judicial que declaró la nulidad del laudo arbitral y, en esta sede constitucional, obtiene una decisión favorable que estima su demanda, conservando así la validez del laudo.

Surge, pues, la interrogante sobre cuál resolución judicial debe ser acatada o ejecutada: ¿la del recurso de anulación que ordenó la emisión de un nuevo laudo o la del amparo que deja sin efecto la resolución judicial que ordena la emisión de un nuevo laudo?

Vistas así las cosas, es posible advertir que este diseño procesal posibilita la inagotable realización de cuestionamientos procesales a los asuntos relacionados con la emisión de un laudo arbitral.

#### **V. El amparo contra resolución judicial<sup>17</sup> (estimatoria o desestimatoria) de un recurso de anulación de laudo arbitral**

El artículo 4º del Código Procesal Constitucional, señala que el amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso.

Ya en lo referente a la tutela procesal efectiva, el Código Procesal Constitucional señala que esta comprende 'aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminedada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal' (artículo 4º del Código Procesal Constitucional).

De este modo, por vía legislativa, la concreción sobre el ámbito de protección del 'amparo contra resoluciones judiciales' se ha circunscrito solo a la protección de los derechos fundamentales de orden procesal, que-

---

<sup>17</sup> Berly Javier LÓPEZ FLORES, *Amparo contra resoluciones judiciales. Cómo llevar un caso ordinario a un proceso de amparo*, Lima, Gaceta Jurídica, 2013.

dando fuera de su órbita todos los restantes derechos igualmente fundamentales (o constitucionales).

Empero, ¿habrían razones jurídico iusfundamentales para que el ámbito de derechos protegidos mediante este amparo tenga que ser replanteado y/o extendido?

El Tribunal Constitucional consideró correctamente que el elenco de derechos fundamentales susceptibles de ser protegidos por este amparo debía ser ampliado. Ello lo hizo sustentándose en el diseño constitucional del ámbito de protección de este proceso y en la doctrina de la eficacia vertical de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional de Derecho.

De este modo, los supuestos en los cuales resulta procedente el ‘amparo contra resoluciones judiciales’ no se circunscriben únicamente al agravio a la tutela procesal efectiva, sino que esta tiene un carácter de *númerus apertus* o solo enunciativo.

Así las cosas, en la sentencia recaída en el Expediente 03179-2004-PA/TC, caso Apolonia Ccollcca, el Tribunal constitucional interpretó extensivamente el artículo 4º del Código Procesal Constitucional, señalando que, a través del proceso de amparo, puede cuestionarse una resolución judicial firme no solo por la afectación de derecho de orden procesal, sino de derechos fundamentales de orden material, como el derecho de propiedad, al trabajo, a la pensión, a la educación, al honor, entre otros.

A esta interpretación llegó el Tribunal Constitucional tomando en consideración que la eficacia vertical de los derechos fundamentales vincula a todos los jueces su observancia y respeto absoluto. Esta premisa permitió concluir al Tribunal que el juez constitucional podía incluso analizar el fondo del asunto bajo determinados criterios restrictivos y excepcionales.

Posteriormente, el Tribunal Constitucional en sentencia recaída en el Exp. N° 01209-2006-PA/TC, caso Compañía Cervecería Ambev Perú S.A.C., pese a seguir el mismo criterio vertido en el caso Apolonia Ccollcca, decidió ampliar su argumentación y reafirmó que el juez constitucional puede y debe tutelar derechos fundamentales de orden material en función a su eficacia vertical. Pero, en esta ocasión, el análisis de la resolución judicial exige esta vez que el juez constitucional verifique si es que la resolución cuestionada vulnera de modo manifiesto los derechos fundamentales sustantivos alegados.

Vale decir que, a partir de ahora, no solo se controla el debido proceso formal, sino también el sustantivo, y en relación al control del derecho al debido proceso sustantivo se deberá aplicar el principio de proporcionalidad para evaluar la constitucionalidad de la decisión cuando se alegue la vulneración de un derecho fundamental, que no sea de orden procesal. Asimismo, se aplicará el principio de razonabilidad para descubrir la arbitrariedad de una resolución judicial, y por último el principio de decisión justa<sup>18</sup>.

Esto, como es evidente, no debiera implicar la evaluación de fondo del proceso, pues esta es competencia exclusiva del órgano jurisdiccional ordinario.

Y ello porque el objeto del proceso de amparo no es evaluar si el juez ordinario aplicó o no correctamente la norma pertinente al caso o valoró de manera errónea ciertos medios probatorios, sino que, por el contrario, el objeto del amparo solo es verificar que las resoluciones judiciales hayan respetado los principios de proporcionalidad, razonabilidad y decisión justa.

Todo lo expuesto cobra vigor si tomamos en cuenta el ámbito de derechos protegidos en el proceso de amparo, recogido en el inciso 2) del artículo 200º de la Constitución Política del Perú, el cual precisa la competencia material del amparo al establecer lo siguiente: «Son garantías constitucionales la Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente».

Conforme a ello, en el «amparo contra resoluciones judiciales» se han de proteger todos aquellos atributos subjetivos o derechos reconocidos en la Constitución, con excepción de los que, a su vez, son protegidos por el proceso de hábeas data, es decir, el derecho de acceso a la información pública, reconocido en el inciso 5) del artículo 2 de la Constitución, y el derecho a la autodeterminación informativa, reconocido a su vez en el inciso 6) del mismo artículo 2º de la Constitución.

---

<sup>18</sup> Berly Javier LÓPEZ FLORES, «La cosa juzgada derivada de una sentencia interlocutoria del Tribunal Constitucional», en *Cosa juzgada constitucional*, Revista Peruana de Derecho Constitucional, 2016, pp. 105-106.

En este sentido, una interpretación sistemática con el inciso 1) del artículo 200° de la Constitución, en aplicación del Principio de Unidad de la Constitución, necesariamente tiene que terminar con excluir también del «amparo contra resolución judicial» a los derechos protegidos por el proceso de hábeas corpus, es decir, la libertad individual y los derechos conexos a él.

Conforme se puede advertir, el ámbito de los derechos protegidos por el proceso de amparo resulta ser de amplio espectro y comprende, residualmente, la protección de todos los derechos constitucionales no protegidos por los otros procesos de tutela de los derechos fundamentales (como el hábeas corpus y el hábeas data).

Planteadas así las cosas, resulta lógico rechazar las razones jurídico constitucionales que limiten el ámbito de los derechos protegidos por el «amparo contra resoluciones judiciales» solo a la protección de los derechos que integran la tutela procesal efectiva, pues los únicos derechos exceptuados del control mediante este proceso son los protegidos, a su vez, por el hábeas corpus y el hábeas data.

324

Y es que resulta inadmisibles, desde un punto de vista constitucional, sostener que una resolución judicial deviene de un proceso «irregular» solo cuando ella vulnera el derecho a la tutela procesal, y resulta más inadmisibles aún que esa presunta «irregularidad» no llegue a vulnerar a la larga otros derechos fundamentales sustantivos.

Los actos lesivos en el «amparo contra resolución judicial», originados en una decisión estimatoria o desestimatoria de un recurso de anulación de laudo arbitral, pueden ser los siguientes:

### **5.1. La interpretación arbitraria de una ley**

Reiterada jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional, establece que la interpretación del derecho legal ordinario (Código Civil, Código Penal, Código Tributario, etc.) es una competencia propia de la jurisdicción ordinaria.

Sin embargo, existen casos en que la jurisdicción constitucional sí se encuentra habilitada para emitir un pronunciamiento respecto de los alcances interpretativos de una ley, precisamente cuando tal interpretación, por ser

arbitraria, incida de modo arbitrario en determinados derechos fundamentales, bienes o valores constitucionales.

Y es que cuando un juez ordinario, al momento de resolver una controversia jurídica, interpreta las disposiciones legales, serán los significados y normas extraídas de tales dispositivos los que constituirán el basamento de la decisión judicial y, precisamente, esos significados o normas pueden y deben de ser controladas de cara con el marco de derechos y valores establecidos en la Constitución Política del Perú.

De esta manera, es posible el control constitucional sobre las interpretaciones de las disposiciones de una ley que realice el juez ordinario, en tanto y en cuanto la interpretación de una norma, es susceptible de vulnerar el contenido constitucionalmente protegido de algún derecho fundamental.

Lo contrario, la ausencia de control sobre la interpretación de un dispositivo legal, crearía zonas exentas del control constitucional, resultando ello vedado en el actual Estado Constitucional de Derecho.

## **5.2. La aplicación arbitraria de una ley**

325

Alude a un supuesto en el que el proceso judicial ordinario, sea del tipo que fuere, ha sido sentenciado o resuelto en su decisión final sustentándose en una norma que no se encuentra vigente, ya sea porque esta ha sido derogada, modificada, aún no ha sido promulgada o se encuentra en periodo de *vacatio legis*.

## **5.3. La indebida motivación de las sentencias y autos dictados por el juez**

La motivación debida de las decisiones judiciales comporta que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión; implica también que exista congruencia entre lo pedido y lo resuelto y que, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aún cuando esta sea breve o concisa.

Esas razones, por lo demás, deben provenir no solo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino y sobre todo de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso del que se deriva la resolución cuestionada. Así pues, toda decisión que carezca de una motivación

adecuada, suficiente y congruente, constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, inconstitucional.

No obstante lo anterior, no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente la afectación del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, sino solo en aquellos casos en los que dicha facultad se ejerce de manera arbitraria, es decir, en los casos en los que la decisión es más bien fruto del decisionismo que de la aplicación razonable del derecho en su conjunto.

#### **5.4. La notificación defectuosa de sentencias o autos dictados por el juez**

Este acto lesivo se materializa al interior del proceso judicial ordinario cuando el órgano judicial procede a la notificación de los actos procesales dirigidos al emplazado o demandado en un domicilio procesal que no era el suyo, siguiéndose el proceso judicial a espaldas de este, y con vulneración de su derecho fundamental de defensa.

A estos efectos, cabe recordar que se vulnera el derecho de defensa cuando:

326

«Los titulares de derechos e intereses legítimos se ven impedidos de ejercer los medios legales suficientes para su defensa, pero no cualquier imposibilidad de ejercer esos medios produce un estado de indefensión que atenta contra el contenido constitucionalmente protegido del derecho, sino que es constitucionalmente relevante cuando se genera una indebida y arbitraria actuación del órgano que investiga o juzga al individuo. Tal hecho se produce solo en aquellos supuestos en que el justiciable se ve impedido, de modo injustificado, de argumentar a favor de sus derechos e intereses legítimos (STC Exp. N° 00582-2006-PA/TC, fundamento 3).

#### **5.5. La no actuación de medios probatorios ofrecidos por las partes o las decretadas de oficio por el juez**

El acto lesivo radica en que la decisión judicial es emitida por los jueces ordinarios sin apoyarse en elemento de prueba alguno que haya sido aportado por las partes procesales o decretada de oficio por el juez ordinario.

Esta situación, evidentemente, vulnera el derecho fundamental a la prueba, el cual está compuesto por:

El derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios; a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios, y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tengan en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado (STC Exp. N° 6712-2005-HC/TC, fundamento 15).

### **5.6. La revisión o inicio de procesos judiciales ya fenecidos**

Puede darse el caso que habiendo fenecido un determinado proceso judicial ordinario, teniendo este la calidad de cosa juzgada, inmodificable e inmutable, se pretenda luego iniciar un nuevo proceso judicial ordinario que pretenda restarle validez al anterior.

En este supuesto, queda claro que el control constitucional se centrará en determinar o evaluar si el acto lesivo consistente en el inicio de este nuevo proceso judicial tendría por vocación u objetivo modificar, alterar o suspender los alcances de lo resuelto en el anterior proceso judicial, lo cual vulneraría el derecho fundamental a que se respete una resolución que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada.

327

Y es que, tal como precisa el Tribunal Constitucional:

Mediante el derecho a que se respete una resolución que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada se garantiza el derecho de todo justiciable, en primer lugar, a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser recurridas mediante medios impugnatorios, ya sea porque estos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarla; y, en segundo lugar, a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó (STC N° Exp. 4587-2004-AA/TC, fundamento 38).

### **5.7. La omisión judicial**

Las vulneraciones a los derechos fundamentales, producidos al interior de procesos judiciales ordinarios, pueden tener su origen tanto en ac-

ciones como en omisiones, pues el proceso de amparo, según el artículo 200 inc. 2 de la Constitución Política del Perú, procede frente a un hecho (acto) u omisión.

Dentro de los primeros no solo se incluyen los autos, decretos y sentencias, sino a todas las actuaciones judiciales susceptibles de vulnerar los derechos fundamentales de las partes procesales.

En cuanto a las omisiones, las demandas de «amparo contra resoluciones judiciales» tendrían como objeto denunciar dilaciones indebidas en la tramitación o en la resolución de los procesos judiciales ordinarios, así como dilaciones en el concesorio de ciertos medios impugnatorios (apelación, queja o casación), ello a consecuencia de la burocracia judicial o la excesiva carga procesal que habita en los despachos de los jueces ordinarios.

## **VI. Comentarios a las causales de procedencia e improcedencia del amparo arbitral**

328

Como muestra del «blindaje procesal» realizado a la jurisdicción arbitral, el Tribunal Constitucional estableció una serie de causales o supuestos que darían mérito a admitir o, en su defecto, declarar improcedente una demanda de amparo en materia arbitral. En este sentido, señaló la improcedencia del amparo arbitral cuando:

- a) El recurso de anulación previsto en el Decreto Legislativo N° 1071, que norma el arbitraje constituya vías procedimental específica, [e] igualmente satisfactoria para la protección de derechos constitucionales, que determinan la improcedencia del amparo de conformidad con el artículo 5, inciso 2), del Código Procesal Constitucional.
- b) De conformidad con el inciso b) del artículo 63 del Decreto Legislativo N° 1071, no procede el amparo para la protección de derechos constitucionales aun cuando estos constituyan parte del debido proceso o de la tutela procesal efectiva.
- c) Es improcedente el amparo para cuestionar la falta de convenio arbitral. En tales casos la vía idónea que corresponde es el recurso de anulación, de conformidad con el inciso a) del artículo 63 del Decreto Legislativo N° 1071.

- d) Cuando a pesar de haberse aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, las materias sobre las que ha de decidirse tienen que ver con derechos fundamentales de carácter indisponible o que no se encuentran sujetas a posibilidad de negociación alguna, procederá el recurso de anulación (Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, artículo 63 [incisos 'e' y 'f']), siendo improcedente el amparo alegándose el mencionado motivo (artículo 5, inciso 2, del Código Procesal Constitucional).»

Analizados los supuestos de improcedencia del amparo arbitral como consecuencia de haberse considerado al recurso de anulación como una vía igualmente satisfactoria al amparo, toca ahora reflexionar acerca de si todas las causales establecidas en el artículo 63 del Decreto Legislativo N° 1071 tienen la vocación de proteger o tutelar derechos fundamentales en sede arbitral.

Como ya lo he dicho en otro lugar<sup>19</sup>, los derechos plausibles de ser ejercidos en sede arbitral, de los cuales su vulneración daría lugar a interponer el amparo, son los siguientes: el derecho al debido proceso, el derecho de acceso a la jurisdicción arbitral, el derecho a que la controversia sea conocida por un árbitro o tribunal arbitral imparcial, el derecho a la igualdad sustancial en el procedimiento arbitral, el derecho de defensa, el derecho al contradictorio y/o a exponer sus argumentos, el derecho a probar, el derecho a la debida motivación de las resoluciones y laudos arbitrales, el derecho a la ejecución en tiempo oportuno de las resoluciones y laudos arbitrales, el derecho a un procedimiento arbitral sin dilaciones indebidas, entre otros.

Al respecto, tengo reparos en afirmar que la vulneración de los derechos arriba descritos estarían recogidos en el artículo 63 del Decreto Legislativo N° 1071, a manera de causales para la anulación de un laudo arbitral.

Considero que no todos los derechos mencionados encuentran identidad o coincidencia con las causales para declarar la anulación del laudo arbitral, habida cuenta de que aquellas estarían referidas a las vul-

---

<sup>19</sup> Berly Javier LÓPEZ FLORES, «Amparo y arbitraje de contratación pública con el Estado», en *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*, Tomo 44, Gaceta Jurídica, Lima, agosto de 2011, pp. 243-250.

neraciones a los derechos ocurridas en el inicio del procedimiento arbitral (instalación del tribunal arbitral), mas no a las vulneraciones ocurridas en el trámite mismo del procedimiento arbitral.

A lo anterior, habría que agregar además que las causales de anulación, por restringir el derecho a que se ejecute un laudo arbitral emitido, deben ser interpretadas de manera taxativas, y no extensivas.

Por lo tanto, no se podrían hacer calzar dentro de dichas causales supuestos que la propia norma no ha señalado de manera clara.

De otro lado, el Tribunal Constitucional también señaló los supuestos de procedencia para el amparo arbitral. En tal sentido, declaró que procede el amparo:

- a) Cuando se invoca la vulneración directa o frontal de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional.
- b) Cuando en el laudo arbitral se ha ejercido control difuso sobre una norma declarada constitucional por el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial, según corresponda, invocándose la contravención al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.
- c) Cuando el amparo sea interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral y se sustente en la afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales a consecuencia del laudo pronunciado en dicho arbitraje, salvo que dicho tercero esté comprendido en el supuesto del artículo 14 del Decreto Legislativo N° 1071» (STC Exp. N° 00142-2011-PA/TC, fundamento 21).

De los supuestos de procedencia descritos, es posible advertir que el nuevo diseño procesal del recurso de anulación, como vía igualmente satisfactoria al amparo, ha traído como consecuencia que sean contados los casos en los que proceda el amparo.

Sobre el particular, surgen dudas acerca de la posibilidad de invocar en la práctica las causales de procedencia recogidas en los literales a) y b). En efecto, como ya se ha señalado, a través de la suscripción del compromiso arbitral, las partes contratantes acuerdan acudir a la jurisdicción arbitral con

el fin de resolver una controversia jurídica patrimonial que es de derecho privado y no de derecho público<sup>20</sup>.

Por ello, estimamos que, *prima facie*, no habiéndose emitido precedentes vinculantes o doctrina jurisprudencial en materia de interpretación de normas de derecho civil, comercial, societario, de propiedad intelectual, o de defensa del consumidor, entre otras materias sobre las cuales se suele acudir reiteradamente al arbitraje, entonces, los supuestos de procedencia descritos devienen en poco invocables<sup>21</sup>.

Queda ahora por determinar qué otros supuestos podrían haberse considerado para dar lugar a la procedencia del amparo arbitral.

Considero que uno de ellos estaría referido a la tutela de urgencia como elemento implícito en los procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales.

En tal sentido, un supuesto de procedencia hubiese consistido en que, a pesar de tratarse de materias susceptibles de ser ventiladas mediante el recurso de anulación, existiese y se encuentra plenamente acreditada la necesidad de tutela urgente o inmediata para el amparista (persona natural o jurídica).

Por último, queda aún por determinar la vía procesal a través de la cual se reclamarían las vulneraciones a los derechos fundamentales ocurridas en los incidentes de ejecución de un laudo arbitral (nacional o extranjero) y/o de reconocimiento de laudos extranjeros, vulneraciones que pueden provenir del otorgamiento indebido de medidas cautelares, de la afectación de bienes de terceros, de la ejecución diminuta o generosa de lo resuelto en el laudo, etc.

Me animo a señalar que tales reclamos, en tanto no se dirigen a cuestionar los defectos formales (validez) de un laudo –sino que, por el contrario, buscan su ejecución correcta y en sus propios términos–, deberían ser

---

<sup>20</sup> Salvo el caso de los arbitrajes de contratación pública con el Estado, que sí es de Derecho Público. Véase, Berly Javier LÓPEZ FLORES, *Op. cit.*, pp. 243-250.

<sup>21</sup> Nótese que los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional están referidos solo a materias no disponibles, tales como el derecho al trabajo, a la pensión, procesales, municipales, de ratificación de magistrados, tributarias, etc., mas no a materias de derecho privado.

canalizados a través de un amparo arbitral o de un amparo contra resolución judicial, dependiendo de quien lleve adelante la ejecución del laudo arbitral, no cabiendo, bajo ningún concepto, la interposición del recurso de anulación para dichos fines, en tanto no se cuestiona un laudo arbitral sino tan solo la ejecución del mismo.

## **VII. La cosa juzgada arbitral**

Un acto lesivo a los derechos constitucionales de las personas, proveniente de una autoridad judicial, puede consistir en el reinicio de un proceso judicial ya fenecido o concluido con la finalidad de revertir, ante otra autoridad judicial, la situación jurídica adversa definida en la sentencia y neutralizar así la ejecución de lo ya resuelto<sup>22</sup>.

En buen cristiano, un proceso judicial que ya ha definido una incertidumbre jurídica y que, por lo tanto, tiene la calidad de cosa juzgada, puede ser renacido, revivido o resucitado por una de las partes procesales en la pretensión de obtener otra sentencia que esta vez le sea favorable a sus intereses.

332

Frente a este reinicio indebido del proceso judicial, cabe válidamente que la parte afectada formule una excepción de cosa juzgada, denunciando que la materia controvertida ya ha sido resuelta, con anterioridad, ante otra autoridad judicial.

Del mismo modo, cabe interponer también un «amparo contra resolución judicial» cuestionando el auto admisorio de la nueva demanda presentada, sin necesidad de que se exija la firmeza de esta resolución judicial (auto).

Atendiendo a esta perniciosa realidad consistente en el reinicio de procesos judiciales o arbitrales ya fenecidos, es que el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N° 01064-2013-PA/TC, caso Asociación Solaris Perú, fundamento 23, reconoció el derecho constitucional a que se respete un laudo que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada arbitral.

Este derecho garantiza:

Que los laudos que hayan puesto fin al proceso arbitral, y que no hayan sido impugnados oportunamente, no puedan ser recurridos posterior-

---

<sup>22</sup> Berly Javier LÓPEZ FLORES, *Amparo contra resoluciones judiciales...*, op. cit. (falta página).

mente mediante medios impugnatorios o recursos, ya sea porque estos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarlos; y, en segundo lugar, a que el contenido de los laudos que hayan adquirido tales condiciones, no puedan ser dejados sin efecto ni modificados, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos árbitros que resolvieron el arbitraje en el que se dictó el laudo (Cfr., *mutatis mutandis*, STC N° 04587-2004-AA/TC, fundamento 38).

El reconocimiento de este derecho constitucional, para la jurisdicción arbitral, resulta a todas luces saludable y beneficiosa.

