

Artículo de investigación

**DERECHO A LA IGUALDAD Y NO
DISCRIMINACIÓN COMO NORMA IUS COGENS
DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO**

**RIGHT TO EQUALITY AND NON-DISCRIMINATION
AS IUS COGENS NORM FROM THE GENDER
PERSPECTIVE**

Delia Mamani Huanca¹
Briceyda Quiñones Baltazar²
Universidad Privada de Tacna

RESUMEN

El artículo 53 de la Convención de Viena respecto al derecho de los tratados ha definido el *ius cogens* como aquellas normas imperativas del derecho internacional que los Estados están obligados a implementar, son normas imperativas que no pueden ser derogadas a menos que sea por normas del mismo rango, por tanto, sería nula cualquier norma contravenga una norma *ius cogens*. Desde esta perspectiva, se analizaron si, a nivel de la jurisprudencia constitucional, se respeta la característica de *ius cogen* del derecho-principio de igualdad y no discriminación desde la perspectiva de género, considerando que es una norma imperativa que busca erradicar la violencia contra la mujer y reducir el trato desigual entre hombres y mujeres y que no solamente debe ser un compromiso del Estado, sino que debe estar fundamentado a través de hechos concretos en la jurisprudencia nacional.

Palabras clave: *ius cogens*, Convención de Viena, igualdad, no discriminación.

¹ Doctora en Derecho. Docente de la Universidad Privada de Tacna. E-mail: deliamamani@gmail.com

² Egresada de la Escuela Profesional de Derecho de la Universidad Privada de Tacna.

ABSTRACT

Article 53 of the Vienna Convention regarding the law of treaties has defined *ius cogens* as those mandatory norms of international law that States are obliged to implement, they are mandatory norms that cannot be repealed unless it is by norms of the same range, therefore, any norm that contravenes a *ius cogens* norm would be null. From this perspective, it was analyzed whether, at the level of constitutional jurisprudence, the *ius cogen* characteristic of the right-principle of equality and non-discrimination from a gender perspective is respected, considering that it is an imperative norm that seeks to eradicate violence against women. woman and reduce the unequal treatment between men and women and that should not only be a commitment of the State, but should be based on concrete facts in national jurisprudence.

Keywords: *ius cogens*, Vienna Convention, equality, non-discrimination.

INTRODUCCIÓN

La génesis del problema de investigación se centra en el debate sobre la presencia de normas primarias y superiores a la voluntad de los hombres - *ius cogens* - debate sin concluir entre los juristas adheridos al pensamiento iusnaturalista y positivista, siendo destacable la naturaleza imperativa de éstas, no por admitir acuerdo en contrario, sino por la naturaleza de su objeto. Al respecto, Díaz (2014), precisa que la esencia de las normas *ius cogens*, es constituir un grupo de valores que son valiosos para la humanidad, lo que las ubica en un andamiaje superior, siendo una consecuencia importante, que limita la voluntad de los Estados.

Dentro de este marco normativo, la igualdad de género, se encuentra situada en el centro de los derechos humanos y los valores consensuados por organismos internacionales como las Naciones Unidas. Siendo una directriz primordial declarada en 1945 con la Carta de las Naciones Unidas “derechos iguales para hombres y mujeres” y la salvaguarda y el fomento de los derechos las mujeres como objetivo primordial para todos los Estados.

Empero, “millones de mujeres del mundo entero siguen siendo víctimas de discriminación” (ACNUDH, 2019, p.1), ya que políticas y leyes les prohíben la propiedad y posesión de tierras y el acceso a una vivienda, son más vulnerables a la trata de personas, muchas veces se les niega sus derechos sexuales y reproductivos, aunado a ello, conforme muestran informes de la Organización Mundial, se estima que un 30% de las mujeres alrededor del mundo son víctimas de violencia de género, las oportunidades laborales y los salarios son inferiores respecto de los varones e incluso el rol que desempeñan para coadyuvar con la paz y la seguridad se desmerece o no se valora debidamente (Jiménez, 2015). Esta situación, no difiere de la realidad peruana, en la que derechos como son el de igualdad y no discriminación, en difiere según el género.

En este punto, la problemática se centra en que, a pesar de las transgresiones de los derechos humanos, generalmente, se comprenden en la categoría de normas *ius cogens*, como el asesinato, tortura, discriminación racial, etcétera, no ocurre lo mismo con la desigualdad y la relegación y distinción basada en el género, lo que al parecer, implica que el derecho que ostentan las mujeres de igualdad y no discriminación basada en el género, no tendría el estatus de *ius cogens* en el orden mundial y peruano. De acuerdo a las estadísticas mostradas por las Naciones Unidas en “The World’s Women, 1970-1990: Trends and Statistics”, el Perú, tiene un porcentaje de 70% de denuncias respecto a delitos donde la mujer es víctima (Charlesworth y Chinkin, 2017); en varias regiones de África del Norte y Asia las mujeres sufren discriminación en cuanto a nutrición, ya que son los varones los que tienen un trato preferente, lo que determina una mayor mortalidad (Sen,1990), a diferencia de las mujeres en Europa, EE. UU y Japón , países