Y es que habiéndose expedido un laudo arbitral y notificado del mismo, el afectado con la decisión arbitral no puede tener un plazo abierto o *ad infinitum* para cuestionar, vía recurso de anulación, el laudo arbitral emitido, por lo que habiendo vencido el plazo legal el laudo arbitral se convierte en inquestionable e inmodificable, obteniendo la calidad de cosa juzgada arbitral.

Del mismo modo, habiéndose expedido un laudo arbitral y notificado del mismo, el afectado con la decisión arbitral no puede acudir luego ante otro Tribunal Arbitral para que solucione una controversia que ya ha sido definida en sede arbitral.

Y por último, habiéndose desestimado o estimado un recurso de anulación de laudo arbitral ante el Poder Judicial, el afectado con la decisión judicial no puede reiniciar un nuevo proceso de anulación de laudo arbitral ante otra autoridad judicial.

Todo ello refuerza el carácter jurisdiccional del arbitraje, reconocido por el Tribunal Constitucional, pues dota a las decisiones arbitrales (laudos) de la fuerza y eficacia jurídica transformadora que gozan las decisiones judiciales (sentencias), resultando una conquista para la jurisdicción arbitral.

Y es que cualquier intento judicial de anular, desconocer, perturbar o modificar lo decidido en un laudo arbitral, habiéndose expirado el plazo legal para interponer el recurso de anulación, vulnera el derecho a la cosa juzgada arbitral, el cual puede ser reparado en un proceso de «amparo contra resolución judicial» que concluirá con la inevitable declaratoria de nulidad de las resoluciones judiciales (autos o sentencias) que se opongan o dejen sin efecto lo ya decidido en sede arbitral.

## **VIII. Singularidades del arbitraje de contratación pública con el Estado**

### **8.1. La contratación pública con el Estado**

El artículo 76 de la Constitución Política del Perú establece: «Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes. La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades».

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha entendido que la finalidad de esta disposición constitucional es:

[D]eterminar y, a su vez, garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. En conclusión, ha dicho, que su objeto es lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de principios antes señalados para evitar la corrupción y malversación de fondos públicos (STC Exp. N° 0020-2003-AI/TC, fundamento 12).

334

En efecto, la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Ley N° 30225, establece que su objeto es maximizar el valor del dinero del contribuyente en las contrataciones que realicen las entidades del sector público, de manera que estas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad (artículo 1), inspiradas en los principios de promoción del desarrollo humano, de moralidad, de libre concurrencia y competencia, de imparcialidad, de razonabilidad, de eficiencia, de publicidad, de transparencia, de economía, de vigencia tecnológica, de trato justo e igualitario, de equidad y de sostenibilidad ambiental (artículo 2).

Vemos así que la contratación pública con el Estado, a diferencia de la contratación privada entre particulares, viene regida por una serie de pautas procedimentales que tienen como basamento fines de particularísimo inte-

rés público: el buen manejo de los ingresos públicos en las adquisiciones o compras estatales.

## **8.2. El convenio arbitral en la Ley de contrataciones del Estado**

Con relación al ámbito de las contrataciones públicas con el Estado, es importante destacar que el último párrafo del artículo 63 de la Constitución Política del Perú establece: «El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual (...) a arbitraje nacional (...), en la forma en que lo disponga la ley».

Como materialización del dispositivo constitucional glosado, cobra importancia la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Ley N° 30225, y su Reglamento, aprobado por D.S. N° 350-2015-EF, toda vez que incorporan una serie de etapas pre contractuales (convocatoria, apertura de propuestas técnicas y económicas, adjudicación de la buena pro, suscripción del contrato), que son supervisadas por un comité especial encargado de la transparencia y eficiencia de la contratación pública y, a su vez, incorporan también mecanismos rápidos y flexibles para la solución de controversias acontecidas en la etapa post contractual pública. Uno de estos mecanismos es precisamente el arbitraje de contratación pública o arbitraje<sup>23</sup>.

335

En efecto, el artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado establece: «Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, o invalidez del contrato, se resuelven mediante (...) *arbitraje* (...). Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje (...). El *laudo arbitral* es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación (...)».

Por su parte, el artículo 184, inciso 1 del Reglamento de la Ley establecía que «cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el *arbitraje administrativo* (...)».

Asimismo, el artículo 195 del Reglamento señalaba que si el contrato no incorpora un convenio arbitral se considerará incorporado de pleno de-

---

<sup>23</sup> Las modificaciones a la Ley pueden verse en este enlace: <[goo.gl/2f17Xh](http://goo.gl/2f17Xh)>.

recho el siguiente texto, que remite a un arbitraje institucional del Sistema Nacional de Arbitraje, cuya cláusula tipo era:

Todos los conflictos que deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado, bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Arbitraje del OCSE y de acuerdo con su Reglamento<sup>24</sup>.

De este conglomerado normativo se aprecia, pues, que el propio Estado, renunciando a su *ius imperium*, es quien se ha impuesto a sí mismo la obligación de someter la solución de sus controversias contractuales públicas –relacionadas con la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato– a un arbitraje de contratación pública, denominándose así a este especial régimen arbitral porque –a diferencia del régimen arbitral de contratación privada recogido en el Decreto Legislativo N° 1071– predominará al momento de solucionarse la controversia contractual el análisis y la aplicación preferente de las normas de contratación pública con el Estado y las de derecho público, sobre las normas de derecho privado.

336

En este régimen arbitral especial, el Estado y sus contratistas se someten de manera voluntaria a una autoridad privada (árbitro o tribunal arbitral), que será la encargada de solucionar la controversia contractual pública.

Y constituye un sometimiento de parte del Estado, en vista que subyace a su decisión una autoexigencia o autoimposición voluntaria de someter sus controversias públicas a arbitraje, a fin de no perturbar la dinámica de las contrataciones y adquisiciones públicas, y de asegurar a sus postores o contratantes la confianza, certeza, especialidad y rapidez en la solución de las controversias contractuales públicas.

De otro lado, por parte del contratista también existe un acto voluntario de someter las controversias al arbitraje de contratación pública, toda

---

<sup>24</sup> Este artículo fue suprimido por el Decreto Supremo N° 056-2017-EF, que modifica el Reglamento.

vez que la Ley de Contrataciones del Estado se presume conocida por todos los ciudadanos potenciales contratantes con el Estado y, por ello, se presume conocida también la existencia de la cláusula arbitral como mecanismo de solución de controversias, de modo tal que el postor o contratista, al manifestar su voluntad de participar en los procesos de selección llevados a cabo por el Estado, acepta someter las controversias contractuales públicas a arbitraje.

De parte del contratista también existe una aceptación tácita de someter las controversias al arbitraje, lo cual se corrobora con su participación voluntaria en los referidos procesos de selección (nótese que en las bases de los procesos de selección debe constar el contrato y en él figura la cláusula arbitral que es de pleno derecho).

Y es que nadie está obligado a contratar con el Estado. Y si alguien decide voluntariamente hacerlo, se entiende que acepta las reglas contractuales propuestas, entre ellas, la cláusula arbitral.

### **8.3. El control constitucional de laudos expedidos en arbitrajes de contratación pública**

337

El artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado establecía que «*el laudo arbitral de derecho es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación (...)*»

Por su parte, el artículo 197 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado señalaba que «(...) las sentencias que resuelvan de manera definitiva *el recurso de anulación* deben ser remitidas por el procurador público o la Entidad, según corresponda, al OSCE en el plazo de diez (10) días hábiles de notificadas para su registro y publicación, bajo responsabilidad del procurador público o del Titular de la Entidad o a quien este haya delegado dicha función»<sup>25</sup>.

De las normas glosadas, se desprende con meridiana claridad que la ley y el reglamento de contrataciones del Estado solo posibilitaban el control judicial *a posteriori* de las decisiones arbitrales a través de la interposición del *recurso de anulación de laudo arbitral en sede ordinaria*.

---

<sup>25</sup> Este artículo fue suprimido por el Decreto Supremo N° 056-2017-E.

Se postularía así el carácter irrevisable en sede constitucional de los laudos arbitrales expedidos en arbitrajes de contratación pública, incluso, en supuestos en los que se vulnere los derechos fundamentales de la persona en sede arbitral.

Empero, interpretar la Constitución Política del Perú a partir del mandato legal de la Ley N° 30225 y de su reglamento vaciaría de contenido los principios de supremacía jurídica de la Constitución (artículo 51) y de fuerza normativa de esta al desconocerse su carácter jurídico vinculante y la función de supremo contralor e intérprete de la constitucionalidad de las normas atribuida al Tribunal Constitucional (artículo 201 de la Constitución Política del Perú).

Y es que interpretar –sin ningún tipo de matiz– que contra los laudos arbitrales expedidos en arbitrajes de contratación pública *solo y exclusivamente* cabe la impugnación en la vía judicial ordinaria, a través del recurso de anulación, significa avalar la existencia de situaciones o zonas exentas de control constitucional, lo cual desde los postulados del Estado Constitucional de Derecho resulta, por decir lo menos, inaceptable.

338

Por ello, consideramos que existe la posibilidad cierta e incontrovertible de revisar y/o cuestionar, por la vía del proceso constitucional de amparo, los laudos arbitrales expedidos en arbitrajes de contratación pública, no existiendo respaldo constitucional alguno que impida a las partes involucradas en la contratación pública –el Estado o el contratista– cuestionar lo resuelto en el arbitraje a través de un proceso constitucional de amparo, siendo inaplicable toda norma legal o disposición contractual que diga lo contrario.

Este control constitucional deberá ser solicitado y evacuado conforme a las reglas establecidas para los procesos de amparo en el Código Procesal Constitucional y a la normativa procesal especial que regula el régimen de contratación con el Estado y la solución de sus controversias.

## **IX. Conclusiones**

1. Una consideración del recurso de anulación de laudo arbitral como vía previa al amparo posibilita una intervención o penetración directa y considerable sobre la decisión emitida en el laudo arbitral, resultando de ello la existencia de un amparo arbitral químicamente puro, es decir,

un amparo con el que se cuestiona directamente lo resuelto en un laudo arbitral.

2. De otro lado, considerar el recurso de anulación de laudo arbitral como una vía igualmente satisfactoria al amparo, posibilita una intervención indirecta y tenue sobre la decisión emitida en el laudo arbitral, resultando de ello la existencia de un amparo contra resolución judicial.
3. El juez constitucional que conoce del amparo contra resolución judicial (estimatoria o denegatoria de un recurso de anulación de laudo arbitral) no solo deberá controlar el *debido proceso formal*, sino también el *sustantivo* y, en relación al control del derecho al debido proceso sustantivo, deberá aplicar el principio de proporcionalidad para evaluar la constitucionalidad de la decisión cuando se alegue la vulneración de un derecho fundamental que no sea de orden procesal. Asimismo, se aplicará el principio de razonabilidad para descubrir la arbitrariedad de una resolución judicial y, por último, el principio de decisión justa.
4. El derecho a la cosa juzgada arbitral garantiza, en primer lugar, que los laudos que hayan puesto fin al proceso arbitral y que no hayan sido impugnados oportunamente no puedan ser recurridos posteriormente mediante medios impugnatorios o recursos, ya sea porque estos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarlos y, en segundo lugar, que el contenido de los laudos que hayan adquirido tales condiciones no puedan ser dejados sin efecto ni modificados, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos árbitros que resolvieron el arbitraje en el que se dictó el laudo.



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

 JORGE LUIS LEÓN VÁSQUEZ\*

### Sumario

**I.** Introducción. **II.** Estructura del examen escalonado de tres niveles. 2.1. Determinación del ámbito normativo. 2.2. Intervención en el ámbito de protección. 2.3. Justificación constitucional de la intervención. **III.** Esquemas del examen escalonado de tres niveles. **IV.** Bibliografía consultada.

### Resumen

El modo como se deben resolver problemas –abstractos o concretos– sobre derechos fundamentales es una cuestión sobre la cual se reflexiona muy poco. En algunos ordenamientos jurídicos comparados, sin embargo, tal cuestión tiene una larga tradición. En el caso del Derecho constitucional alemán es de dominio común tanto para el Tribunal Constitucional Federal como para la academia científico-constitucional el denominado examen escalonado de tres niveles (*drei-schritt-prüfung*). Dicho examen es un modelo metodológico estándar para solucionar casos de derechos fundamentales. Este examen es objeto ahora de un breve análisis y desarrollo en el presente artículo.

### Palabras Clave

Derechos fundamentales, examen escalonado, ámbito de protección, intervención, justificación.

### Abstract

The approach in which fundamental rights must be solved – in an abstract or concrete way- is a matter often not thought about. Though in some legal comparative systems, resolving these issues has become a long tradition. In the German Constitutional law, through the application of a three-level step examination (*Drei-Schritt- Prüfung*) which is a common domain for both the Federal Constitutional Court and the scientific- constitutional academy. This exam is a standard model of a methodological technique which helps solve cases of fundamental rights. This review is now a subject of a brief analysis and development in the article.

---

\* Doctor en Derecho por la Universität Hamburg (Alemania), profesor de derecho constitucional en la PUCP y en la UNMSM. Exasesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú.

**Keywords**

Fundamental rights, Stepped exam, Scope of protection, Intervention, Justification.

**I. Introducción**

Resolver un problema concreto de derechos fundamentales tiene sus particularidades y también sus propias dificultades. Exige no solamente un dominio prolijo de las categorías dogmáticas, sino también el aprendizaje y desarrollo de un conjunto de destrezas para identificar el problema, analizar la situación concreta y proponer una solución al caso planteado.

La tarea se complica por el hecho de que las disposiciones de la Constitución son, por lo general, bastante abstractas y generales. Por ejemplo: ¿qué significa, en términos del artículo 2.2 de la Constitución, el concepto de «arte»? ¿Los «memes» constituyen una manifestación de la «libertad artística»? ¿Puede el indigente que vive en una furgoneta estacionada en una calle y alegar «inviolabilidad de domicilio» de acuerdo con el artículo 2.9 de la Constitución? ¿Cómo debe interpretarse desde el Derecho constitucional el concepto de «domicilio»? El *Derecho judicial* (*Richterrecht*) y la dogmática jurídica desempeñen aquí un rol importante para la interpretación de los derechos fundamentales.

342

En la doctrina alemana de los derechos fundamentales (*Grundrechte*) se ha desarrollado, desde hace mucho, una metodología específica para las cuestiones relacionadas con tales derechos. El denominado *examen escalonado de tres pasos* (*drei-schritt-prüfung*) es una metodología ampliamente aceptada y aplicada tanto por el Tribunal Constitucional Federal alemán (*BVerfG*) como por los profesores de la materia y los estudiantes de Derecho.

La mencionada metodología tiene la ventaja de que la resolución de los casos de derechos fundamentales no queda librada a la plena arbitrariedad y subjetividad del intérprete, al mismo tiempo que inserta un elemento de exigencia de sistematicidad y coherencia. Con ello, el análisis y la resolución de casos de derechos fundamentales se hace más controlable y demanda, a quien resuelve el caso, una suficiente justificación.

## II. Estructura del examen escalonado de tres niveles

Como su nombre mismo ya deja explícito, el examen escalonado de los derechos fundamentales presenta tres niveles:

### 2.1. Determinación del ámbito normativo

El primer nivel del examen escalonado está determinado por la averiguación de si la conducta realizada está comprendida en el *ámbito normativo* o *ámbito de protección*. Se distingue acá entre «ámbito de protección personal» (*persönlicher Schutzbereich*) y «ámbito de protección material» (*sachlicher Schutzbereich*). El primero exige que se responda a la cuestión de quién es el titular del derecho fundamental o si quien invoca la intervención puede ser considerado titular de ese derecho; son determinantes acá el tratamiento diferenciado de la «capacidad jurídica iusfundamental» y «la capacidad de obrar iusfundamental» (v. infra Ejemplos 1 y 2).

Bajo el término «ámbito normativo» se debe entender, por el contrario, aquella parte de la realidad vital o la situación vital concreta que la norma iusfundamental ha tomado o aprehendido para sí moldeándola jurídicamente a efectos de su protección (v. infra Ejemplos 1 y 2).

343

**Ejemplo 1:** ¿Una persona fallecida puede ser titular del derecho a la integridad personal, en el caso que, en el mortuario de un hospital, se le hayan extraído órganos sin que en su DNI aparezca como donante?

**Ejemplo 2:** Una manifestación pública en la que las personas reunidas están premunidas de armas y realizan conductas violentas, no está comprendida en el ámbito normativo o de protección del derecho a la libertad de reunión (C artículo 2.12), pues la realidad vital que ha querido proteger la Constitución es el de las «reuniones sin armas y pacíficas». Dicha manifestación está comprendida en el *ámbito de regulación*, pero no en el *ámbito de protección* del artículo 2.12 de la Constitución.

### 2.2. Intervención en el ámbito de protección

En el segundo nivel del examen ha de verificarse si existe una intervención en el ámbito de protección del derecho fundamental específico.

En términos estrictos de la dogmática de los derechos fundamentales se considera *intervención (Eingriff)* toda actuación del Estado que limita –total o parcialmente, directa o indirectamente, intencional o impensadamente, fáctica o jurídicamente, con base en un mandato legal o sin él– una conducta

del titular del derecho fundamental que se subsume en el ámbito de protección concreto de un derecho fundamental.

La intervención puede ser *individual* (es decir, mediante un acto administrativo, una sentencia judicial) o *general* (es decir, por medio de una ley, un decreto legislativo o un reglamento). El análisis en esta segunda fase presupone que se haya verificado, como exige el primer nivel del examen, que la conducta esté comprendida en el ámbito de protección del derecho respectivo (v. Ejemplo 3).

**Ejemplo 3:** Una ley aprobada por el Parlamento que exige como requisito el tener educación secundaria completa para ejercer el oficio de taxista constituye una intervención en el ámbito de protección de los derechos a la igualdad (C artículo 2.2) y a trabajar libremente (C artículo 2.15).

### 2.3. Justificación constitucional de la intervención

Solo cuando se haya determinado correctamente el ámbito de protección del derecho fundamental (primer nivel) y cuando se haya identificado estrictamente la intervención en dicho ámbito de protección, recién entonces se pasa al tercer nivel de examen, en el que se debe determinar si la intervención en el derecho fundamental se encuentra justificada desde el derecho constitucional vigente. Toda lesión implica una intervención en el derecho fundamental, pero no toda intervención constituye una lesión del mismo. Por eso, antes de culminar con el análisis de este tercer nivel no se puede afirmar todavía la afectación o violación del derecho fundamental.

344

Es en esta tercera fase en el que tiene lugar, por ejemplo, la determinación de a qué tipo de reserva de ley (*Gesetzesvorbehalt*) está sometido el derecho fundamental concreto (reserva de ley ordinaria, reserva de ley cualificada o ausencia de reserva de ley), tienen lugar también en esta fase de análisis la aplicación del principio de proporcionalidad (*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*), la aplicación del concepto «límites de los límites» (*Schranken-Schranken*), de la garantía del contenido esencial (*Wesensgehaltsgarantie*), el mandato de cita, entre otros.

### III. Esquemas del examen escalonado de tres niveles

Si bien la estructura básica del examen escalonado es de aplicación general, los esquemas de su aplicación varían en función de si se está ante

intervenciones en los derechos fundamentales provenientes del Legislador, del ejecutivo o del juez.

Los esquemas que presentamos a continuación se fundamentan sobre la base de una serie de preguntas esenciales que deben responderse en el orden presentado a continuación.

### **A. Intervención proveniente del legislador**

#### Esquema 1

- I. ¿Se subsumen las conductas que la ley regula en el ámbito de protección del derecho fundamental?
- II. ¿Presenta la regulación de la ley una intervención en el ámbito de protección?
- III. ¿Está la intervención justificada constitucionalmente?
  1. ¿La ley se ha aprobado de acuerdo con las competencias y los procedimientos?
  2. *a)* Para derechos fundamentales con límite de los límites especial (*Schranken-Schranke*): ¿la ley salvaguarda el límite de los límites?
    - b)* Para derechos fundamentales con reserva de ley cualificada: ¿satisface la ley los elementos de cualificación?
    - c)* Para derechos fundamentales sin reserva de ley: ¿interviene la ley en consideración a derechos fundamentales de terceros o a otros bienes constitucionales?
  3. ¿Satisface la ley las exigencias de la reserva parlamentaria?
  4. ¿Interviene la ley proporcionalmente?
  5. Solo para derechos fundamentales con garantías institucionales: ¿la ley pone en cuestión la institución?
  6. ¿La ley mantiene incólume el contenido esencial del derecho fundamental?
  7. ¿La ley regula en general y no para un caso determinado?
  8. Solo para derechos fundamentales con reserva de ley: ¿salvaguarda la ley el mandato de cita?

9. ¿La ley expresa de manera clara y determinada el supuesto de hecho y las consecuencias jurídicas?
10. ¿Satisface la ley el derecho constitucional restante?

**B. Intervención proveniente del Ejecutivo y del Juez**

**Esquema 2**

- I. ¿El ámbito de protección del derecho fundamental comprende la conducta regulada por la medida?
- II. ¿Presenta la medida una intervención en el ámbito de protección del derecho fundamental?
- III. ¿Está la intervención constitucionalmente justificada?
  1. ¿Existe para la medida un fundamento legal conforme con la Constitución?
  2. ¿Es la medida, por su parte, constitucional?
    - a) ¿Dicha medida aplica la ley en una interpretación que es conforme con la Constitución, de manera especial con los derechos fundamentales?
    - b) ¿Es proporcional?
    - c) ¿Se dirige a los afectados de manera clara y determinada?

## El valor de la cosa juzgada constitucional en los procesos constitucionales de tutela de derechos

 RORIC LEÓN PILCO\*

### Sumario

**I.** Introducción. **II.** Los derechos y los procesos constitucionales y la formación de la cosa juzgada. **III.** La cosa juzgada constitucional y su carácter relativo en sede judicial. 3.1. El amparo contra amparo. 3.2. El recurso de agravio constitucional. **IV.** El «precedente constitucional» y la «cosa juzgada constitucional»: Una necesaria precisión. **V.** El Tribunal Constitucional como órgano de clausura y la cosa juzgada como garantía de protección de los derechos fundamentales. **VI.** ¿La Corte Interamericana de Derechos Humanos relativiza la sentencia del Tribunal Constitucional que ha adquirido la calidad de cosa juzgada? **VII.** Reflexiones finales.

### Resumen

Este artículo analiza cómo se adquiere la cosa juzgada en los procesos constitucionales de tutela de derechos en el ordenamiento jurídico peruano, cómo se delinean sus características, y se proponen algunas diferencias con el precedente constitucional, a fin de determinar su valor normativo dentro del ordenamiento constitucional. Todo esto para evaluar si la cosa juzgada puede ser modificada o rectificada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

### Palabras clave

Cosa juzgada, seguridad jurídica, precedente constitucional, jurisdicción supranacional.

### Abstract

This article analyzes how res judicata is acquired in the constitutional processes of protection of rights in the Peruvian legal system, how its characteristics are delineated, and some differences are proposed with the constitutional precedent, in order to determine its normative value within the constitutional system. All this in order to assess whether the res judicata can be modified or rectified by the Inter-American Court of Human Rights.

### Keywords

Res judicata, legal security, constitutional precedent, supranational jurisdiction.

---

\* Doctor en Derecho Público por la Universidad de Bari «Aldo Moro» (Italia). Abogado por la Universidad Nacional San Agustín de Arequipa.

## I. Introducción

Con fecha 12 de marzo de 2014, el Tribunal Constitucional, con una conformación<sup>1</sup> que se aprestaba a ser renovada por el Congreso de la República, emitió la sentencia recaída en el Exp. N° 04617-2012-PA/TC, mediante la cual declaró fundada la demanda de amparo interpuesta por Panamericana Televisión S.A. en contra de la SUNAT<sup>2</sup>, al considerar que la deuda tributaria generada entre el 24 de febrero de 2003 y el 8 de junio de 2009 constituía una expropiación judicial que vulneraba su derecho de propiedad; y declaró inexigible dicha deuda.

La SUNAT, que venía perdiendo el caso, pidió una aclaración de la sentencia, ampliado luego como de nulidad, recurso que fue resuelto por el Tribunal Constitucional con el auto de fecha 16 de mayo de 2014<sup>3</sup>, declarando improcedente el pedido de aclaración porque se pretendía impugnar la sentencia de fecha 12 de marzo de 2014. Posteriormente, el Procurador Público de la SUNAT solicitó se integre el auto de fecha 16 de mayo de 2014, en el extremo que omitió pronunciarse sobre el pedido de nulidad de la sentencia de fecha 12 de marzo de 2014, y que en caso que su pedido de integración no prospere, se declare, por la vía del recurso de reposición, la nulidad de la sentencia de fecha 12 de marzo de 2014, así como del auto de fecha 16 de mayo de 2014.

348

El recurso de integración y reposición, formulado por la entidad tributaria, fue resuelto por la nueva conformación<sup>4</sup> del Alto Tribunal, elegida por el Congreso. La solución al recurso planteado no fue de fácil decisión, pues hubo un arduo debate al interior del Tribunal Constitucional, emitiéndose el auto de fecha 18 de noviembre de 2014, acompañado de fundamentos de votos y votos singulares, declarando por mayoría, improcedente el recurso de reposición formulado por la SUNAT, por cuanto no existía en el sistema jurídico un recurso que permitiera declarar la nulidad de las resoluciones con calidad de cosa juzgada emitida por el Tribunal Constitucional, decantándose por la garantía de la seguridad jurídica.

<sup>1</sup> Los magistrados que suscribieron la sentencia recaída en el Exp. N° 04617-2012-AA son: Mesía Ramírez, Eto Cruz y Álvarez Miranda.

<sup>2</sup> Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria.

<sup>3</sup> El auto fue suscrito por los magistrados son: Mesía Ramírez, Eto Cruz y Álvarez Miranda.

<sup>4</sup> Los magistrados que suscribieron la resolución son: Urviola Hani, Blume Fortini, Ramos Núñez y Sardón de Taboada.

Este desencuentro de posturas en los votos singulares y fundamento de voto de los magistrados del Tribunal Constitucional también se evidenció como es natural en la comunidad jurídica. Algunos consideran que el Tribunal Constitucional, basado en la práctica jurisprudencial<sup>5</sup> o realizando una ponderación de principios<sup>6</sup> debió anular su sentencia<sup>7</sup>. Otros en cambio, se encuentran a favor del sentido adoptado por el Tribunal Constitucional, en la medida que la seguridad jurídica es un valor importante que debe proteger el ordenamiento constitucional<sup>8</sup>, más aún cuando en el derecho positivo no se han establecido mecanismos procesales para cuestionar una sentencia del Tribunal Constitucional, por lo que el recurso de aclaración no puede ser usado de pretexto para anular una sentencia del Tribunal Constitucional.

El maestro argentino Néstor Pedro Sagües ha identificado dos visiones, entre estas posturas: «una permisiva y otra negacionista» de la revisión de la cosa juzgada. La tesis permisiva según el referido autor entiende: a) que el principio de cosa juzgada es relativo, y que cede ante supuestos, por ejemplo, de cosa juzgada aparente, irrita o fraudulenta; b) una sentencia con gruesos errores de forma o de fondo, que viola derechos constitucionales relativos al debido proceso, a la justicia o a otros valores fundamentales, no merece estar amparada por la cosa juzgada; y c) la autorevisión, en casos excepcionales o extraordinarios, se legitima –aunque no exista ley habilitante que lo permita– en los supuestos considerados, incluso para evitar el desgaste jurisdiccional que significa llevar un problema ante instancias jurisdiccionales supranacionales».

En cambio, la tesis negacionista se basa en razones de seguridad, orden y previsión, según el mismo autor: «Parte del supuesto de que no haya norma jurídica nacional vigente, ya sea forma o consuetudinaria, que permita la autorrevisión y prefiere guarecerse en una fuerte visión del principio

<sup>5</sup> Eloy ESPINOZA SALDAÑA y Juan Manuel SOSA SACIO, «El Tribunal Constitucional y la potestad excepcional de declarar la nulidad de sus propicias decisiones» en *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*, núm. 85, p. 38.

<sup>6</sup> Ver voto singular de la magistrada Ledesma Narváez en la STC 04617-2012-PA/TC.

<sup>7</sup> Luis CASTILLO CÓRDOVA (coord.), «La validez jurídica de las interpretaciones y decisiones del Tribunal Constitucional» en *¿Son anulables las sentencias del Tribunal Constitucional? Análisis de la sentencia N° 04617-2012-PA/TC en el caso Panamericana Televisión*, Lima, Palestra, 2015, p. 216.

<sup>8</sup> Miguel A. FERNANDEZ GONZALES, «Enmiendas de sentencias ejecutoriadas emanadas del Tribunal Constitucional a propósito del caso Panamericana Televisión SA» en Luis CASTILLO CÓRDOVA (coord.), *¿Son anulables las sentencias del Tribunal Constitucional? Análisis de la sentencia N° 04617-2012-PA/TC en el caso Panamericana Televisión*, op. cit., p. 73.

de la cosa juzgada. Alerta que si la autorrevisión nace únicamente por vía pretoriana, mediante decisión de un tribunal constitucional o corte suprema para un caso, eso implica que aparte de ejercer funciones habiendo perdido ya, en el caso, su jurisdicción para resolver, nada impediría, además que la sentencia revisora fuese a su vez autorrevisada en el futuro, si padeciese también de defectos extremos, y así sucesivamente, situación que importaría un absurdo o recurso *ad finitum*<sup>9</sup>.

Entre las posturas expuestas por el jurista argentino, la nueva conformación del Tribunal Constitucional ha optado por la tesis negacionista, según se desprende del fundamento 9, en el cual se señala que: «(...) existe en todo Estado constitucional un órgano de cierre y, en nuestro caso, ese órgano es el Tribunal Constitucional, según se desprende del precitado artículo 202°, inciso 2), de la Constitución. Agotada la jurisdicción interna, solo se puede acudir a la jurisdicción supranacional (artículo 205° de la misma Norma Fundamental) en caso no se haya amparado la pretensión contenida en la demanda y es dicha instancia internacional la única que, de ser el caso, puede modificar lo resuelto por el Tribunal Constitucional».

350

Dicha postura fue ratificada en el auto del 20 de noviembre de 2014, recaído en el Exp. N° 03700-2013-PA/TC (caso «Sipión Barrios»). Sin embargo, la premisa en la cual se sustenta el Tribunal Constitucional, se encuentra resumido en el fundamento citado, el cual contiene un acierto y un error de apreciación respecto a la cosa juzgada, tal como develaremos en el presente trabajo. En ese sentido, partiremos por analizar cómo se forma la cosa juzgada en los procesos constitucionales de tutela de derechos y qué diferencias existen con el precedente vinculante, para finalmente evaluar si la cosa juzgada puede ser modificada o rectificada por la jurisdicción internacional, tal como lo deja entrever el Tribunal Constitucional.

## II. Los derechos y los procesos constitucionales y la formación de la cosa juzgada

Los derechos constitucionales son conquistas plasmadas en la Constitución, a fin de sustraerlo de la decisión de mayorías coyunturales. Estos derechos porque están igualmente reconocidos para todos, constituyen la esfera

<sup>9</sup> Néstor Pedro SAGÜÉS, «La autorrevisión de las sentencias definitivas de los Tribunales Constitucionales», en Luis CASTILLO CÓRDOVA (coord.), *¿Son anulables las sentencias del Tribunal Constitucional?*, op. cit., pp. 25-26.

de lo indecible y actúa como factor de legitimación de las decisiones<sup>10</sup>. Por tanto, ninguna mayoría parlamentaria, ni siquiera por unanimidad, puede legítimamente decidir la privación de un derecho a la libertad o decidir la no satisfacción de un derecho social. Entonces, los derechos son límites y vínculos que se imponen frente al poder político (Estado), cuya esfera se encuentra determinado por lo no decidible, a fin de garantizar su satisfacción.

Sin embargo, su solo reconocimiento en la Constitución no asegura su protección, pues para ello requiere de garantías destinadas a asegurar su plena vigencia. Las garantías, según Ferrajoli, se dividen en garantías primarias o sustanciales y en garantías secundarias o jurisdiccionales. Las garantías primarias son las obligaciones (prestación) o prohibiciones (abstención) que corresponden a los derechos subjetivos establecidos en el texto constitucional. Por su parte, las garantías secundarias son las obligaciones que tienen los órganos judiciales de aplicar la sanción o declarar la nulidad cuando consten actos ilícitos o actos no válidos que violan los derechos subjetivos y por tanto, violen también las garantías primarias<sup>11</sup>.

Entonces, los derechos son garantizados típicamente, pero no exclusivamente en sede jurisdiccional, lo cual implica reconocer una estructura de poder dividido. En efecto, la separación de poderes implica la creación de contrapoderes<sup>12</sup>, a fin de garantizar mejor los derechos constitucionales. De hecho, históricamente una de las garantías primarias de los derechos de libertad es el principio de la división de poderes, la cual se consagró por primera vez en el artículo 16° de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789: «Una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes definida, no tiene Constitución».

El Estado peruano se rige por una Constitución, cuya estructura de poder se organiza bajo el principio de división de poderes, que invoca un poder fragmentado que se deposita en diversos órganos establecidos por ella, cuya dinámica permite el recíproco control, es decir, *el check and balances*, a fin de evitar que un órgano concentre todo el poder y lo ejerza de manera

---

<sup>10</sup> Luigi FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 23-24.

<sup>11</sup> Luigi FERRAJOLI, *Epistemología jurídica y garantismo*, México, Fontamara, 2006, p. 161.

<sup>12</sup> Ricardo GUASTINI, *Quindici lesioni di diritto costituzionale*, G. Giappichelli Editore, 1992, pp.167-182.

abusiva en contra de la libertad de los ciudadanos<sup>13</sup>. En ese sentido, la actuación del Congreso de la República se encuentra sujeto a la rigidez de la Constitución y al control político del Poder Ejecutivo (observación de la ley), la ciudadanía (el referéndum) y el Poder Jurisdiccional (control de constitucionalidad de la ley). De igual modo, la actuación del Poder Ejecutivo está subordinado a la Constitución y al control político del Congreso (confianza, censura e interpelación del Consejo de Ministros) y al control jurídico del Poder Judicial (contencioso administrativo) y el Tribunal Constitucional (proceso constitucional).

En ese contexto, el Poder Jurisdiccional, compuesto por el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, tienen la función de controlar jurídicamente la actividad de los órganos del Estado, y de aplicar las sanciones correspondientes a los infractores, o de declarar la nulidad de actos ilícitos o de actos que violan los derechos reconocidos en la Constitución. Este control se canaliza a través de los diferentes procesos judiciales reconocidos en el ordenamiento procesal. En ese orden, el primer nivel de protección de los derechos fundamentales está confiado a los jueces del Poder Judicial, a través de los procesos constitucionales, y en vía subsidiaria al Tribunal Constitucional, de conformidad con lo previsto en el inciso 2) del artículo 202 de la Constitución, que establece que compete al Tribunal Constitucional conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento.

352

Entonces, los procesos constitucionales de tutela de derechos (proceso de hábeas corpus, amparo, hábeas data y proceso de cumplimiento), a diferencia de los procesos de control normativo y competencial, no se tramitan única y exclusivamente en el Tribunal Constitucional (inconstitucionalidad y competencial) o el Poder Judicial (acción popular), sino que ambas instancias jurisdiccionales co-participan, de ser el caso, en su resolución. En efecto, el proceso constitucional se inicia en el Poder Judicial y puede finalizar en dicha sede, siempre y cuando la sentencia sea estimativa, es decir, favorable a la tutela de los derechos del agraviado. Sin embargo, si la sentencia judicial es desestimativa, vale decir, declarada improcedente o infundada la demanda, el agraviado puede recurrir ante el Tribunal Constitucional, a través del recurso

<sup>13</sup> Roric LEÓN PILCO, «La restricción de la tutela constitucional contra el despido: Una mirada a los precedentes Huatuco y Elgo Rios», en *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*, Lima, Gaceta Jurídica, núm. 96, 2015.

de agravio constitucional, en cuya última instancia se resuelve la controversia de modo definitivo. Por tanto, la cosa juzgada constitucional en los procesos constitucionales de tutela de derechos se forma *secundum eventum litis*, en el Poder Judicial, mientras que en el Tribunal Constitucional es independientemente del resultado.

### **III. La cosa juzgada constitucional y su carácter relativo en sede judicial**

Si el ordenamiento constitucional ha previsto la intervención subsidiaria del Tribunal Constitucional en la protección de los derechos fundamentales, vía el recurso extraordinario de agravio constitucional, y ha puesto en la primera línea de protección al Poder Judicial, sus decisiones constituyen un bien de indiscutible valor en la tutela de los derechos fundamentales. De hecho, en el segundo párrafo del inciso 2° del artículo 200° de la Constitución, se ha previsto que el amparo no procede «contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular».

Sin embargo, las denuncias de corrupción, el exceso formalismo legal, la falta de formación constitucional de los jueces y la desconfianza generalizada en el Poder Judicial, ha minado la credibilidad de esta institución<sup>14</sup>, llevando a que el Tribunal Constitucional adquiriera un mayor protagonismo en la defensa de los derechos fundamentales, que en algunos casos ha devenido en un protagonismo irrefrenable con la emisión de sentencias discutibles<sup>15</sup> y otras loables. Así, el Tribunal Constitucional ha desarrollado y da contenido cada derecho reconocido en la Constitución. De ahí que se diga que la Constitución es lo que dice el Tribunal Constitucional.

Esto ha determinado que las competencias asignadas por la Constitución, en su artículo 202, inciso 2) y el artículo 18° del Código Procesal Constitucional, queden desdibujadas, en la medida que la sentencia estimativa de segundo grado emitida por el Poder Judicial, no finalice el proceso constitucional, pues a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha abierto las puertas para cuestionar no solo resoluciones judiciales des-

---

<sup>14</sup> COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, *Corrupción judicial: mecanismos de control y vigilancia ciudadana*, Lima, CAJ, 2003 [consultado el 6 de enero de 2018]. Disponible en <goo.gl/TDN-LZV>.

<sup>15</sup> Juan MONROY GALVEZ, «El Poder Judicial Vs. Tribunal Constitucional», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 10, 2008, pp. 159 [consultado el 2 de febrero de 2017]. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25296.pdf>.

estimativas, sino también aquellas estimativas. Los mecanismos procesales creados pretorianamente por el Tribunal Constitucional son: a) el amparo contra el amparo y sus demás variantes (amparo contra hábeas corpus, amparo contra hábeas data, etc.) y b) el recurso de agravio constitucional contra las sentencias judiciales estimativas de segundo grado del Poder Judicial, con el fin de rescindir sus efectos.

### 3.1. El amparo contra amparo

En la sentencia recaída en el Exp. N° 3846-2004-PA/TC, el Tribunal Constitucional ha recordado que la posibilidad del «amparo contra amparo» tiene fuente constitucional directa en el segundo párrafo del inciso 2° del artículo 200° de la propia Constitución, que establece que el amparo no procede contra contra «resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular», cuya interpretación a *contrario sensu* abre la puerta de entrada de la procedencia del amparo contra las resoluciones judiciales en general y del «amparo contra amparo» en particular, derivadas de un proceso irregular. En tal sentido, el artículo 5°, inciso 6) del Código Procesal Constitucional, cuando establece la improcedencia de un proceso constitucional que cuestiona una resolución judicial firme recaída en otro proceso constitucional, debe ser entendida la referida restricción a aquellos procesos donde se han respetado de modo escrupuloso el debido proceso y la tutela procesal efectiva en sus distintas manifestaciones, conforme al artículo 4° del mismo Código Procesal Constitucional.

354

Sin embargo, al tratarse de un mecanismo procesal que cuestiona una sentencia de otro proceso constitucional debe ser empleado de modo excepcional, vale decir, solo cuando la transgresión del contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales sea manifiesta, por acciones u omisiones de los órganos judiciales que trasciendan el ámbito de la legalidad y alcance relevancia constitucional. Esto significa que no puede servir para replantear una controversia resuelta por los órganos jurisdiccionales constitucionales ni puede servir como un medio impugnatorio a fin de lograr extender el debate jurídico.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional en la STC N° 04853-2004-AA/TC, ha señalado que el proceso de amparo contra amparo y sus demás variantes (amparo contra hábeas corpus, amparo contra hábeas data,

etc.), en tanto es un régimen procesal de naturaleza atípica o excepcional, su procedencia se encuentra sujeta a determinados supuestos, tales como la tutela de los derechos constitucionales, de la doctrina y precedente constitucional, entre otros<sup>16</sup>, precisando que contra las sentencias del Tribunal Constitucional no cabe la posibilidad de interponer una demanda de amparo contra amparo.

### **3.2. El recurso de agravio constitucional**

De otra parte, el Tribunal Constitucional, en virtud del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, emitió el precedente contenido en la STC N° 4853-2004-PA/TC<sup>17</sup>, relativo al «recurso extraordinario de agravio constitucional a favor del precedente», argumentando que la decisión «denegatoria» en segundo grado de la demanda de amparo en el fuero judicial, previsto en el inciso 2) del artículo 139° de la Constitución, no debía entenderse solo en su dimensión subjetiva, esto es, referido solo a la pretensión del agraviado, puesto que también resulta

<sup>16</sup> Los criterios que el Tribunal Constitucional ha fijado para admitir a trámite un amparo contra amparo son: a) Solo procede cuando la vulneración constitucional resulte evidente o manifiesta. Tratándose incluso de contra amparos en materia laboral dicha procedencia supone el cumplimiento previo o efectivo de la sentencia emitida en el primer proceso amparo (STC N° 04650-2007-PA/TC, fundamento 5); b) Su habilitación solo opera por una sola y única oportunidad, siempre que las partes procesales del primer y segundo amparo sean las mismas; c) Resulta pertinente tanto contra resoluciones judiciales desestimatorias como contra las estimatorias, sin perjuicio del recurso de agravio especial habilitado específicamente contra sentencias estimatorias recaídas en procesos constitucionales relacionados con el delito de tráfico ilícito de drogas y/o lavado de activos, en los que se haya producido vulneración del orden constitucional y en particular del artículo 8° de la Constitución (STC 02663-2009-PHC/TC, Fundamento 9 y STC 02748-2010-PHC/TC, fundamento 15); d) Su habilitación se condiciona a la vulneración de uno o más derechos constitucionales, independientemente de la naturaleza de los mismos; e) Procede en defensa de la doctrina jurisprudencial vinculante establecida por el Tribunal Constitucional; f) Se habilita en defensa de los terceros que no han participado en el proceso constitucional cuestionado y cuyos derechos han sido vulnerados, así como respecto del recurrente que por razones extraordinarias, debidamente acreditadas, no pudo acceder al agravio constitucional; g) Resulta pertinente como mecanismo de defensa de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional (STC 03908-2007-PA/TC, fundamento 8); h) No procede en contra de las decisiones emanadas del Tribunal Constitucional; i) Procede incluso cuando el proceso se torna inconstitucional en cualquiera de sus otras fases o etapas, como la *postulatoria* (RTC 05059-2009-PA/TC, fundamento 4; RTC 03477-2010-PA/TC, fundamento 4, entre otras); la de *impugnación de sentencia* (RTC N° 02205-2010-PA/TC, fundamento 6; RTC 04531-2009-PA/TC, fundamento 4, entre otras); o la de *ejecución de sentencia* (STC 04063-2007-PA/TC, Fundamento 3; STC 01797-2010-PA/TC, fundamento 3; RTC 03122-2010-PA/TC, fundamento 4; RTC 02668-2010-PA/TC,

<sup>17</sup> Los magistrados que suscribieron la sentencia que contiene el precedente vinculante son: Landa Arroyo, Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, García Toma, Vergara Gotelli.

*denegatoria de tutela constitucional* una decisión estimatoria que desconocía los precedentes vinculantes existentes, ya que viola el orden constitucional y como tal debía ser controlado por el propio Tribunal a través del recurso de agravio constitucional<sup>18</sup>.

Sin embargo, tiempo después, el propio Tribunal Constitucional, con una nueva composición, emitió la sentencia recaída en el Exp. N° 03173-2008-HC<sup>19</sup> caso El Frontón<sup>20</sup>, mediante el cual señaló que el precedente instaurado en el fundamento 40 de la STC 4853-2004-PA/TC no cumplía con ninguno de los presupuestos básicos para haber sido aprobado, pero al haber sido emitida con cuatro votos, fue subsanada con una nueva sentencia, recaída en el Exp. N° 03908-2007-AA<sup>21</sup>, concretando así la invalidez del precedente contenido en el fundamento 40 de la STC 4853-2004-PA/TC, resaltando que el precedente anulado, trató de imponer una posición doctrinaria sobre el significado de «resoluciones denegatorias» para así asumir una competencia, vía recurso de agravio constitucional, que no le correspondía al Tribunal Constitucional, pues el constituyente y el legislador ordinario como representantes del pueblo concretaron que dicha expresión solo comprendía a las resoluciones denegatorias de segundo grado y no a las resoluciones estimatorias de segundo grado.

356

No obstante, el Tribunal Constitucional, a través de su jurisprudencia, ha reabierto y ampliado la admisión del recurso de agravio constitucional

<sup>18</sup> Véase: Pedro GRANDEZ CASTRO, «El precedente a la deriva. Diálogo con un crítico del Tribunal Constitucional», en *Gaceta Constitucional y Procesal Constitucional*, Lima, núm. 19, 2009; Luis CASTILLO CORDOVA, «Hacia la consolidación del sistema de precedente constitucionales en el Perú», en *Gaceta Constitucional: jurisprudencia de observancia obligatoria para abogados y jueces*, Lima, núm. 20, pp. 105-124; Luis CASTILLO CORDOVA, «¿Será que el Tribunal Constitucional ha empezado a tomarse en serio su deber de autolimitación? Reflexiones en torno al caso El Frontón», en *Gaceta constitucional: jurisprudencia de observancia obligatoria para abogados y jueces*, Lima, núm. 13, 2009, pp. 75-89; Luis CASTILLO CORDOVA, «El adiós al precedente vinculante a favor del precedente», en *Gaceta constitucional: jurisprudencia de observancia obligatoria para abogados y jueces*, Lima, núm. 17, pp. 95-109.

<sup>19</sup> Los magistrados que suscribieron la sentencia son: Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Álvarez Miranda. Nótese que el magistrado Vergara Gotelli suscribió el precedente contenido en la STC 4853-2004-PA/TC y ahora contribuye con su anulación.

<sup>20</sup> El Frontón era una cárcel en la cual se asesinó a reos durante el régimen del presidente Alan García (periodo 1985-1990); el caso llegó hasta la CORTE IDH, que dispuso una investigación y castigo a los responsables. Los familiares de las víctimas y los defensores de derechos humanos sindicaron a Alan García Pérez como uno de los responsables. El Tribunal Constitucional debía pronunciarse sobre la prescripción de estos delitos, pero optó por anular su propio precedente para no conocer el fondo de la controversia. Ver: <goo.gl/NgVuim>

<sup>21</sup> Los magistrados que suscribieron la sentencia son: Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda. Ver <goo.gl/HBTjpM>.

a supuestos distintos a lo previsto en la Constitución<sup>22</sup>. Así, ha señalado que procede el recurso de agravio constitucional a fin de evaluar el reconocimiento de devengados e intereses legales<sup>23</sup>, a favor de la ejecución de las sentencias del Tribunal Constitucional<sup>24</sup> y del Poder Judicial<sup>25</sup>, por vulneración del orden constitucional (terrorismo, narcotráfico y lavado de activos)<sup>26</sup>. Recientemente, invocando la STC N° 01711-2014-PHC/TC (fundamento 4) y 02748-2010-HC/TC (fundamento 15), el Tribunal Constitucional ha revocado una sentencia estimatoria de segundo grado emitido por el Poder Judicial a favor de la Primera Dama de la Nación, Nadine Heredia, investigada por la Fiscalía por el delito de lavado de activos.

En tal sentido, de la casuística expuesta, se constata que el recurso de agravio constitucional no solo sirve para cuestionar una sentencia desestimatoria (improcedente o infundada) del Poder Judicial, sino también estimatoria, desdibujándose así la competencia asignadas por el inciso 2) del artículo 202 de la Constitución, pues la adquisición de la calidad de cosa juzgada de la sentencia judicial no reside en la configuración legal, sino que está librado al criterio del Tribunal Constitucional, toda vez que en su jurisprudencia se encuentran los supuestos de admisión del recurso de agravio constitucional.

De otra parte, el amparo contra amparo (y sus variantes) está destinado a cuestionar la sentencia emitida por el Poder Judicial en segundo grado, derivada de un proceso constitucional, independientemente de su resultado, estimatorio o desestimatorio, por lo que la sentencia judicial tampoco tiene el carácter de inimpugnabile, conforme a lo previsto en el segundo párrafo del inciso 2) del artículo 200° de la propia Constitución, toda vez que puede ser cuestionado a través de

<sup>22</sup> Eduardo Jesús MEZA FLORES, «La aplicación de los supuestos de procedencia del recurso de agravio constitucional por el Tribunal Constitucional. ¿Interpretación o reforma constitucional?», en *Concursos jurídicos ganadores. Edición 2011*, Academia de la Magistratura, 2011 [consultado el 2 de octubre de 2017]. Disponible en: <goo.gl/5mrP2M>. Samuel ABAD YUPANQUI, «El recurso de agravio constitucional. Un desarrollo legal o una creación jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en Gerardo ETO CRUZ (coord.), *Treinta años de jurisdicción constitucional en el Perú*, Centro de Estudios Constitucionales, Tomo I, Lima, 2014, pp. 127-144. Una crítica a dicha actuación del Tribunal también puede verse en el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, en la sentencia recaída en el Exp. N° 02191-2012-PA/TC.

<sup>23</sup> STC Exp. N° 05430-2006-PA/TC.

<sup>24</sup> STC Exp. N° 00168-2007-Q/TC.

<sup>25</sup> STC Exp. N° 00201-2007-Q/TC.

<sup>26</sup> STC Exp. N° 01711-2014-PHC/TC (fundamento 4), y 02748-2010-HC/TC (fundamento 15).

otro proceso constitucional de amparo por vulneración de la tutela procesal efectiva, el respeto a la doctrina y precedente constitucional, así como cualquier otro derecho fundamental, con lo cual la cosa juzgada adquirida en sede judicial puede ceder ante una demanda de amparo contra amparo.

Por tanto, la cosa juzgada constitucional en sede judicial es de carácter relativo; mientras que la sentencia del Tribunal Constitucional que se pronuncia sobre el fondo de la controversia, independiente de su resultado, estimativo o desestimativo, adquiere la calidad de cosa juzgada y agota la jurisdicción nacional, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 6° y 24 del Código Procesal Constitucional; por ende es de carácter absoluto en el ordenamiento jurídico nacional, toda vez que no existe otro órgano judicial que juzgue lo ya juzgado por el Supremo Interprete de la Constitución.

#### **IV. El «precedente constitucional» y la «cosa juzgada constitucional»: Una necesaria precisión**

El «precedente constitucional» y la «cosa juzgada» tienen en común que nacen a partir de un proceso constitucional de tutela de derechos, pero encuentran su primer punto de diferencia en la instancia de formación. El primero se forma solo en sede del Tribunal Constitucional, en virtud del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que lo habilita a externalizar una regla jurídica a partir de un caso concreto, con efectos *erga omnes*; mientras que la segunda adquiere tal calidad *secundum eventos litis* en sede de la justicia ordinaria y en el Tribunal Constitucional, independientemente del resultado.

En tal sentido, la sentencia que resuelve un caso concreto, además de adquirir la calidad «cosa juzgada constitucional», puede contener un precedente constitucional declarado como tal por el Tribunal Constitucional, cuyos efectos *erga omnes* no se circunscriben a toda la sentencia, sino solo al criterio interpretativo declarado como tal<sup>27</sup>, el cual se expande más allá del caso concreto, vale decir que vincula a los demás poderes públicos, en la

<sup>27</sup> El criterio interpretativo establecido por el Tribunal Constitucional, como vinculante, trata de superar la divergencia de interpretaciones de los operadores jurídicos, respecto de la Constitución o la normativa del bloque de constitucionalidad, o integrar el ordenamiento jurídico, a fin de resolver no solo el caso concreto, sino también para casos homólogos presentes y futuros, quedando los funcionarios públicos del Estado «atados», en su comportamiento personal o funcional, a la regla de carácter jurisdiccional «universalizada» en la sentencia constitucional.

medida que se trata de la concreción de la Constitución, establecida por el supremo intérprete de la Constitución para resolver casos homólogos.

Esta sentencia, en virtud de la cosa juzgada, no pueda ser dejada sin efecto ni modificada, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó<sup>28</sup>; por lo que los operadores jurídicos deben ajustarse a lo juzgado en un proceso anterior cuando tengan que decidir sobre una relación o situación jurídica respecto de la cual existe una sentencia firme, pues está prohibido revivir un proceso fenecido (artículo 139º, inciso 13, de la Constitución), salvo que no se presente la triple identidad: objeto (*eadem res*), causa (*eadem causa petendi*), y partes (*eadem conditio personarum*).

En ese sentido, el valor de la cosa juzgada constitucional y el carácter vinculante del precedente, puede explicarse a partir de los principios de integridad y autoridad, según Flavio Pulido. El principio de integridad, según este autor, exige a los jueces que las decisiones judiciales del pasado sean tenidas en cuenta al momento de decidir un caso actual. Por otra parte, el principio de autoridad implica que las órdenes y decisiones de las autoridades sean tratadas como razones excluyentes, es decir, que las directivas, además de ser razones para actuar de la forma establecida, son razones que excluyen otras consideraciones normativas relevantes<sup>29</sup>.

Si bien ambos productos jurisdiccionales se explican a partir de dichos principios, tienen en la inmutabilidad de la decisión su segundo punto de diferencia. En efecto, la «cosa juzgada constitucional» formada en sede del Tribunal Constitucional, recae en las partes que participaron en el proceso constitucional y no puede ser dejada sin efecto por ningún poder público, incluido el Tribunal Constitucional, en virtud de su inmutabilidad, reconocido en el artículo 139, inciso 2) de la Constitución<sup>30</sup>, mientras que el «precedente constitucional» puede ser anulado o modificado en el tiempo a través del *overruling*, sin que ello afecte a las partes que con su caso motivaron su esta-

---

<sup>28</sup> STC 04587-2004-AA/TC, fundamento 38; STC 01939-2011-AA, fundamento 9.

<sup>29</sup> Fabio Enrique PULIDO ORTIZ, «Jurisdicción constitucional en Colombia ¿un modelo monista?», en Luis CASTILLO CÓRDOVA (coord.), «La validez jurídica de las interpretaciones y decisiones del Tribunal Constitucional» en *¿Son anulables las sentencias del Tribunal Constitucional?*, *op. cit.*, p. 101.

<sup>30</sup> Sin embargo, el Tribunal Constitucional en el caso Heredia, asumió la competencia para conocer una sentencia estimativa, revocando una sentencia que estaba destinada a adquirir la calidad de cosa juzgada, según el diseño institucional pergeñado en la Constitución.

blecimiento, ni de los demás casos homólogos en los cuales se siguió el precedente, pues se encuentran protegidos por la garantía de la cosa juzgada<sup>31</sup>.

En ese sentido, la cosa juzgada no solo otorga el carácter de inmutable a la decisión del Tribunal Constitucional que resuelve la controversia de los sujetos que participaron en el proceso constitucional, sino también que es un derecho oponible frente a los demás poderes, incluidos los propios miembros del Tribunal Constitucional. En efecto, el inciso 2) del artículo 139° de la Constitución dispone que: «Ninguna autoridad (...) puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada (...)». Se entiende por autoridad<sup>32</sup>, a todo sujeto portador de un poder público, concepto que engloba a todos los poderes y órganos constitucionales. En consecuencia, cualquier autoridad se encuentra impedido de dejar sin efecto la sentencia con autoridad de cosa juzgada constitucional, fuera de los cauces previstos en el ordenamiento constitucional.

## **V. El Tribunal Constitucional como órgano de clausura y la cosa juzgada como garantía de protección de los derechos fundamentales**

360

El inciso 2) del artículo 202° de la Constitución ha establecido la competencia subsidiaria del Tribunal Constitucional para conocer –en última instancia– los procesos constitucionales de tutela de derechos, vía el recurso de agravio constitucional. Por tanto, el Tribunal Constitucional es el órgano de clausura de la jurisdicción constitucional, en la medida que no existe otro órgano constitucional por encima suyo, dentro de la estructura judicial del Estado peruano, que pueda juzgar nuevamente lo ya juzgado por él, siendo la cosa juzgada constitucional el punto de no retorno sobre la materia ya discutida.

En ese sentido, cabe preguntarse si el Tribunal Constitucional ¿puede anular sus propias sentencias? Al respecto, existen dos posturas al interior del propio Tribunal Constitucional: una permisiva y otra negacionista de la revisión de la cosa juzgada. La tesis permisiva se encuentra representada por

<sup>31</sup> En la sentencia recaída en el Exp. N° 4853-2004-PA/TC se fijaron dos precedentes vinculantes: uno referido el amparo contra amparo (fundamento 39) y el otro relacionado con el agravio constitucional a favor del precedente vinculante (fundamento 40); el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N° 03908-2007-AA dejó sin efecto el precedente contenido en el fundamento 40 de la STC 4853-2004-PA/TC, sin que ello haya afectado la cosa juzgada.

<sup>32</sup> Según la Real Academia de la Lengua Española, autoridad significa «poder que gobierna o ejerce el mando, de hecho o de derecho».

los votos singulares de los magistrados Ledesma Narváez y Espinoza Saldaña Barrera en el caso Panamericana TV, mientras que la negacionista por la posición mayoritaria del Tribunal que resolvió declarar improcedente la nulidad planteada por la SUNAT (Exp. Nro. 04617-2012-PA/TC), en la medida que no existe cobertura constitucional ni legal que habilite al Tribunal a anular sus propias sentencias, de oficio o instancia de parte, al contrario se ha negado esta posibilidad.

En efecto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6° y 24 del Código Procesal Constitucional y el inciso 2) del artículo 139° de la Constitución, la sentencia del Tribunal Constitucional que se pronuncia sobre el fondo de la controversia adquiere la calidad de cosa juzgada, y agota la jurisdicción nacional para las partes que contendieron en el proceso constitucional. Por tanto, ninguna autoridad puede dejarla sin efecto, pues el ordenamiento constitucional ha confiado en el Tribunal Constitucional la protección de la supremacía de la Constitución y la tutela de los derechos fundamentales, en última y definitiva instancia.

El valor de la cosa juzgada radica en que garantiza, por un lado, la independencia del Tribunal Constitucional, y de otro, la seguridad jurídica. La independencia implica que las decisiones adoptadas dentro del marco de la Constitución y la ley no sean objeto de anulación o incumplimiento por parte del poder político o económico. Por tanto, la cosa juzgada cumple la función de garantizar la estabilidad de los efectos de las decisiones del Tribunal Constitucional, vale decir la seguridad jurídica, pues sin ella no hay orden jurídico ni posibilidad de que el ciudadano confíe en las decisiones judiciales.

En efecto, la seguridad jurídica, según Castillo Córdova, protege la creencia de actuar conforme al derecho válido; consecuentemente, con base en la seguridad jurídica se permite mantener las consecuencias y relaciones jurídicas que se han creado sobre la base de una norma inválida, siempre que tales relaciones y consecuencias jurídicas hayan sido fruto del convencimiento de que tal norma era válida. De esta manera, cada vez que surge esta creencia, el principio de seguridad jurídica manda protegerla, de forma tal que se protegen también las relaciones jurídicas que se hayan emprendido con base en ese convencimiento<sup>33</sup>.

<sup>33</sup> LUIS CASTILLO CÓRDOVA, «La validez jurídica de las interpretaciones y decisiones del Tribunal Constitucional», en *¿Son anulables las sentencias del Tribunal Constitucional?*, op. cit., pp. 112-113.

En se sentido, el Tribunal Constitucional tiene el deber de no vulnerar la cosa juzgada, pues representa uno de los valores constantes de juridicidad que sostiene el ordenamiento, según el jurista Monroy Gálvez, por lo que ante el eventual disgusto frente a resoluciones judiciales, principalmente aquellas expedidas por el Tribunal Constitucional, no puede franquear, a quienes lo integran, la tentación de afectar la seguridad jurídica, uno de los pilares del edificio constitucional y de la organización económica<sup>34</sup>.

Ahora, esto no significa que la injusticia puede guarecerse en la cosa juzgada o que el Tribunal Constitucional es infalible, pues ya como en su momento lo decía Jackson, juez de la Corte Suprema norteamericana: «No tenemos la última palabra porque seamos infalibles, pero somos infalibles porque tenemos la última palabra». Así, la falibilidad es una condición en la que puede incurrir un Tribunal de clausura, por lo que teóricamente se puede admitir que la autoridad de la cosa juzgada puede, en ocasiones excepcionálísimas, ser revisada<sup>35</sup>. Empero, en tanto la cosas juzgada es expresión de un valor, solo puede ser afectada cuando el otro valor a alcanzar es superior al que significa darle estabilidad a todo el tejido social, razón por la cual a juicio del profesor Monroy Gálvez es imprescindible identificar tales hipótesis fácticas en las que ese extraordinario hecho sea necesario y, lo más importante y esencial, es identificar al órgano apto para tomar tal decisión»<sup>36</sup>.

362

En la arquitectura constitucional se ha previsto que el Tribunal Constitucional sea el órgano de clausura o cierre de la tutela judicial de los derechos, por ende debería concedérsele tal posibilidad a dicho órgano, cuando la sentencia contenga un grado de injusticia extrema, en los términos de Gustav Radbruch, o «(...) cuando exista un vicio que además de insubsanable sea socialmente insoportable y, cuando tal decisión sea trascendente en el sentido de que el Tribunal Constitucional proponga a la comunidad jurídica un nuevo paradigma jurídico y social»<sup>37</sup>. Esto supone emprender un debate académico y legislativo, a fin de establecer las causales de admisión de la autorrevisión de la cosa juzgada. En esa línea, las causales de autorrevisión

<sup>34</sup> Así lo ha expresado el magistrado Ramos Núñez en su voto singular en la STC 04617-2012-PA/TC.

<sup>35</sup> Juan MONROY GÁLVEZ, «¿El TC peruano puede declarar la nulidad de su propia sentencia?», en Luis CASTILLO CÓRDOVA, *¿Son anulables las sentencias del Tribunal Constitucional?, op. cit.*, p.135.

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 136.

propuestas por el magistrado Espinoza Saldaña Barrera en su voto singular<sup>38</sup> son un valioso aporte para la discusión.

Ahora, si bien las causales propuestas por el referido magistrado han sido elaboradas a partir del derecho comparado y de la casuística del Tribunal Constitucional, que admitía la autorrevisión de la cosa juzgada, también lo es que la práctica jurisprudencial del Tribunal se encontraba más allá de los límites establecidos por la Constitución. De hecho, en algunos casos «la revisión de la cosa juzgada constitucional no siempre ha servido para reparar una decisión fraudulenta, falsa o errónea, sino por el contrario para incorporarla», según lo ha evidenciado el jurista Landa Arroyo<sup>39</sup>. Por consiguiente,

<sup>38</sup> El magistrado Espinosa-Saldaña Barrera plantea como causales de autorrevisión lo siguiente: «(1) Existan vicios graves de procedimiento, en relación tanto con (1.1) el cumplimiento de las formalidades necesarias y constitutivas de una resolución válida, como a (1.2) vicios en el procedimiento seguido en esta sede que afecten de modo manifiesto el derecho de defensa.

(2) Existan vicios o errores graves de motivación, los cuales enunciativamente pueden estar referidos a: (2.1) vicios o errores graves de conocimiento probatorio; (2.2) vicios o errores graves de coherencia narrativa, consistencia normativa y/o congruencia con el objeto de discusión; y (2.3) errores de mandato, en caso se dispongan mandatos imposibles de ser cumplidos, que trasgreden competencias constitucional o legalmente estatuidas, destinados a sujetos que no intervinieron en el proceso, etc.

(3) Existan vicios sustantivos contra el orden jurídico-constitucional (en sentido lato), en alusión a, por ejemplo, resoluciones emitidas contraviniendo arbitrariamente (3.1) precedentes constitucionales o (3.2) incuestionable doctrina jurisprudencial vinculante de este Tribunal, y cuando (3.3) se trasgreda de modo manifiesto e injustificado bienes, competencias o atribuciones reconocidos constitucionalmente».

<sup>39</sup> El exmagistrado Landa Arroyo, pone casos ejemplares, la causa recaída en el caso del Exp. N° 02279-20122-PA/TC, don Manuel Ascue Pozo y otros demandantes obtuvieron el 5 de octubre del 2011 una sentencia favorable de la Segunda Sala (Vergara Gotelli, Calle Hayén y Urviola Hani) que dispuso declarar fundada la demanda de amparo y nulo el despido fraudulento de los demandantes y ordenó a la Compañía Minera Antamina S.A. que cumpla con reincorporarlos; sin embargo, los entonces magistrados Vergara Gotelli, Calle Hayén y Urviola Hani retiraron de la página web del Tribunal la sentencia publicada y colocaron otra con fecha 5 de diciembre del 2011 para el mismo Exp. N° 02779-2011-PA/TC, donde se dejó sin efecto la anterior sentencia estimatoria sin mencionarla, y se la declaró improcedente sin argumentación. Acompañaron a este fallo un comunicado del Secretario Relator señalando: «En cumplimiento del acuerdo de Pleno del 06-03-2012, la versión HTML, de la presente resolución será publicada en esta misma página después de quince días, de publicada su versión en formato PDF». Asimismo, en el caso del Exp. N° 05614-2007-PA/TC el Tribunal Constitucional (Vergara, Mesía y Álvarez) declaró fundada la demanda de Aspíllaga Anderson Hermanos S.A. y dispuso la inscripción en Registros Públicos de la reversión a favor de la demandante de las tierras agrícolas expropiadas por el Estado hacía décadas; sin embargo, la empresa Agrícola Cerro Prieto quien era la actual propietaria demandó y a través del Exp. N° 03569-2010-PA/TC el TC en mayoría (Mesía, Álvarez, Eto y Urviola) dispuso la nulidad de su errónea sentencia, ordenando que Registros Públicos mantenga la inscripción registral anterior. La empresa Aspíllaga como es lógico demandó la ejecución de su sentencia. Lo que puso en evidencia que la revisión de la cosa juzgada solo creó mayor incertidumbre e inseguridad jurídica en materia del derecho de propiedad.

en tanto no se desarrolle un debate en el foro parlamentario y se decante en una decisión legislativa que admita la tesis permisiva de la revisión de la cosa juzgada constitucional, la seguridad jurídica no puede dejarse al libre albedrío de las conformaciones coyunturales del Tribunal Constitucional.

Bajo ese contexto, el artículo 121° del Código Procesal Constitucional, no puede ser interpretado como una vía para cuestionar la sentencia del Tribunal Constitucional, toda vez que la aclaración tiene por objeto despejar algún concepto o subsanar cualquier error material u omisión en que hubiese incurrido en la sentencia. En efecto, por aclarar se entiende, despejar alguna duda sobre los alcances de algún concepto o expresión lingüística; subsanar un error material, implica corregir alguna falla ortográfica, numeración; y, por omisión, se entiende la ausencia de pronunciamiento sobre un aspecto materia de debate al interior del proceso.

En tal sentido, la posición mayoritaria del Tribunal Constitucional, (contenida en las resoluciones recaídas en los Exp. N° 04617-2012-PA/TC y 03700-2013-PA/TC), resulta ajustada al ordenamiento constitucional vigente, pues admitir la autorrevisión pretoriana puede alentar que, al variar la integración de un tribunal supremo, sus nuevos miembros estuviesen tentados de fiscalizar y corregir las sentencias anteriores del mismo, dictada por otros magistrados, argumentando que padecen de errores de magnitud tal que las tornen derrotables<sup>40</sup>.

364

## **VI. ¿La Corte Interamericana de Derechos Humanos relativiza la sentencia del Tribunal Constitucional que ha adquirido la calidad de cosa juzgada?**

La Convención Americana de Derechos Humanos o también denominada Pacto de San José (1969), del cual forma parte el Perú, fue aprobada por el gobierno militar de Morales Bermúdez mediante el Decreto Ley N° 22231, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 11 de julio de 1978, siendo ratificado por la Asamblea Constituyente de 1978-1979, según consta en la Decimosexta de las Disposiciones Generales y Transitorias de la Constitución de 1979, y depositada la ratificación en noviembre 1981. Esta ratifica-

<sup>40</sup> Néstor Pedro SAGUES, «La autorrevisión de las sentencias definitivas de los Tribunales Constitucionales», en Luis CASTILLO CÓRDOVA (COORD.), «La validez jurídica de las interpretaciones y decisiones del Tribunal Constitucional» en *¿Son anulables las sentencias del Tribunal Constitucional?, op. cit.*, pp. 25-26.

ción, incluye el reconocimiento de los órganos que lo comprenden, así como el sometimiento a la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En ese sentido, el Perú forma parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual está conformado por la Comisión y la Corte Interamericana<sup>41</sup>, cuyo parámetro de control es la Convención Americana de Derechos Humanos. La Comisión es un órgano auxiliar del Sistema Interamericano, que actúa a manera de un Ministerio Público, según Gros Spiell<sup>42</sup>, encargada de recibir las y evaluar las quejas y, de ser el caso, de formular la denuncia en contra del Estado Parte de la Convención Americana, ante la Corte IDH.

La Corte IDH, por su lado, es el órgano jurisdiccional, cuya competencia es decidir cualquier caso contencioso relativo a la aplicación e interpretación de la Convención<sup>43</sup>. Se encarga de evaluar la demanda, previa verificación del cumplimiento de las normas procesales de admisibilidad de la denuncia<sup>44</sup>, pronunciándose sobre la admisión o no del caso presentado a su competencia<sup>45</sup>. En caso de ser admitida, se lleva a cabo un proceso, en el que se celebraran audiencias, valoraran los medios probatorios aportados por las partes (el Estado y la Comisión), y expide la sentencia correspondiente, siendo ésta de observancia obligatoria para las partes.

El inciso a) numeral 1° del artículo 46° de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que uno de los requisitos de admisibilidad de la petición internacional es el agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna de los Estados, norma que concuerda con lo establecido en el artículo 205° de la Constitución, que dispone que agotada la jurisdicción

---

<sup>41</sup> El Perú en el gobierno del presidente Fujimori se retiró temporalmente de la competencia de la Corte, mediante la aprobación de la Resolución Legislativa N° 27152. Sin embargo, esto no evitó el pronunciamiento de la Corte, quien tomó nota de tal situación en el caso Barrios Altos. Bajo el gobierno del presidente Paniagua el Perú se sometió nuevamente a la competencia de la Corte, después de diecisiete meses de ausencia en el foro internacional.

<sup>42</sup> Héctor GROS SPIELL, citado por Rafael NIETO-NAVIA, *Introducción al Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos*, Bogotá, Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Pontificia Universidad Javeriana, 1988, p. 99.

<sup>43</sup> Héctor GROS SPIELL, citado por Rafael NIETO-NAVIA, *Introducción al Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos*, op. cit., p. 94.

<sup>44</sup> Calogero PIZZOLO, *Sistema Interamericano. La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El Proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Informes y Jurisprudencia*, Buenos Aires, Ediar/Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2007, p. 138

<sup>45</sup> Héctor GROS SPIELL, citado por Rafael NIETO-NAVIA, *Introducción al Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos*, op. cit., pp. 87-88.

interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos, según tratados o convenios de los que el Perú es parte.

La jurisdicción interna del Estado peruano en cuanto a la tutela de derechos se agota con la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional, cuya decisión tiene carácter de inmutable. Sin embargo, el Tribunal Constitucional pone en cuestión dicha afirmación cuando señala que únicamente la jurisdicción internacional puede modificar lo resuelto por el Tribunal Constitucional. En ese contexto, cabe preguntarse si ¿las sentencias del Tribunal Constitucional pueden ser objeto de impugnación ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos? ¿la jurisdicción internacional es instancia correctora de la jurisdicción nacional?

La respuesta a esa pregunta, dependerá del concepto que se tenga por impugnación. En ese sentido, según la Real Academia de la Lengua, la impugnación es la acción de impugnar, que no es otra cosa que interponer un recurso contra una resolución judicial. El artículo 355° del Código Procesal Civil prescribe que la impugnación tiene por finalidad que se anule o revoque, total o parcialmente, un acto procesal presuntamente afectado por vicio o error. Entonces la impugnación es un recurso procesal que está destinado a la anulación o revocación del acto impugnado.

366

Bajo ese contexto, si bien el contenido de la sentencia del Tribunal Constitucional, puede ser cuestionada por la vulnerar algún derecho reconocido en la Convención Americana de Derecho Humanos, la intervención de la Corte Interamericana no es inmediata, sino como consecuencia de la admisión de la denuncia formulada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Entonces, el acceso a la Corte IDH no es directo, como en el caso de la Corte Europea de Derechos Humanos (Corte EDH), pues está sujeto a la evaluación positiva de la Comisión Interamericana<sup>46</sup>, y ante la eventual admisión de la denuncia por la Corte IDH, es emplazado el Estado como tal, y no sus poderes respectivos.

<sup>46</sup> Esta evaluación está sujeta a verificar el cumplimiento de requisitos de admisibilidad de la denuncia, que no solo atañe a la Comisión, sino también a la Corte, pues de no haberse cumplido esta la declarará improcedente, Ver: Calogero Pizzolo, *Sistema interamericano. La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Informes y jurisprudencia*, op. cit., p. 94.

Por tanto, la petición dirigida al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, al amparo del artículo 205° de la Constitución, en concordancia con lo previsto en el artículo 122 del Código Procesal Constitucional, no se encuadra dentro de los supuestos de impugnación, toda vez que a través de dicho mecanismo no se impugna la sentencia del Tribunal Constitucional, sino un acto estatal que contraviene, no una norma interna del Estado, sino la Convención Americana de Derechos Humanos, parámetro de control del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En efecto, cuando la Corte IDH emite su sentencia y falla en el sentido que hubo violación de un derecho o libertad protegidos por la Convención, dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados, de conformidad con el artículo 63.1 de la Convención. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada<sup>47</sup>. Este artículo de la Convención no indica que la Corte IDH, una vez que ha comprobado la violación de una obligación establecida en la Convención, garantice el goce del derecho conculcado, que repare las consecuencias de la violación del respectivo derecho o que pague la indemnización que corresponda, sino que expresa que, en tal eventualidad, debe disponer que todo ello se lleve a cabo por el Estado parte en la correspondiente causa<sup>48</sup>.

Dicho en otros términos, el ámbito de vigencia de la Convención es el internacional. Si bien ella consagra derechos de las personas frente al Estado, las presuntas violaciones de las consecuentes obligaciones que este contrae en su virtud se reclaman ante instancias interamericanas, y lo que resuelva la Corte se dirige al Estado parte, pues no existe norma alguna que establezca la jerarquía de la Corte o su sentencia en el derecho nacional del correspondiente Estado parte o su eficacia en el ámbito interno, sino que sus disposiciones se refieren exclusivamente a las consecuencias que, en el ámbito internacional, tiene o produce dicha violación<sup>49</sup>.

De hecho, para establecer que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la Convención, la Corte IDH no requiere determi-

---

<sup>47</sup> Artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

<sup>48</sup> Eduardo VIO GROSSI, «Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿del control de convencionalidad a la supranacionalidad?», en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XXI, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2015, p. 101.

<sup>49</sup> *Idem*.

nar, como ocurre en el derecho penal interno, la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad y tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios<sup>50</sup>. La responsabilidad internacional de los Estados se genera en forma inmediata con el ilícito internacional atribuido al Estado.

Entonces, la declaración de violación de un derecho convencional, contenida en la sentencia de la Corte IDH, no dispondrá la inmediata anulación o revocación de la sentencia del Tribunal del Estado parte, sino decretará la responsabilidad internacional del Estado peruano<sup>51</sup>, disponiendo que se repare el daño causado a la víctima<sup>52</sup>. La reparación, según la Corte IDH, es un término genérico que comprende las diferentes formas cómo un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido (*restitutio in integrum*, indemnización, satisfacción, garantías de no repetición, entre otras)<sup>53</sup>.

En ese contexto, considerar que las decisiones de las cortes supremas o tribunales constitucionales ya no son de última instancia, o que gozan de una definitividad relativa, sujeta a que pueden ser revisadas y revocadas por la jurisdicción internacional<sup>54</sup> tal como lo deja entrever Soberanes, o que únicamente la jurisdicción internacional puede modificar lo resuelto por el Tribunal Constitucional, implica concebir que en el Sistema Interamericano existe una jerarquía entre los tribunales internos de los Estados y la Corte IDH, lo cual no está concebido en su creación, según se desprende del segun-

<sup>50</sup> CORTE IDH Caso «La Cantuta» vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162. Disponible en: <goo.gl/KkOchW>.

<sup>51</sup> El artículo 1.1 de la Convención pone a cargo de los Estados parte los deberes fundamentales de respetar y de garantizar los derechos, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención. Ver: Calogero PIZZOLO, *Sistema interamericano. La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, op. cit., p. 350.

<sup>52</sup> El artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que «Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada».

<sup>53</sup> CORTE IDH, Caso «Blacke» vs. Guatemala. Reparaciones. Sentencia de 22 de enero de 1999, Serie C N° 48, párrafo 31.

<sup>54</sup> José María SOBERANES Díez, «La falibilidad de la jurisprudencia constitucional», en Luis CASTILLO CÓRDOVA (coord.), «La validez jurídica de las interpretaciones y decisiones del Tribunal Constitucional» en *¿Son anulables las sentencias del Tribunal Constitucional?*, op. cit., pp. 112-113.

do párrafo del Preámbulo de la Convención Americana, que emplea términos relativos a: «coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos».

De hecho, en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* así lo ha señalado la Corte IDH, al precisar que: «la jurisdicción internacional tiene carácter subsidiario, coadyuvante y complementario, razón por la cual no desempeña funciones de tribunal de «cuarta instancia», reiterando lo señalado en anterior jurisprudencia, que «no tiene carácter de Tribunal de apelación o de casación de los organismos jurisdiccional de carácter nacional»<sup>55</sup>, pudiendo solo señalar las violaciones procesales de los derechos consagrados en la Convención, por lo que carece de competencia para subsanar dichas violaciones en el ámbito interno.

Entonces la Corte, según su propia jurisprudencia, no es competente para dirimir los desacuerdos que tengan las partes sobre algunos alcances de la valoración de prueba o de la aplicación del derecho interno en aspectos que no estén directamente relacionados con el cumplimiento de obligaciones internacionales en derechos humanos<sup>56</sup>, toda vez que dicha tarea corresponde a los tribunales de los Estados, además de velar por el cumplimiento de ciertas obligaciones internacionales. En efecto, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH<sup>57</sup>. Esto implica interpretar el derecho interno a la luz de la Convención, es decir, velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin.

La Corte IDH, en cambio, sí es competente para verificar si en los pasos efectivamente dados a nivel interno se violaron o no obligaciones internacionales del Estado derivadas de los instrumentos interamericanos que le otorgan competencia al Tribunal. Por ello, la jurisprudencia reiterada de la Corte IDH señala que la determinación respecto a si las actuaciones de órganos judiciales constituyen o no una violación de las obligaciones internacionales del Estado, puede conducir a que la Corte IDH deba ocuparse de

---

<sup>55</sup> CORTE IDH, Caso «19 comerciantes» vs Colombia. Sentencia de 5 de julio de 2004, serie CN° 109, párrafo 171.

<sup>56</sup> Véase: <goo.gl/hdGfKY>.

<sup>57</sup> CORTE IDH. Caso «Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros)» vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de noviembre del 2006.

examinar los respectivos procesos internos para establecer su compatibilidad con la Convención Americana. Sin que ello implique la disposición de anular o revocar una sentencia de un tribunal interno de los Estados.

De hecho, en los diferentes casos en los que el Perú ha sido condenado por la Corte IDH, no se ha dispuesto la anulación o revocación de las sentencias de los tribunales. Así, en el caso «Loayza Tamayo», la Corte IDH, en su sentencia de 17 de septiembre de 1997, declaró que el Estado peruano había violado los artículos 5 (derecho a la integridad personal), 7 (derecho a la libertad personal) y 8 (garantías judiciales) de la Convención Americana, ordenando al Perú reparar a la agraviada y a sus familiares por el daño sufrido, debiendo el Estado, *de acuerdo con las disposiciones de su derecho interno*, ordenar la libertad de la señora Loayza Tamayo dentro de un plazo razonable.

Asimismo, en el caso Castillo Petrucci y otros, la Corte IDH determinó que el Estado peruano era responsable de la violación de la Convención de Derechos Humanos, al haber condenado a los señores Castillo Petrucci, Pincheira Sáez, Mellado Saavedra y Astorga Valdez, a cadena perpetua por un tribunal sin rostro de la jurisdicción militar, bajo el cargo de ser autores del delito de traición a la patria conforme al Decreto-Ley N° 25659, y recomendó la adecuación de la legislación antiterrorista a los parámetros establecidos en la Convención.

370

De igual modo, en el caso Cantoral Benavides, la Corte IDH condenó al Estado peruano, por la vulneración de los derechos que garantiza la Convención Americana y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, disponiendo que el Estado ordene una investigación para determinar las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos a que se ha hecho referencia y sancionarlos. Asimismo, dispuso que el Estado repare los daños causados por las violaciones.

En los casos mencionados, la Corte IDH no anuló ni revocó las decisiones de los órganos judiciales, sino que ordenó al Estado peruano adecuar sus procedimientos internos a los estándares convencionales de protección de los derechos y reparar las violaciones. En consecuencia, la cosa juzgada constitucional, cuyo fin es garantizar la estabilidad de los efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional no se relativiza<sup>58</sup> por la eventual posibilidad de

<sup>58</sup> Cesar LANDA ARROYO, «Tribunal Constitucional y Poder Judicial: Un perspectiva desde el derecho procesal constitucional», en *Ensayo*. Disponible en <goo.gl/3C6QjF>. En ese sentido, nuestra posición es contraria a lo afirmado por el jurista Landa Arroyo, cuando afirma que la cosa juzgada es relativa.

acudir ante la Corte IDH, pues la declaración de no convencionalidad del acto obligará al Estado a remover la violación, como sucedió en el caso «Herrera» vs. Costa Rica<sup>59</sup>, pero tal remoción no necesariamente se concentrará en el órgano judicial del Estado, sino en el Poder Ejecutivo o el Legislativo.

## VII. Reflexiones finales

La tutela de los derechos reconocidos en la Constitución se encuentra canalizada a través de los procesos constitucionales y confiada en primera línea al Poder Judicial y, en vía subsidiaria, al Tribunal Constitucional. En efecto, el proceso constitucional se inicia en el Poder Judicial y puede finalizar en dicha sede, siempre y cuando la sentencia sea estimativa, es decir favorable a la tutela de los derechos del agraviado. Sin embargo, si la sentencia judicial es desestimativa, vale decir, declarada improcedente o infundada la demanda, el agraviado puede recurrir ante el Tribunal Constitucional, a través del recurso de agravio constitucional, en cuya última instancia se resuelve la controversia de modo definitivo.

La cosa juzgada constitucional derivada de estos procesos se forma *secundum eventum litis* en el Poder Judicial y es de carácter relativo en el ordenamiento constitucional, en la medida que puede ser cuestionada a través del recurso de agravio constitucional y el amparo contra amparo, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; mientras que en el Tribunal Constitucional se forma independientemente del resultado, siendo su carácter absoluto para las partes que contendieron en el proceso constitucional, toda vez que el ordenamiento jurídico no admite impugnación alguna en su contra. Esta circunstancia convierte al Tribunal Constitucional en el órgano

---

<sup>59</sup> En el fundamento 193: «La Corte requirió al Estado, mediante la Resolución emitida el 7 de septiembre de 2001, la adopción de medidas provisionales a favor del señor Mauricio Herrera Ulloa (supra párr. 17), las cuales consistieron en: a) la adopción sin dilación, de cuantas medidas fueran necesarias para dejar sin efectos la inscripción de Mauricio Herrera Ulloa en el Registro Judicial de Delincuentes; b) la suspensión de la orden de publicar en el periódico 'La Nación' el 'por tanto' de la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Penal de Juicio del Primer Circuito Judicial de San José el 12 de noviembre de 1999; y c) la suspensión de la orden de establecer una 'liga', en La Nación Digital, entre los artículos querrelados y la parte dispositiva de esa sentencia. Es decir, la Corte había ordenado la suspensión de algunos de los efectos de la sentencia de 12 de noviembre de 1999, a la vez que había señalado que «la referida suspensión debía mantenerse hasta que el caso [fuera] resuelto en definitiva por los órganos del sistema interamericano de derechos humanos». En este sentido, y a la luz de lo establecido en el párrafo anterior, el Tribunal considera que las obligaciones del Estado en el marco de las medidas provisionales ordenadas quedan reemplazadas por las que se ordenan en la presente Sentencia, a partir de la fecha de notificación de esta última.

de clausura de la jurisdicción constitucional, en la medida que no existe otro órgano por encima suyo que pueda juzgar nuevamente lo ya juzgado.

Este carácter inimpugnable de la sentencia del Tribunal Constitucional no entra en crisis con la posibilidad de acudir a la jurisdicción internacional, debido a que la petición internacional no constituye una impugnación en sentido estricto, toda vez que la Corte IDH no es una «cuarta instancia» y su sentencia, en caso de declarar que hubo violación de un derecho o libertad protegidos por la Convención, no dispondrá la anulación o revocación de la sentencia del tribunal del Estado parte, sino la responsabilidad internacional del Estado; por ende este se encuentra obligado internacionalmente a remover el acto violatorio declarado inconvencional.

JURISPRUDENCIA  
COMENTADA



## Caso *Edwards vs. Canadá* (1929): cuando las mujeres fueron consideradas personas

ÁLVARO R. CÓRDOVA FLORES

Abogado por la Universidad de Lima

«*Personas*’ es una palabra de equívoca significación. A veces es sinónimo de seres humanos y a veces solo incluye a hombres».

Corte Suprema de Canadá, 1928

### 1. Introducción

«La palabra ‘persona’ en el artículo 24 de la Ley de la Norteamérica Británica de 1867 ¿incluye a las personas femeninas?». Esta fue la pregunta que debía contestar la Corte Suprema canadiense en 1928.<sup>1</sup> Y aunque en 2018 la respuesta pueda parecer obvia, el término *persona* en 1928 nos remite a un momento en que las mujeres no siempre eran consideradas personas.

La presente reseña pretende explorar brevemente el histórico «caso de las personas» (*Persons Case*). Este es un caso constantemente referido en las facultades de derecho del país norteamericano debido a la relevancia y al impacto que tuvo y tiene en esencialmente dos áreas: la interpretación constitucional y los avances políticos en favor de las mujeres. El breve comentario lo realizo tomando en cuenta las dos decisiones judiciales que revisaron el caso: la decisión de la Corte Suprema de Canadá y la del Consejo Privado de su Majestad (*Her Majesty’s Most Honorable Privy Council*) del imperio británico, que revisó la decisión de la referida corte<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Caso *Edwards vs. Canada* (Attorney General) [1928] SCR 276.

<sup>2</sup> En aquel entonces el Consejo Privado actuaba como última instancia, por lo que interviene en este caso.

Este es un caso que desde el derecho comparado nos ilustra acerca de la fuerza y el poder de la interpretación constitucional, tanto para restringir derechos o para desarrollar libertades. El caso muestra dos decisiones que pretenden ser objetivas y neutrales, pero que arriban a resultados muy diferentes. Se observa también cómo los sesgos y prejuicios pueden convertirse en elementos que subyacen a las razones jurídicas o que los prejuicios, (conscientes o inconscientes), se convierten en razones jurídicas. Es por ello interesante observar este caso y pensar en los usos que los jueces le dan a las palabras y cómo construyen su significado jurídico, separándolo o fundiéndolo con el significado que proviene de los usos ordinarios que se nutren de las interacciones sociales.

## 2. Feministas preguntan a la Corte Suprema de Canadá

Entre 1916 y 1927 se instauró el sufragio femenino en casi todas las provincias de Canadá. Este importante avance contrastaba con la negativa del gobierno canadiense de nombrar a una mujer en el senado<sup>3</sup>. Curiosamente, a pesar de expresar sus deseos de hacerlo, el gobierno alegaba que estaba impedido de realizar tal nombramiento en razón de lo establecido en el artículo 24 de la Ley de la Norteamérica Británica (LNB)<sup>4</sup>. Tal artículo 24 establece: «El Gobernador General, de tiempo en tiempo, en nombre de la Reina y por acto que lleva el Gran Sello de Canadá, nombra a personas calificadas al senado (...)».<sup>5</sup> Es por ello que en 1922 se rechazó el pedido de los pobladores de la provincia de Alberta, quienes solicitaban que se nombrara como senadora a Emily Murphy, primera magistrada en la historia de Canadá y del imperio británico. Ante la solicitud, el gobierno respondió que

376

<sup>3</sup> En Canadá el senado no es elegido por el voto popular. Los miembros del senado canadiense son nombrados por el gobernador general, que formalmente representa a la monarquía británica. Actualmente, es el primer ministro quien propone los nombres de candidatos senadores y el gobernador general cumple con la formalidad de nombrarlos. El senado cumple funciones muy reducidas; por ejemplo, no puede detener una norma aprobada por la cámara baja (que sí es elegida por votación popular y representa a la nación).

<sup>4</sup> Si bien la Ley de la Norteamérica Británica de 1867 es una ley ordinaria del parlamento británico, es una norma que constituyó el gobierno canadiense. Creó las legislaturas provinciales y un Parlamento Federal, así como la figura del primer ministro, además de distribuir competencias entre las provincias y el gobierno general, entre otros. Así, esta ley se constituye en lo que hoy se identificaría con la parte orgánica de una constitución. Desde 1982, esta norma es llamada Ley Constitucional de 1867.

<sup>5</sup> 24. *The Governor General shall from Time to Time, in the Queen's Name, by Instrument under the Great Seal of Canada, summon qualified Persons to the Senate; and, subject to the Provisions of this Act, every Person so summoned shall become and be a Member of the Senate and a Senator.*

no podía aceptarla porque el vocablo *personas* del referido artículo debía ser entendido como equivalente a hombres, excluyendo por tanto a las mujeres.

Frente a esta negativa, cinco activistas feministas (*the famous five*)<sup>6</sup> se reunieron y solicitaron al gobierno que active la facultad de consultar a la Corte Suprema acerca de cuestiones legales. Así, plantearon la cuestión ante la Corte, preguntando si es que efectivamente el término *personas* del artículo 24 de la LNB implicaba una referencia a los hombres o es que también incluía a las mujeres.

### 3. Interpretación de la Corte Suprema de Canadá

La posición mayoritaria de la Corte aclaró que la pregunta a ser contestada era si es que el término «personas calificadas» incluía a las «personas mujeres», es decir, si es que estaban calificadas para ser nombradas al senado. La Corte terminó por confirmar la interpretación del gobierno, rechazando el nombramiento de mujeres al senado.

Los jueces de la Corte (todos hombres, desde luego) fueron cautos en advertir que no era su labor determinar si es que era deseable o no la presencia de mujeres en el senado. El análisis de la Corte se centró en determinar la intención del legislador. De ahí que entendió que se debía mantener la misma interpretación existente al momento de la promulgación de la norma. En tal sentido, afirmó: «Si la frase ‘personas calificadas’ del artículo 24 incluye actualmente a la mujer, tendría que haber sido incluida desde 1867»<sup>7</sup>. La mayoría de la Corte consideró que el senado era una institución nueva para 1867 y que al momento de su creación, tanto en el *common law* como en el derecho continental y el derecho canónico, las mujeres no tenían capacidad legal de asumir cargos públicos deliberativos ni derecho al voto<sup>8</sup>. Así, la

---

<sup>6</sup> Con el nombre de las *famosas cinco* se ha conocido al grupo conformado por Emily Murphy, Nellie McClung, Irene Parlby, Louise McKinney y Henrietta Muir Edwards, todas ellas provenientes de diferentes provincias de Canadá y activistas en favor de los derechos de las mujeres. Es de indicarse que, de acuerdo a la normativa de la época, cinco personas podían solicitar al gobierno que presente una consulta a la Corte Suprema a fin de que interprete o explique los alcances de una norma.

<sup>7</sup> *Canadian Legal Information Institute* (SCC) 55, 1928, p. 282.

<sup>8</sup> Una de las citas para sustentar ello fue la referencia al caso *Chorlton vs Lings* (1868) emitido por una corte civil en Londres. El juez explicó: «(...) en este país en tiempos modernos, es principalmente por respeto hacia la mujer y un sentido de decoro —y no por su falta de intelecto o por ser ellas, por cualquier otra razón, incompetentes para tomar parte del gobierno del país— por lo que han sido excusadas de tomar acciones en los asuntos públicos». Así, su

Corte enfatizaba que las mujeres históricamente no habían participado en elecciones, ni se había planteado tal posibilidad, sosteniendo que este devenir histórico sustentaba la interpretación restrictiva del artículo 24 de la LNB.

La Corte apuntó que si bien la palabra *personas* implicaba, *prima facie*, una referencia tanto a hombre como a mujeres, también incluía a ciudadanos notables, criminales, lunáticos, adultos e infantes. Pero el vocablo *calificadas* excluye a los criminales, lunáticos e infantes. ¿Excluye también a las mujeres? Se planteaba la Corte. A partir de una lectura del artículo 23 de la LNB, que establece los requisitos que debe tener un senador, la Corte observa que solo se hace referencia al pronombre masculino. Así, tal artículo 23 de la LNB establece: «Las calificaciones de un senador serán las siguientes: (1) Él deberá tener 30 años de edad. (...) (5) Él deberá residir en la provincia por la que fue nombrado» (énfasis agregado). En tal sentido, entiende que solo los hombres podían ser considerados «personas calificadas». Añade que en otros artículos de la LNB, al hacer referencia a *personas*, se incluye evidentemente a las mujeres; sin embargo, este no era el caso del artículo 24.

378

Otro de los argumentos utilizados por la mayoría de los miembros de la Corte es que si se hubiera pretendido tal radical cambio en la LNB, el legislador no habría utilizado una palabra tan ambigua como *persona*, sino que habría dejado expreso su deseo de incluir a las mujeres. Por consiguiente, observando que en 1867 —año de promulgación de la LNB— era generalmente aceptado que solo los hombres sean considerados personas para los fines de la interpretación del artículo 24, la Corte contestó negativamente a la pregunta planteada.

#### 4. La revisión del Consejo Privado del Reino Unido

Cabe aclarar que el Consejo Privado actuaba, en aquel entonces, como la más alta Corte de apelaciones del imperio británico, por lo que tenía jurisdicción para revisar las decisiones de la Corte Suprema de Canadá. Así, el grupo de las cinco activistas solicitaron que la decisión de la Corte Suprema sea revisada por el Consejo Privado. En 1929, el Consejo rechazó la interpretación de la Corte y entendió que las mujeres sí podían ser nombradas

---

no participación en elecciones no se debía, decía el juez, a que se pensase que las mujeres tenían menor valía, sino que era un «privilegio» (el juez se refirió al término «*honestatis privilegium*») que ellas tenían. Curiosamente, era desde luego un «privilegio» al que no podían renunciar.

senadoras<sup>9</sup>. Sin embargo, es interesante anotar que el Consejo advirtió que la discusión no era sobre los derechos de las mujeres, sino sobre las facultades del gobernador general y si este podía nombrar mujeres al senado o no.

El Consejo afirmó que el sentido original de *persona* abarcaba tanto al hombre como a la mujer, pero que era el *common law* el que había determinado la incapacidad de las mujeres para servir en el gobierno, y que las referencias a la historia, leyes romanas o antiguas decisiones inglesas expuestas por la Corte Suprema de Canadá no eran suficientes para plantear una interpretación adecuada. Y es que ello implicaría que se apliquen normas creadas en siglos pasados y en lugares distintos a países en estados de «desarrollo» diferentes.

Anotó también que, si bien la LNB de 1867 era una norma ordinaria del parlamento británico, el objetivo de tal norma había sido darle una constitución a Canadá. Agregó que en realidad la base de lo que se convirtió en la LNB había surgido del genio político de los líderes de las colonias de Canadá. Y, seguidamente, pasa a citar unas líneas que aún resuenan en la jurisprudencia canadiense: «La Ley de la Norteamérica Británica plantó en Canadá un árbol viviente capaz de crecer y expandirse dentro de sus límites naturales». De ahí que el Consejo se rehusó a «cortar sus disposiciones» con una «interpretación estrecha y técnica» y optó en cambio por una «interpretación liberal». En virtud a ello, y puesto que la palabra *persona* incluye tanto a los hombres como a las mujeres, concluyó que quienes sostienen que esta no incluye a la mujer tienen la carga de acreditarlo.

El Consejo luego revisó otras disposiciones de la LNB en las que también se hacía referencia a la palabra *personas*, las cuales necesariamente debían incluir al hombre y a la mujer. Esto puede advertirse en el artículo 133, que establece que los idiomas inglés y francés pueden ser utilizados por cualquier *persona* ante las cortes de Canadá<sup>10</sup>. En este caso es evidente que *persona* incluya tanto a la mujer y al hombre, porque sería absurdo que las mujeres no tengan tal derecho. No se puede afirmar por ello —concluyó el Consejo— que

---

<sup>9</sup> *Privy Council Appeal No. 121 of 1928*, del 18 de octubre de 1929.

<sup>10</sup> El Consejo también hizo referencia al artículo 41 de la LNB que menciona el término «súbditos británicos hombres» diferenciándolo del término *persona*. El Consejo dedujo a partir de ello que, si es que la palabra *personas* excluye a las mujeres, no tendría sentido hacer referencia al término «súbditos británicos hombres» pues hubiese bastado establecer el término *personas* en dicho artículo.

una de las calificaciones para ser nombrado senador sea que la persona tenga la calidad de hombre. En tal sentido, rechazó la decisión de la Corte Suprema de Canadá y contestó a la pregunta de manera positiva, es decir, que el término *personas* en el artículo 24 de la LNB incluía a hombres y a mujeres y, por lo tanto, las mujeres podían ser nombradas miembros del senado.

## 5. Apreciaciones finales

La intención de esta breve reseña en torno a una decisión histórica del derecho constitucional canadiense es informar e invitar al lector a plantearse algunas preguntas. No tanto sobre cuestiones o métodos interpretativos –que por una cuestión de espacio no podían ser desarrollados aquí–, sino sobre algo más práctico. Me ha interesado resaltar las nociones de lo que se entiende como obvio y la relación de las costumbres en el derecho. Así, lo que ahora parece obvio –considerar que el vocablo *persona* incluye a hombres y mujeres– ha tenido una historia más complicada de lo que parece, al menos en la tradición del *common law* británico y su desarrollo en Canadá. Es por ello que es interesante observar la forma en que se quebró esa lógica que comprendía que el término *persona* era equívoco, pues implicó desafiar reglas normalizadas y fuertemente enraizadas en juristas que no observaban lo que hoy nos parece obvio.

380

No es mi intención explayarme en estos temas. Siendo una reseña muy breve de un caso con tanto impacto en el país norteamericano, la discusión se prolongaría más de lo permitido. Mi intención es más bien recordar que no se deben dejar de lado las complejidades y la historia de lo que hoy nos parece obvio, porque no siempre lo fue. Si a los jueces de la Corte Suprema canadiense les parecía evidente que la palabra *persona* era equívoca, desde nuestra perspectiva es claro que esa obviedad debía ser reexplorada o puesta bajo una observación más crítica. Y es que a veces las obviedades son a menudo a lo que más tenemos que prestar atención, pues esconden códigos o elementos que han subsistido sin ser analizados críticamente. Es, pues, tarea de académicos, abogados y jueces cuestionar aquello que la mayoría considera obvio, en vez de utilizarlos acríticamente.

## Mujer y derecho a la educación. Comentario a la STC 00853-2015-PA/TC

NADIA IRIARTE PAMO

*Asesora Jurisdiccional del Tribunal Constitucional*

### 1. Materias constitucionalmente relevantes

En la sentencia bajo comentario se identificaron, entre otras, las siguientes materias constitucionalmente relevantes: i) el derecho a la educación; ii) la disponibilidad y la accesibilidad del derecho a la educación; y, iii) el acceso a la educación como derecho humano de las mujeres.

### Contexto histórico-político de la sentencia

El Estado peruano, según la Carta Magna de 1993, presenta las características de uno democrático y social de derecho, tal como se desprende de una interpretación conjunta de sus artículos 3° y 43°. La configuración del Estado democrático y social de derecho requiere de dos aspectos básicos: a) la existencia de condiciones materiales para alcanzar sus presupuestos, y b) la identificación del Estado con los fines de su contenido social<sup>1</sup>. Uno de esos fines, de los más importantes, es el derecho a la educación.

La educación constituye un instrumento de transformación decisivo en el proceso de desarrollo y desempeña un papel fundamental en la emancipación de las mujeres. Y si bien en los últimos años se ha producido su incorporación en diversos ámbitos, aún queda pendiente que esa participación se consolide. Al respecto, el Tribunal Constitucional (en adelante TC) puso de relieve que 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. Asimismo, afirmó que los prejuicios y la idiosincrasia de un número significativo de ciu-

<sup>1</sup> Tribunal Constitucional peruano. STC N.° 0008-2003-AI/TC, de fecha 11 de noviembre de 2003, fundamento 12.

dadanos (conformado tanto por hombres como por mujeres) aún mantienen vigente esta grave problemática en el país.

Sobre esta materia, el TC hizo referencia a algunos datos estadísticos. Así, con relación a la tasa de analfabetismo en mayores de 15 años, si bien tiende a disminuir en los últimos años, se advierte una brecha entre mujeres y varones, toda vez que el porcentaje de mujeres analfabetas mayores de 15 años en el año 2015 fue de 8.9 %, frente al porcentaje de varones analfabetos mayores de 15 años en dicho año, ascendente a 3 %. Brecha que se acrecienta en el caso de la educación rural, donde el porcentaje de mujeres analfabetas alcanza el 23.4 %, frente al porcentaje de varones, ascendente a 7.4 %; influye también para ello el nivel de pobreza<sup>2</sup>.

La sentencia objeto de análisis fue expedida en el proceso de amparo interpuesto por dos hermanas mujeres -de 18 y 19 años de edad-, contra el director de la Unidad de Gestión Educativa Local de Utcubamba (en adelante UGEL). Las demandantes solicitaban que se les reconozca como estudiantes del primer grado de educación secundaria en la Institución Educativa 16957 Jesús Divino Maestro, La Flor de Cumba, provincia de Utcubamba, Amazonas. Sustentaban su demanda en la vulneración de sus derechos a la educación, a la igualdad y a la no discriminación.

382

El Colegiado declaró fundada la demanda porque concluyó que se afectó el derecho a la educación de las recurrentes. En consecuencia, ordenó que la UGEL reconozca a las accionantes la matrícula y la correspondiente inclusión en la nómina de estudiantes, así como los estudios que eventualmente hubiesen realizado.

El Tribunal, también, declaró un estado de cosas inconstitucional en el extremo de la disponibilidad y accesibilidad a la educación de personas de extrema pobreza del ámbito rural. Esto al considerar que el caso de las demandantes es uno que representa en idénticas circunstancias a miles de peruanos que, por vivir en zonas rurales y encontrarse en situación de pobreza extrema, no tienen acceso, en condiciones de igualdad, a la educación o a determinadas modalidades de educación básica regular, alternativa o especial.

---

<sup>2</sup> Tribunal Constitucional peruano. STC N.º 00853-2015-PA/TC, de fecha 14 de marzo de 2017, fundamento 28.

## **Análisis**

### **3.1. El derecho a la educación**

Sobre el derecho a la educación, el Colegiado en la sentencia enfatizó que constituye un derecho fundamental intrínseco y, a la vez, un medio indispensable para la realización de otros derechos fundamentales, por cuanto permite a la ciudadanía participar plenamente en la vida social y política en sus comunidades.

Este derecho se encuentra vinculado directamente con otros bienes constitucionales: acceso a una educación adecuada (artículo 16), libertad de enseñanza (artículo 13), libre elección del centro docente (artículo 13), respeto a la libertad de conciencia de los estudiantes (artículo 14), respeto a la identidad de los educandos, así como el buen trato psicológico y físico (artículo 15), libertad de cátedra (artículo 18), y la libertad de creación de centros docentes y universidades (artículos 17 y 18).

Asimismo, el TC sostuvo que la educación no solo es un derecho fundamental, sino también un servicio público. Esto en la medida de que se trata de una prestación pública que explicita una de las funciones-fines del Estado, de ejecución *per se* o por terceros bajo fiscalización estatal. Por ende, el Estado tiene la obligación de garantizar la continuidad de los servicios educativos, así como de aumentar progresivamente su cobertura y calidad, y debe tener siempre, como premisa básica, que tanto el derecho a la educación como todos los derechos fundamentales tienen como fundamento el principio de la dignidad humana.

383

Para el TC, entonces, la educación posee un carácter binario, pues constituye un derecho fundamental y un servicio público. La atribución de esta naturaleza jurídica no constituye una novedad, pues el Tribunal en jurisprudencia anterior se pronunció en idéntico sentido<sup>3</sup>.

Cabe precisar que el artículo 13 de la Norma Fundamental establece que la educación tiene como finalidad el desarrollo integral de la persona humana, y su artículo 14 preceptúa que la educación promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, etc. En líneas generales, prepara para la vida, el trabajo y fomenta la solidaridad.

---

<sup>3</sup>Tribunal Constitucional peruano. STC N.º 04232-2004-PA/TC, de fecha 3 de marzo de 2005.

### **3.2. La disponibilidad y la accesibilidad del derecho a la educación**

La educación, conforme al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, comprende los elementos de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad que son comunes a la enseñanza en todas sus formas y en todos los niveles<sup>4</sup>.

El Colegiado centró su análisis en dos características: disponibilidad y accesibilidad. La disponibilidad implica la existencia de instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente en el ámbito del Estado. Para ello, no solo es necesario que el Estado respete la libertad de enseñanza, sino que, fundamentalmente, establezca y financie la cantidad necesaria de instituciones educativas al servicio de toda la población, destinando recursos a la mejora de la situación en la que los docentes y administrativos realizan sus labores, como a la infraestructura y avance tecnológico de tales centros, que resultan ser en la actualidad condiciones básicas del funcionamiento de estos.

La accesibilidad del derecho a la educación implica que las instituciones y los programas de enseñanza han de ser asequibles a todos, sin discriminación, en el ámbito del Estado parte. Consta de tres dimensiones que coinciden parcialmente: a) no discriminación: la educación debe ser accesible a todos, especialmente a los grupos vulnerables de hecho y de derecho, sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos, b) accesibilidad material: la educación ha de ser asequible materialmente, ya sea por su localización geográfica de acceso razonable o por medio de la tecnología moderna, y c) accesibilidad económica: la educación ha de estar al alcance de todos.

384

Sobre el particular, el Tribunal describió varios indicadores que dieron cuenta de la problemática histórica en el Perú relacionada con el pleno ejercicio de los derechos de las mujeres, especialmente de aquellas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, como es el caso de las niñas y adolescentes del ámbito rural. Esto, para luego afirmar que el Estado tiene un deber especial en la formulación de medidas que favorezcan el acceso a la educación inicial, primaria y secundaria de niñas, adolescentes y mujeres mayores de edad, otorgando una atención prioritaria a aquellas que se encuentran en estado de pobreza o en el ámbito rural.

---

<sup>4</sup>Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. Observación General 13 (21° período de sesiones, 1999). El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/1999/10, 8 de diciembre de 1999.

De otro lado, el TC advirtió que la disponibilidad y accesibilidad del derecho a la educación comportan que el Estado tenga las obligaciones de respetar, proteger y cumplir. Con relación a la dimensión de disponibilidad, el Tribunal especificó que la cobertura total de instituciones educativas y programas de enseñanza en todo el país constituye una obligación de cumplir o facilitar, y que es de carácter progresivo. No obstante ello, la obligación de adoptar medidas deliberadas, concretas y orientadas hacia la implantación gradual de la enseñanza secundaria, superior y fundamental, es de inmediato cumplimiento.

Respecto a la dimensión de accesibilidad, detalló que su componente de interdicción de la discriminación constituye una obligación de respetar (en las instituciones educativas públicas) y de proteger (en los centros educativos privados); en tanto que la accesibilidad material (geográfica o tecnológica) y económica (gratuidad de los niveles educativos distintos a la educación primaria), constituyen obligaciones de cumplir.

### **3.3. El acceso a la educación como derecho humano de las mujeres**

En el ámbito internacional existen diversos instrumentos referidos a la protección de los derechos de las mujeres, de los que puede mencionarse los siguientes: la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante CEDAW) y su Protocolo Facultativo, entre otros. Pese a la existencia de estos instrumentos internacionales que favorecen la igualdad de derechos, las mujeres siguen siendo discriminadas.

La discriminación afecta en mayor medida a determinados colectivos, como es el caso de mujeres que viven en zonas rurales y en situación de pobreza. Este cruce de ejes de discriminación requiere de políticas y programas específicos para garantizar el disfrute de sus derechos, como el acceso a la educación<sup>5</sup>.

Al respecto, el artículo 10 de la CEDAW prescribe que los Estados parte deben adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discri-

---

<sup>5</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación general núm. 34 (2016) sobre los derechos de las mujeres rurales, 7 de marzo de 2016.

minación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en el campo de la educación.

La educación no solo juega un papel decisivo en la emancipación de las mujeres, sino también constituye un instrumento indispensable para lograr los objetivos de la igualdad, el desarrollo y la paz<sup>6</sup>.

Consideramos pues que esta sentencia constituye un aporte importante, porque aborda la problemática de las mujeres en el ámbito rural, y en concreto su ejercicio del derecho a la educación; desarrolla diversos aspectos con relación al citado derecho; y, sobre todo, discierne y esclarece el tema del acceso a la educación como derecho humano de las mujeres. Además, al declarar un estado de cosas inconstitucional en el caso de la disponibilidad y accesibilidad a la educación de personas de extrema pobreza del ámbito rural, el Tribunal extendió –acertadamente– los alcances de esta sentencia.

---

<sup>6</sup> Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing 1995, párr. 69.

# La situación de los migrantes irregulares. Comentario a la STC 02744-2015-PA/TC

SUSANA TÁVARA ESPINOZA

Asesora Jurisdiccional del Tribunal Constitucional

## 1. Materias constitucionalmente relevantes

- 1.1 El derecho a la igualdad y no discriminación.
- 1.2 El debido procedimiento administrativo en el marco del procedimiento migratorio sancionador.
- 1.3 El derecho a la protección de la familia y el interés superior del niño.

## 2. Contexto histórico-político de la decisión

La condición de los migrantes indocumentados o en situación irregular inicialmente se asumió como un fenómeno de corte laboral económico. Sin embargo, el carácter universal e inalienable de los derechos, reconocido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos incentivó que trascienda ampliamente dicho ámbito. Muestra de ello es la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven<sup>1</sup>, en la que reconoce: «[...] todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica [...] [y] a igual protección de la ley [...]». De igual forma la Constitución no es ajena a esta problemática, pues acoge un tratamiento jurídico igualitario en materia de derechos fundamentales entre nacionales y extranjeros. Ello se desprende de la parte introductoria del artículo 2 la cual prescribe: *toda persona tiene derecho a [...]*; y en el inciso 2 agrega: *La igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.*

Ahora bien, del universo de los migrantes distinguimos dos condiciones: aquellos cuya estancia es regular, y aquellos que por respetar las normas de ingreso o excederse del tiempo autorizado, se encuentran en una situación jurídica irregular o indocumentados. La Asamblea General de Naciones Unidas en la Re-

<sup>1</sup> Adoptada por la Asamblea General, como una interpretación conforme a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su resolución 40/144, de fecha 13 de diciembre de 1985.

solución sobre Protección de los migrantes<sup>2</sup> dejó en evidencia que estos últimos tienen una especial condición de vulnerabilidad por enfrentar diversas barreras sociales y económicas, al verse expuestos a ser víctimas de violencia, xenofobia y otras formas de discriminación o trato degradante, y pese a ello evitan contactarse con autoridades por temor a una eventual deportación.

En vista de la hostil relación entre autoridades nacionales y migrantes irregulares, la Asamblea General de las Naciones Unidas, a propósito del Informe del Relator Especial, sobre los derechos humanos de los migrantes, expedido el 2 de abril de 2012, destacó que «[...] la entrada o residencia irregulares nunca deben considerarse delito, ya que no constituyen en sí delitos contra las personas, el patrimonio o la seguridad nacional [...] Tipificar como delito la entrada ilegal en el territorio de un Estado trasciende el interés legítimo de los Estados de controlar y regular la inmigración ilegal y da lugar a detenciones innecesarias». A nivel interno este aspecto fue reconocido en el artículo V del Título Preliminar del Decreto Legislativo 1236, publicado el 26 de septiembre de 2015, que estableció la regulación migratoria en los siguientes términos: «El Estado formula y ejecuta su Política Migratoria bajo el Principio de No Criminalización de la Migración Irregular».

388

Jesús de Mezquita Oliviera interpone demanda de amparo a efectos de inaplicar la Resolución Directoral 00000065-2013-IN-MIGRACIONES, que le impuso la sanción de salida obligatoria del Perú, con impedimento de reingreso. Alegó la vulneración al derecho a la protección a la familia, al interés superior del niño, al matrimonio, al deber y derecho de los padres a alimentar, educar y dar seguridad a los hijos, así como el derecho al debido proceso y de defensa. La procuraduría del Ministerio del Interior dedujo las excepciones de incompetencia y de falta de agotamiento de la vía administrativa, por considerar que la resolución del presente requiere de una amplia instancia probatoria en la que se den a conocer las causas por las que ingresó y permaneció en el país.

Los argumentos utilizados para sustentar la procedencia fueron: i) que no era necesaria la vía administrativa por cuanto esta podría dar lugar a que su derecho se torne irreparable, en consideración al Oficio 240-2013-EGPOL-SUORRI-DIRTEPOL-MDD-DIVSE-DISE, la cual indica que la División de Seguridad del Estado de su jurisdicción lleve a cabo acciones pertinentes y necesarias para la ejecución de la resolución administrativa que sancionó al recurrente; ii) Que el Decreto Legislativo 703 (Ley del Extranjería vigente en tal momento), no establecía un mecanismo impugnatorio para la sanción salida obligatoria y; iii) Que

---

<sup>2</sup> ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Resolución sobre la Protección de los migrantes, A/RES/54/166, 24 de febrero de 2000, Preámbulo.

el propósito de este proceso constitucional es verificar si la Resolución Directoral cuestionada vulnera o no los derechos fundamentales invocados, mas no definir una situación migratoria particular, por ello la ausencia de instancia probatoria no implicaba obstáculo para el análisis constitucional correspondiente.

Los aportes valiosos que hace el Tribunal es primero demarcar la protección constitucional de los migrantes irregulares en nuestro ordenamiento jurídico; y segundo evaluar la vulneración del derecho al debido proceso en el procedimiento migratorio sancionador, si la sanción cumplió o no con respetar las garantías formales y materiales del debido procedimiento administrativo y si se vulneró o no el derecho de protección a la familia del recurrente.

Introdutoriamente, el Tribunal considera que si bien los Estados cuentan con un ámbito amplio para el establecimiento y dirección de sus políticas migratorias, y conforme a la Constitución contiene medidas para garantizar la seguridad nacional (artículo 44), la sanidad pública (artículo 2 inciso 11) y el orden público (artículos 118 inciso 4 y 166), el ejercicio de esta potestad no puede soslayar dos premisas esenciales:

- i) La entrada o residencia irregulares no deben considerarse delitos, sino faltas administrativas, por lo que el recurso de una eventual detención administrativa debe ser excepcional, prescrita por ley, necesaria, razonable y proporcional a los objetivos que pretende. Solo se justificará cuando exista un riesgo inminente de que eluda futuros procesos judiciales o procedimientos administrativos o cuando la persona representa un peligro para su propia seguridad o para la seguridad pública; ello durante el menor tiempo posible y a partir de una evaluación individual de cada caso.
- ii) Los derechos humanos de los migrantes, constituyen un límite infranqueable a su potestad migratoria.

Respecto a la supuesta vulneración del derecho al debido procedimiento en el contexto de un procedimiento migratorio sancionador, a fin de demarcar un parámetro el Tribunal tras tomar en consideración su propia jurisprudencia sobre las garantías formales del procedimiento administrativo<sup>3</sup> y posteriormente el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Familia Pacheco

<sup>3</sup> A la notificación del acto administrativo (STC 5658-2006-PA/TC), al acceso al expediente administrativo (STC 3741-2004-PA/TC), a la decisión motivada y fundada en derecho (STC 8495-2006-PA/TC), a la presunción de licitud (STC 2192-2004-AA/TC), al plazo razonable (STC 1966-2005-PHC/TC), a ser investigado por una autoridad competente e imparcial (STC 0071-2002-AA/TC), a impugnar las resoluciones administrativas (STC 3741-2004-PA/TC), a la garantía *ne bis in idem* (STC 2050-2002-AA/TC) y al principio de publicidad de las normas procedimentales (STC 1514-2010-PA/TC).

Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia, en el que se expone las garantías en el supuesto específico de los procedimientos migratorios sancionadores; establece esta lista propia de garantías mínimas exigibles de reconocer a los extranjeros en situación irregular en el marco de un procedimiento migratorio sancionador<sup>4</sup>:

- i) El derecho a ser informado expresa y formalmente de los motivos que dieron lugar a la imposición de la sanción administrativa (multa, salida obligatoria, cancelación de permanencia o residencia, o expulsión) y de los cargos en su contra, si los hubiere.
- ii) A la posibilidad de exponer y acreditar las razones que lo asistan en contra de la sanción administrativa impuesta;
- iii) A la posibilidad de solicitar y recibir asesoría legal, incluso a través de servicio público gratuito de ser aplicable y, de ser el caso, traducción o interpretación, así como asistencia consular, si correspondiere;
- iv) En caso de decisión desfavorable, el derecho a someter su caso a revisión ante una autoridad competente e imparcial, la cual se encuentra obligada a resolver los recursos que correspondan dentro de un plazo razonable. El migrante puede recurrir por derecho propio o a través de un representante;
- v) La eventual expulsión solo podrá efectuarse tras una decisión fundamentada conforme a la ley y debidamente notificada.

390

En el caso concreto, el demandante niega haber sido notificado con la resolución que le impuso la sanción, por lo que alega no ha tenido oportunidad de cuestionarla. En busca de determinar si la sanción resulta lesiva de las garantías anotadas, el Tribunal analiza la regulación del procedimiento administrativo que conllevó a la aplicación de la sanción.

El Decreto Legislativo 703 establecía como sanciones a los extranjeros que infrinjan las disposiciones de la presente Ley y su Reglamento: a) Multa b) Salida Obligatoria, c) Cancelación de la Permanencia o Residencia, d) Expulsión. Sobre la salida obligatoria, aplicada al recurrente, estableció que procederá cuando el extranjero admitido se encuentre en situación migratoria irregular como consecuencia del vencimiento de su permiso de permanencia o residencia y excedido su plazo para la regularización, mientras la expulsión del país procederá (artículo 64 y 65) a quien se le haya dado salida obligatoria o cancelándose su permanencia residencia y no haya abandonado el territorio nacional [en el plazo fijado mediante Resolución de Dirección General del Gobierno del Interior a propuesta de la Dirección de Migraciones y Naturaliza-

<sup>4</sup> Fundamento Jurídico 19.

ción. Explícitamente (en el artículo 67) se reconoce la posibilidad de cuestionar la aplicación de algunas sanciones del referido artículo 60, más entre estas no se encontraba la sanción de salida obligatoria.

En consecuencia, la normativa no advierte las garantías mínimas del debido procedimiento de los migrantes en situación irregular. A pesar de contar con una cláusula de remisión al Reglamento de Extranjería, este nunca fue utilizado por la autoridad competente. Así las cosas, el Tribunal considera vulneradas las garantías formales de su derecho al debido procedimiento, pues la normativa no identificó un *iter* donde se verifiquen las garantías mínimas de extranjeros en este procedimiento; como son la comunicación de la resolución sancionadora al interesado, su debida motivación, la posibilidad de impugnación, u otras que avalen que el sancionado pudo tomar conocimiento del acto administrativo. En suma a ello no se advierte de autos constancia alguna de notificación de la Resolución.

Sobre las garantías materiales del debido procedimiento y la especial trascendencia del derecho a la protección de la familia, los recurrentes cuestionan que la sanción como impedimento de ingreso al territorio nacional sin precisar límite temporal alguno, resulta lesiva de los principios de unidad familiar e interés superior del niño. El Tribunal indica que cualquier decisión de salida obligatoria o expulsión de un extranjero en situación irregular debe ser producto de una valoración conjunta y razonada de las circunstancias particulares de cada migrante. Mientras el derecho de protección a la familia, su forma más esencial de cumplir su mandato es a través de la garantía de unidad familiar, la unidad del lugar más idóneo para proporcionar a sus miembros, en especial a los niños, una adecuada satisfacción de sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas.

El actor tenía a la fecha de resolución del Tribunal una hija menor de ocho años, de iniciales Y.D.M.L., de nacionalidad peruana que tuvo en un primer compromiso, y por otro lado, una relación conyugal con doña Sherley Bocangel Farfán, una mujer también de nacionalidad peruana. Entiende el Colegio que la sanción impuesta produciría una distancia irreparable entre la menor de iniciales Y.D.M.L. y su padre, así como entre doña Sherley Bocangel Farfán y su esposo. Aún cuando la existencia de vínculos familiares no configura *per se* el derecho de permanencia legal y automática en el país, resulta constitucionalmente ilegítimo prescindir de su valoración en la toma de tal decisión.

El Tribunal indica que cualquier decisión relativa a la separación del niño respecto de sus padres o de su familia, a partir del Estado, debe ser excepcional, temporal y justificada en el interés superior del niño. Si bien, la sanción impuesta también fue consecuencia de incumplimiento de normas de extranjería, de autos

se apreció que la demandada no recabó instrumento documental que acredite la existencia de motivos de interés público que tornen imprescindible la salida obligatoria del recurrente.

Finalmente en la parte resolutive, el Tribunal considera que la situación fáctica del caso es parte de una realidad que atañe a más sujetos de los intervinientes en el proceso, por lo que es necesario recurrir a la técnica del estado de cosas inconstitucional a fin de dotar de efecto expansivo general a las consideraciones realizadas en esta ocasión. Requiere así a la Comisión Multisectorial, creada mediante Resolución Suprema 015-2016-PCM, para que de forma coordinada con el Ejecutivo expida un informe técnico que contenga el proyecto normativo del Reglamento del Decreto Legislativo 1236 acorde con las garantías formales y materiales que implican el derecho al debido procedimiento de los migrantes en situación irregular.

Con ello declara fundada la demanda, nula la resolución, un estado de cosas inconstitucional la falta de norma legal o reglamentaria que regule un procedimiento que precise las garantías formales y materiales de los migrantes.

### **3. Análisis**

392

Es justo recalcar que la sentencia bajo análisis aborda la actual problemática con criterios constitucionales precisos y tras dar con la falta de una regulación de garantías mínimas, da la orden de crear una normativa reglamentaria que adopte aquellos criterios.

Hoy, aquello queda superado con el actual Decreto Legislativo 1350, publicado el 7 de enero de 2017, en cuyo artículo 26 se precisa: «Los actos administrativos y su trámite, relativos a materia migratoria, que así lo permita el presente Decreto Legislativo, pueden ser materia de impugnación conforme a lo establecido en la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General; de la misma forma en su artículo 53, inciso 3: MIGRACIONES puede dispensar el impedimento de ingreso al país por casos excepcionales de oficio o a solicitud de parte, mediante decisión motivada. Además cuenta en el artículo 37 con una regulación de la reunificación familiar, según la cual el nacional que tenga vínculo familiar con extranjero o extranjera, puede solicitar ante MIGRACIONES y el Ministerio de Relaciones Exteriores según corresponda, la calidad migratoria de residente de cualquiera de los integrantes de su núcleo familiar». Este cuerpo normativo no solo ha sido influenciado sino, es lo más probable, ha sido sostenido por los fundamentos indicados en la sentencia del Tribunal Constitucional.

RESEÑAS



## Exposición de motivos del Anteproyecto de Constitución del Estado de 1931

OMAR CAIRO ROLDÁN

*Profesor de Derecho Constitucional de la PUCP*

Título : Exposición de motivos del Anteproyecto de Constitución del Estado de 1931  
 Autores : Manuel Vicente Villarán  
 Editorial : Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional  
 Año : 2017

Como parte de la colección «Textos Constitucionales del Bicentenario», el Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional publicó la *Exposición de motivos del Anteproyecto de Constitución del Estado 1931*, elaborado por la Comisión presidida por Manuel Vicente Villarán. El texto se trata de la mejor propuesta de Constitución realizada en el contexto de un proceso constituyente en el Perú. Sin embargo, como veremos en esta reseña, la Constitución aprobada en 1933 no acogió los más importantes elementos contenidos en el Anteproyecto, y las consecuencias que esto produjo fueron lamentables.

En el régimen semipresidencial peruano, la censura es uno de los instrumentos para hacer efectiva la responsabilidad política de los ministros. La Exposición de Motivos explica que en el artículo 92 del Anteproyecto se redactaron las reglas sobre este procedimiento parlamentario, siguiendo el ejemplo de varias constituciones recientes de Europa que, «con la finalidad de disminuir los estragos que produce su empleo temerario o alevoso», han puesto «algunas cortapisas de procedimiento al voto de censura»<sup>1</sup>. Este artículo del Anteproyecto, que «priva al Senado de la facultad de derribar ministros»<sup>2</sup>, establecía lo siguiente:

<sup>1</sup> *Exposición de motivos del Anteproyecto de Constitución del Estado 1931*, presentación de Carlos RAMOS NÚÑEZ y estudio liminar de Omar CAIRO ROLDÁN, Lima, Centro de Estudios Constitucionales, Tribunal Constitucional del Perú, 2017, p. 77.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 75.

La Cámara de Diputados podrá emitir votos de censura contra los ministros individualmente o contra todo el gabinete. La moción de censura será motivada y deberán suscribirla no menos de veinte diputados. No podrá discutirse hasta el día subsiguiente a aquel en que haya sido presentada y comunicada al ministro. Para ser aprobada se requiere la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Cámara. La votación será nominal. El ministro será citado para concurrir al debate.

El ministro censurado por la Cámara de Diputados deberá dimitir y el presidente de la República aceptará su renuncia.

La tendencia consistente en regular los procedimientos parlamentarios de control político en las constituciones, presente en la Europa de esa época, fue denominada «racionalización del régimen parlamentario». Al respecto, Boris Mirkine-Guetzévitch explicó lo siguiente:

(...)La racionalización del régimen parlamentario, que constituye la tendencia común, se explica por las condiciones políticas de los autores de las nuevas constituciones y, sobre todo, por la colaboración de los juristas doctrinarios que se esforzaron lo más posible en encuadrar en el Derecho el complejo proceso de la vida política. Por otra parte, los miembros de las diversas Asambleas Constituyentes, acordándose de las frecuentes caídas de los ministerios, productoras del debilitamiento del poder, y a fin de proteger a los nuevos Estados de los embates de un parlamentarismo excesivo y contra las crisis ministeriales demasiado repetidas, se esforzaron en reglamentar el voto de confianza, y así encontramos que, sin atender a la libertad del parlamento, tienden a otorgar al Gobierno garantías contra un voto prematuro e irreflexivo de desconfianza<sup>3</sup>.

396

La Constitución de 1933, en manifiesta contradicción con el Anteproyecto, estableció un procedimiento que propiciaba el uso irreflexivo y precipitado de la censura. Así, según su artículo 172, cualquiera de las dos cámaras del Congreso (Senado y Cámara de Diputados) podía censurar a uno o más ministros. Además, un solo diputado podía presentar la propuesta de censura, y esta debía votarse en la misma sesión en que fue presentada<sup>4</sup>. Esta

<sup>3</sup> Boris MIRKINE-GUETZEVITCH. *Modernas tendencias del derecho constitucional*, Madrid, Editorial Reus, 2013, pp. 49-50.

<sup>4</sup> Constitución Política del Perú de 1933.

Artículo 172: «El voto de censura contra el Consejo de Ministros, o contra cualquiera de los ministros, puede ser presentado por solo un diputado o senador, y se votará en la misma sesión».

norma facilitó la inestabilidad de los ministros y el uso de la censura ministerial como una herramienta para evitar el éxito de la gestión del presidente de la República. El momento más dramático se produjo durante la presidencia de Fernando Belaúnde Terry, que empezó en 1963 y debía culminar en 1969. Durante su gestión, las cámaras del Congreso –con mayoría opositora al Gobierno– censuraron a diez ministros. El resultado no fue solo el fracaso de la gestión presidencial, sino el colapso del sistema constitucional: el tres de octubre de 1968, un golpe de Estado dio inicio a una dictadura militar que duró los siguientes doce años.

El Anteproyecto contenía una regulación específica del derecho de observación presidencial a los proyectos de ley aprobados por el Congreso. Al respecto, en la Exposición de Motivos se afirma lo siguiente:

En relación con el Poder Legislativo, coopera el Presidente a la formación de las leyes por medio de la iniciativa y de las observaciones, por medio de mensajes y por el uso de la potestad de convocar a las cámaras a sesiones extraordinarias y prorrogar las ordinarias. El derecho de observar las leyes recibe una modificación que aumenta su eficacia, exigiendo que la ley observada por el Ejecutivo sea aprobada nuevamente en una y otra Cámara por tres quintas partes del número legal de miembros de cada una, en cuyo caso queda definitivamente sancionada. Si fuera aprobada por menos de tres quintos de votos, quedará aplazada hasta la legislatura ordinaria del año siguiente, y si en esa otra legislatura posterior fuera aprobada por mayoría ordinaria de voto, quedará también sancionada (art. 55). La voluntad del Congreso prevalece, pues, siempre, a condición de que cuente desde luego con una sustancial mayoría algo mayor que la ordinaria o de que la mayoría ordinaria reitere su decisión en dos legislaturas (...) <sup>5</sup>.

Poniendo a un costado esta propuesta, la Constitución de 1933 suprimió el derecho de observación presidencial. Así, su artículo 128 prescribió que dentro de los diez días siguientes a la recepción por el presidente de la República de una ley aprobada por el Congreso, debe aquel promulgarla y mandarla cumplir. No obstante ello, este derecho presidencial fue incluido posteriormente en la Constitución mediante el artículo 8 de la Ley N° 8929 (Ley de reforma de la Constitución Política de la República, promulgada el

---

<sup>5</sup> *Exposición...*, *op cit.*, p. 64.

9 de abril de 1933, de acuerdo con el Plebiscito Nacional realizado el 18 de junio de 1939). El texto del artículo 128 de la Constitución de 1933, modificado en virtud de esta reforma, estableció lo siguiente:

Dentro de diez días siguientes a la recepción por el Presidente de la República de una ley aprobada por el Congreso, debe aquel promulgarla y mandarla cumplir.

Si el Ejecutivo tuviese observaciones que hacer, las presentará al Congreso en el término de diez días perentorios. Reconsiderada la ley en el Congreso con las observaciones del Ejecutivo, si no obstante ella fuese aprobada nuevamente por las tres quintas partes del número total de miembros de cada Cámara, quedará sancionada y se mandará promulgar y cumplir.

Si no se obtuviese en la votación las tres quintas partes del número total de miembros de cada Cámara, la ley no podrá ser considerada nuevamente por el Congreso sino hasta la siguiente Legislatura Ordinaria.

398 Sin embargo, esta reforma constitucional fue privada de eficacia mediante el artículo 1 de la Ley N° 10334, publicada en febrero de 1946. Así, el derecho de observación presidencial quedó fuera del ordenamiento constitucional peruano, hasta que fue restablecido en la nueva Constitución aprobada por la Asamblea Constituyente 1978-1979.

Respecto del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, en el Anteproyecto se sostuvo que teóricamente «es de toda evidencia la invalidez de las leyes que infringen la Constitución»<sup>6</sup>. Sobre esta base, propuso la incorporación del «principio de no aplicación de las leyes inconstitucionales»<sup>7</sup> por parte de los jueces «en los casos sometidos a su jurisdicción habitual»<sup>8</sup>. Asimismo, diseñó el siguiente mecanismo para la realización de esta revisión jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes:

Como necesaria precaución, se ordena que las cuestiones sobre inconstitucionalidad falladas en primera o segunda instancia se eleven siempre a la Corte Suprema por recurso de nulidad o por consulta y que conozca de ellas la Corte Suprema en sala plena. Tienen, pues, todos los jueces

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 110.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 111.

<sup>8</sup> *Ibid.*

potestad de pronunciarse, al ejercer su jurisdicción natural, sobre la inconstitucionalidad invocada por los litigantes y para cooperar con sus fallos al esclarecimiento de la doctrina jurídica, pero la fijación y unificación de ella se reservan, por medio de la revisión obligatoria, a la mayor capacidad legal de la Corte Suprema.<sup>9</sup>

La Constitución de 1933, en cambio, no contenía una sola palabra sobre el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. La consecuencia fue que la evidencia teórica de la existencia de esta institución fue ignorada en el Poder Judicial. Como ejemplo, recordemos lo que afirmó una Sala de la Corte Suprema como sustento para negarse a inaplicar, por inconstitucional, la Ley 11049, aprobada durante la dictadura de Manuel A. Odría (1948-1956):

(...) que, la mencionada ley, que fue sancionada por el Congreso de la República está vigente y opera como tal de pleno derecho, con eficacia legal incontestable vigencia, que ha sido reconocida recientemente, tanto por distintos sectores políticos como por ambas ramas del Parlamento, al reclamar su derogatoria por otra ley o al presentar diversas iniciativas con este fin, o con el de modificar algunas de sus disposiciones; que el artículo veintidós del Título Preliminar del Código Civil, en que se pretende sustentar la facultad judicial para no aplicar las leyes, no puede regir sino en el campo del derecho civil, ya que dicho Código no es un Estatuto Constitucional, sino una ley que norma las relaciones de la vida civil, en cuyas controversias cuando interviene el Estado, lo hace como sujeto de derecho privado, sin que ninguna disposición posterior haya extendido su aplicación a otros órdenes del campo en que aquel actúa como sujeto de derecho público; que para que el Poder Judicial pudiera aplicar la facultad que se le atribuye, sería necesario que ella emergiera consignada de forma expresa e inequívoca de la propia Constitución, formando parte del Derecho Constitucional positivo como acontece en los contados países cuyas Cartas Fundamentales consagran tal prerrogativa; que nuestra Constitución Política crea y organiza los Poderes Públicos, señala sus atribuciones y delimita su funcionamiento, con el fin de que, actuando cada cual dentro de su propia órbita, concurren a realizar los fines superiores del Estado, estructura en la que no se consagra la facultad del Poder Judicial para declarar la inconstitucionalidad de una ley, que es la forma más amplia de participar en la función legislativa,

---

<sup>9</sup> *Ibid.*

la que, en cuanto a esta Poder se refiere, está restringida por el artículo ciento veinticuatro de la Constitución, a la iniciativa de sus miembros en materia judicial, ejercitada por intermedio de la Corte Suprema (...).<sup>10 11</sup>

La lectura de la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Constitución de 1931, publicada por el Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, permitirá apreciar que la Comisión presidida por Manuel Vicente Villarán, puso a la vista de los constituyentes de 1933 algunas herramientas institucionales que, de haber sido incluidas en la Constitución, habrían facilitado la consolidación de la democracia constitucional en el Perú. Lamentablemente, fueron ignoradas por el Congreso Constituyente. Es necesario conocer la pérdida de esta oportunidad en nuestra historia para no volver a repetirla.

---

<sup>10</sup> A diferencia de la Constitución de 1933, el Código Civil de 1936 prescribió, en el artículo XXII de su Título Preliminar, el deber de preferir a la Constitución frente a las leyes inconstitucionales en los siguientes términos:

Artículo XXII: «Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se prefiere la primera».

<sup>11</sup> Resolución del 7 de enero de 1956, mediante la que se declaró «no haber nulidad» en la resolución del Segundo Tribunal Correccional, que había declarado «improcedente» el hábeas corpus interpuesto en favor de José Luis Bustamante y Rivero.

## Género y justicia. Estudios e investigaciones en el Perú e Iberoamérica

JERJES LOAYZA JAVIER

*Asesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional*

Título	: Género y justicia. Estudios en investigaciones en el Perú e Iberoamérica
Coordinadora	: Marianella Ledesma Narváez
Editoria	: Legis.pe
Año	: 2017

El libro *Género y justicia* refleja un importante esfuerzo por mantener el debate académico en torno a diferentes formas de concebir la justicia en el Perú. En esta obra colectiva, se profundiza la temática de género explorando y analizando la forma en que se vulneran derechos y se cometen injusticias a través de motivaciones que parten de las segregaciones que polarizan tanto a hombres como a mujeres. Así, los artículos evidencian, mediante profundos y muy acuciosos estudios –que parten de la realidad peruana e internacional–, que la desigualdad de género nos afecta aun hoy en día en pleno contexto de defensa de los derechos humanos y universales.

Son nueve las temáticas que buscan agrupar los estudios planteados. Cada una de ellas nos muestra diferentes y complejas aristas de la problemática de género. El primer eje temático es el de *género, desigualdad y vulnerabilidad*, en donde encontramos cuatro artículos. La española Ángela Aparisi Miralles planteará una armónica combinación entre igualdad y diferencia, sin perder la identidad del varón y la mujer; la argentina Mariana Palumbo discutirá el dilema entre redistribución y reconocimiento, analizando dos programas sociales implementados en la Argentina; la española María Xosé Agra Romero, ahondará en ciclos de la vulnerabilidad social y política; finalmente, el peruano Carlos Carcelén plantea la manera en que en el siglo XVI la Reforma Protestante impuso una pedagogía del miedo.

El segundo eje temático de *género y derecho*, la española M.<sup>a</sup> Isabel Garrido Gómez, destaca no perder de vista la interseccionalidad del sexo, la

raza, el género o la clase social en el Derecho; los mexicanos Gustavo Fondavila y Alberto Mejía Vargas explican cómo el aumento de la visibilidad y de la importancia pública de la protección de la mujer ha tenido impacto desigual en el sistema de administración de justicia mexicano; las argentinas Eugenia Zicavo, Julieta Astorino y Lucas Saporosi examinarán los proyectos de ley referidos al aborto durante los años 2013-2015 para describir y analizar los argumentos, presupuestos y significantes allí establecidos.

El tercer eje es sobre la violencia sexual desde un enfoque de género. La peruana *Sharon Gorenstein* analiza historias de mujeres maltratadas en el Ayacucho del post-conflicto, así como los mecanismos que utilizan para lidiar con ella; el peruano Jerjes Loayza analiza la violación sexual y sus consecuencias en la adolescencia femenina a través de una tipología estratificada; el peruano Pedro Pablo Ccopa explorará, desde los sentidos corporales, las violaciones sexuales del que fueron víctimas las mujeres andinas durante el conflicto armado interno vividos en el Perú en los años 1980-2000.

En el cuarto eje Género, criminología y proceso penal destacan tres autores. La peruana Norma Fuller realizará un balance de la influencia de los estudios de género en la criminología; el peruano Diego Tuesta se interrogará si la producción de normas con enfoque de género es relevante, pues estas modifican la actuación del Estado en el campo procesal; la chilena Claudia Castelleti enfatizará la invisibilidad histórica de la mujer delincuente deteniéndose en los roles de las mujeres en el tráfico de drogas.

402

El quinto eje es sobre *el análisis de la ley desde un enfoque de género*. Los mexicanos Mario Orozco Guzmán, Flor de María Gamboa Solís y David Pavón Cuéllar a partir de una perspectiva psicoanalítica profundizan en la manera en que el yo puede hacer su propia ley en contextos de omnipotencia y megalomanía; la hindú Ishita Banerjee estudia la práctica «diferenciadora» en el ejercicio de la ciudadanía explorando la construcción cultural y el condicionamiento de los hombres y las mujeres; la chilena Carolina Franch Maggiolo promueve una reflexión sobre los recursos funcionales del poder (legal- judicial) en el Estado de Derecho Chileno a partir de la ley antiterrorista, su aplicación y lógicas de funcionamiento en el pueblo mapuche.

El sexto eje ahondará en las *políticas de género*. La mexicana Aimée Vega Montiel expone los componentes fundamentales de las perspectivas futuras hacia el desarrollo de políticas de género y comunicación; la peruana

Russela Zapata Zapata comparte una reflexión sobre el rol que juega el Tribunal Constitucional en los últimos 20 años para la reducción de las brechas de género. El sétimo eje tratará sobre la *violencia política desde un enfoque de género*, la argentina Karina Bidaseca estudiará los crímenes de género y luchas por la justicia, la memoria y la verdad en Guatemala explorando a la primera generación de mujeres mayas que enfrentó la colonialidad de poder y género en Guatemala en el año 2010; las uruguayas Jimena Pandolfi y Valentina Torre identificarán el nexo entre la masculinidad hegemónica y la tenencia y uso de armas de fuego para lo cual analizarán la apropiación masculina de la mujer, como un elemento de coerción y dominación; la Magistrada del Tribunal Constitucional, Marianella Ledesma criticará el poder patriarcal que viene vulnerando constantemente a las mujeres, imputándoles obligaciones domésticas que dificultan su labor política; la chilena Luna Follegati expone una reflexión sobre la diversidad que han adquirido los escenarios de violencia global contemporánea.

El sétimo eje estudiará *los cuerpos y las emociones*. La peruana Alessandra de Ferrari Kogan estudiará los tránsitos de odio a través de los discursos de agencia desde la vulnerabilidad en la población transgénero de Lima en donde expone, desde la diversidad en las comunidades trans, la violencia y discriminación sistemática con que es tratada la población transgénero; el peruano Julio Villa explorará los poderes institucionales identificando dispositivos y discursos de coerción que minan el reconocimiento de sujetos de derecho a las personas transexuales.

En el último eje *justicia desde un enfoque de género*, la mexicana Irmgard Rehaag describirá la dimensión política del trabajo doméstico y del cuidado para presentar los resultados sobre la posición de estudiantes de la Universidad Veracruzana, en México, con respecto al trabajo doméstico y del cuidado; el peruano Luis Enrique Rondán analizará la dinámica de género de un colegio privado, laico, mixto y de orientación alternativa, incidiendo en la necesidad de promover la modificación de comportamientos asumidos por los estudiantes que reproducen la discriminación de género; finalmente, las peruanas Paloma Bellatin y María Fernanda Vivanco exponen los problemas que enfrentan las mujeres rurales en relación al acceso a la justicia, centrándose en dos temas: el acceso al sistema de protección legal contra la violencia de género y el acceso a la tierra.

Tenemos frente a nosotros una extraordinaria oportunidad para estudiar y discutir las dinámicas de injusticia en torno al género. Todo ello a partir de la lectura múltiple y compleja de los diversos artículos que nos permiten profundizar en una serie de dilemas que aquejan nuestra sociedad actual. Se trata de un importante esfuerzo editorial con el que el Tribunal Constitucional del Perú suma un libro que augura convertirse en un importante referente del tema en los próximos años.

## Trinidad María Enríquez. Una abogada en los Andes

MARÍA CANDELARIA QUISPE PONCE

*Investigadora del Grupo de Investigación sobre el  
Derecho y la Justicia Universidad Carlos III de Madrid*

Título : Trinidad María Enríquez. Una abogada en los Andes  
Autores : Carlos Ramos Núñez y Martín Baigorria Castillo  
Editorial : Legis.pe  
Año : 2017

Trinidad María Enríquez (Cusco-Perú, 1846), Flora Tristán (Burdeos-Francia, 1803), Helene Lange (Oldemburgo-Alemania, 1848), Concepción Arenal (Ferrol-España, 1820), Emmeline Pankhurst (Mánchester-Reino Unido, 1858), Susan B. Anthony (Massachusetts-Estados Unidos, 1820), Aleksandra Kolontái (San Petersburgo-Rusia, 1872), ¿qué tienen en común estas mujeres situadas en áreas geográficas tan distintas? Además de haber nacido en un siglo –el XIX– en el que sobre sus vidas pesaban una serie de restricciones civiles, políticas y económicas, avaladas por las leyes, la costumbre y, sobre todo, los prejuicios, todas ellas, a su modo, desafiaron la hegemonía masculina, ya sea a través del pensamiento crítico o de la acción política.

Aunque no pueda asegurarse que conocieran la obra de William Thompson y Anna Wheeler, *La demanda de la mitad de la raza humana, las mujeres, contra la pretensión de la otra mitad, los hombres, de mantenerlas en la esclavitud política y, en consecuencia, civil y doméstica*, publicada en 1825<sup>1</sup>, es posible afirmar que todas lucharon denodadamente por conquistar los derechos de los que la otra mitad de la humanidad –los hombres– ya habían empezado a disfrutar desde que en el Siglo de las Luces, con la proclamación de las primeras declaraciones de derechos, se iniciara –en palabras de Norberto Bobbio– *el tiempo de los derechos*<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> William THOMPSON y Anna WHEELER, *La demanda de la mitad de la raza humana, las mujeres, contra la pretensión de la otra mitad, los hombres, de mantenerlas en la esclavitud política y, en consecuencia, civil y doméstica. En respuesta a un párrafo del celebrado «Ensayo sobre el Gobierno» del Sr. James Mill*, Granada, Comares, 2000.

<sup>2</sup> Norberto BOBBIO, *El tiempo de los derechos*, traducción de Rafael de Asís, Madrid, Sistema, 1991.

Una prueba las constantes reclamaciones por los derechos quedó plasmada, entre otras, en la *Declaración de Seneca Falls de 1848*<sup>3</sup>, suscrita en la primera convención sobre los derechos de las mujeres, celebrada en Nueva York. Un documento en el que figuran, de un lado, las exigencias para alcanzar la ciudadanía civil y política y, de otro, los principios que deberían modificar las costumbres y la moral<sup>4</sup>.

Pese a su importancia, ni esta *Declaración* ni las múltiples vindicaciones llevadas a cabo por las mujeres llegaron a suscitar la atención de los historiadores. En efecto, hasta hace muy poco la historiografía registraba 1848 como el año de las revoluciones, año en el que fue publicado el *Manifiesto Comunista*<sup>5</sup>. Sin embargo, nada se decía sobre la *Declaración de Seneca Falls*. Ciertamente, durante mucho tiempo, la historia de las batallas que libraron las mujeres fue enterrada, borrada o suprimida de la historia oficial<sup>6</sup>. Carlos Ramos Núñez y Martín Baigorria Castillo, con la publicación de *Trinidad María Enríquez. Una abogada en los Andes*<sup>7</sup>, arrojan luz sobre una de las historias de vindicación por los derechos más fascinantes que en el Perú decimonónico se acometiera. La protagonista: una Ilustrada cusqueña<sup>8</sup>, una mujer que luchó decididamente por vencer los obstáculos institucionales y sociales impuestos a todas las mujeres así como las dificultades procedentes de la aplicación formalista del Derecho.

406

Desde la óptica del *historiador del Derecho*, los autores –especialistas en ese área del conocimiento– reconstruyen los argumentos esgrimidos tanto por la letrada cusqueña como por sus adversarios. Así pues, rastrean el proceso a partir del examen de los actuados, tal cual fueron reproducidos en la prensa jurídica durante los años de 1890 y 1891. La importancia de libro que reseñamos reside en el énfasis que Ramos Núñez y Baigorria Castillo ponen en la *historia política*<sup>9</sup> de Trinidad María Enríquez –faceta poco conocida,

<sup>3</sup> La Convención fue organizada por Lucrecia Mott y Elizabeth Cady. De acuerdo con A. Valcárcel la Declaración de Seneca Falls constituye el acta fundacional de la segunda ola del feminismo: el sufragismo. Ver: Amelia VALCÁRCCEL, *Feminismo en el mundo global*, Madrid, Cátedra, 2008.

<sup>4</sup> Alicia MIRYARES, «El Manifiesto de Seneca Falls», en *Leviatan*, núm. 75, 1999, p. 136.

<sup>5</sup> Eric HOBBSBAWN, *La era de la revolución: 1789-1848*, Buenos Aires, Crítica, 2009, pp. 300-311.

<sup>6</sup> Karen Offen, *feminismos europeos, 1700-1950. Una historia política*, Madrid, Akal, 2015.

<sup>7</sup> Obra aparecida por primera vez en 2005, publicada por Palestra Editores.

<sup>8</sup> Denegri, sitúa a Trinidad María Enríquez, entre la primera generación de ilustradas. Ver: Francesca Denegri, *El abanico y la cigarrera: la primera generación de mujeres ilustradas en el Perú*, Lima, Instituto de Estudios Peruanos, p. 162.

<sup>9</sup> Juan Manuel PALACIO, «La política desde el estrado (De cómo los historiadores de la ley y la justicia no podemos evitar hacer historia política)», en *PolHis*, núm. 5, 2012, pp. 43-49. Disponible en: [goo.gl/43dFAe](http://goo.gl/43dFAe)

«inexplorada o sencillamente desdeñada por los investigadores»— para situarla, de lleno, en el ámbito por el que ella había luchado: el jurídico.

El libro arranca con un capítulo introductorio que dibuja el contexto social jurídico y político del Perú en el que vivió Trinidad María. Naturalmente, la ciudad del Cusco es el escenario principal de esta historia y el ordenamiento jurídico de la época, según estiman los autores —sobre la base de la tesis esgrimida por Carol Smart— habría sido «sexista, masculino y sexuado». Como no podía ser de otra manera, la introducción también da cuenta de la polémica que sobre el acceso a la *educación de las mujeres* protagonizaran, en la Europa de las Luces, entre otros, Nicolás de Condorcet, Jean-Jacques Rousseau y Mary Wollstonecraft.

El primer y segundo capítulo: «La audacia de una ilustrada decimonónica» y «Contracción y despejada inteligencia», nos sumergen en los pasillos del Colegio Educandas —fundado por Simón Bolívar en 1825— en el que se formaban las señoritas de élite y, claro, Trinidad María. En la biblioteca, «con una desbordante cantidad de libros encargados de Europa» de la familia Enríquez, y en los amplios salones de la casa solariega de doña Cecilia Ladrón de Guevara donde se organizaban tertulias con lo más selecto de la intelectualidad cusqueña. En suma, nos sitúan en el escenario en el que la protagonista de la obra, tempranamente, forjó su carácter y, sobre todo, su pensamiento, nutrido —de la mano de sus preceptores— por autores de la talla de Flora Tristán, Jean Jacques Rousseau, Saint Simon, Louis Blanc, Auguste Comte, entre otros.

En el capítulo tercero, «El proceso», se narra y analiza el itinerario de la dilatada demanda de reclamación, acaecido entre 1878 y 1891, al que tuvo que hacer frente Trinidad María Enríquez con el fin —primero— de acceder a los estudios universitarios y, enseguida, de obtener el título de abogada. La tesis principal de Ramos Núñez y Baigorria Castillo es que una aplicación formal de la Ley habría bastado para atender el pedido de la letrada cusqueña. El Código de Enjuiciamientos Civil de 1852, vigente en ese momento, no contemplaba la prohibición del ejercicio de la abogacía a las mujeres, tampoco lo había previsto, ciertamente. Pero con el fin de impedirle la obtención del título, los operadores de la época «no dudaron en recurrir al Derecho romano y a las Siete Partidas, en una manifiesta aplicación ultraactiva de la norma».

Cabe considerar, por otra parte, que la inexistencia de una ley que excluyera a las mujeres del ejercicio forense, dio lugar a dos tipos de interpretación —y argumentación— francamente divergentes, que están muy bien desarrollados por los autores en este capítulo. A manera de invitación a la

lectura del libro, solo enunciamos el que fue alegado para truncar la aspiración de Trinidad María –y, el de todas las mujeres– de hacerse con el título de abogada: el argumento de la «*naturaleza femenina*», concretamente, *la naturaleza diferente pero complementaria de las mujeres y los hombres*, que justificaría las diferentes funciones y posiciones sociales. Este argumento rebatido por John Stuart Mill, en *La sujeción de las mujeres* (1869)<sup>10</sup>, fue al que apelaron los operadores jurídicos peruanos. A modo de ejemplo, veamos lo que el Fiscal Ricardo W. Espinoza, en su dictamen de 20 de julio de 1891, sostenía:

[L]as profesiones que exijan un notable vigor físico, un gran poder intelectual ó una voluntad firme y enérgica, modifican profundamente la *naturaleza de la mujer y casi la convierten en hombre*, privándola de las cualidades especiales que provocan la unión de los dos sexos, que forman la familia y hacen el encanto del hogar, base fundamental de la sociedad».

Por su parte, los diputados Manuel María Gálvez y Mariano S. Cornejo, en un informe de 25 de enero de 1879, alegaban:

«Que solo los varones podían ejercer la abogacía (...) que el Código de Enjuiciamientos Civiles, el Reglamento de los Tribunales y el propio «espíritu de las leyes» presuponían que la profesión forense «no corresponde a la mujer».

Que para desempeñarse como abogado, juez, apoderado, procurador o escribano, se requería «cierta firmeza de carácter, discernimiento superior y convicción de principios, de que la mujer carece en lo general».

Trinidad Enríquez, demostró –con creces– que tenía firmeza de carácter, fungiendo, de hecho, no solo como abogada de su propia causa, sino de la de todas las mujeres. Al negarse al ofrecimiento que le hiciera Nicolás de Piérola –autorización para graduarse– aduciendo que su reclamo no era de carácter personal sino general, «hizo de lo personal político». Erigiéndose, de este modo también, en precursora del feminismo de la tercera ola. Tuvo la firme pretensión de abrir horizontes para todas las mujeres, ¡y vaya si lo consiguió! El último capítulo da cuenta de «El triunfo de una aspiración»: la de Trinidad Enríquez, con el que, los autores, cierran el libro escrito en homenaje a la vindicación de esta gran mujer.

<sup>10</sup> John Stuart MILL, «El sometimiento de la mujer», en John Stuart MILL y Harriet TAYLOR MILL, *Ensayos sobre la igualdad sexual*, Madrid, Antonio Machado Libros, 2001, pp. 145-261.

## Las Constituciones del Perú

ROGER VILCA APAZA

Título : Las constituciones del Perú  
Editor : Carlos Ramos Núñez  
Editorial : Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional/Ministerio de Justicia y Derechos Humanos  
Año : 2017

El Centro de Estudios Constitucionales (CEC) del Tribunal Constitucional, en alianza editorial con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, publicó, por primera vez, las versiones oficiales y fidedignas de las constituciones del Perú, cumpliendo así lo dispuesto en la Sexta Disposición Final del Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237).

409

Esta novedosa publicación de los textos normativos fundamentales, precedida de un estudio preliminar del historiador del derecho y director del CEC, Carlos Ramos Núñez, sencillamente no tiene precedentes. Es única. No existen esfuerzos anteriores a este por recopilar, en un solo libro, las constituciones oficiales.

Ramos Núñez, editor del voluminoso texto, hace un estudio preliminar en el que describe y explica el contexto histórico-político de las doce constituciones que nos han regido hasta hoy (1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860, 1867, 1920, 1933, 1979 y 1993), además de la Constitución de Cádiz, que si bien no es una propiamente peruana (aunque participaron compatriotas nuestros en su elaboración), explica el sendero que asumieron las que se hicieron en el Perú.

A diferencia de los esfuerzos que en su día emprendieron Vicente Ugarte del Pino, Walter Gutiérrez y Carlos Mesía, y sobre todo, Domingo García Belaunde, el libro recoge las versiones facsimilares de las constituciones publicadas oficialmente por el Estado la primera vez, salvo las autógrafas de las cartas de 1979 y 1993, que, entendemos, se incluyeron en ese formato

porque fueron las constituciones que no se publicaron en letra imprenta, la primera en máquina de escribir, y la segunda en computadora.

Queda pendiente, pues, la tarea de editar un texto que, en formato facsímil también, reúna solo la versión manuscrita de las cartas fundamentales. La verdad es que nada nos garantiza hallarlas todas. La pesquisa que he realizado tocando las puertas de algunas instituciones públicas, nos advierten que faltan varias, incluso la primera de 1823.

No debe entenderse pues esta publicación como el afán de ofrecer una colección de textos en desuso, ni recuperar prácticas jurídicas desfasadas, sino de poner a disposición del público y, sobre todo, de los especialistas, un material de conocimiento que sirva de acicate para rescatar la historia de nuestro constitucionalismo de cara al bicentenario. Se corre traslado.



Este libro se terminó de imprimir en diciembre de 2017,  
en las instalaciones de Servicios Gráficos JMD S.R.L.,  
por encargo del Centro de Estudios Constitucionales  
del Tribunal Constitucional del Perú.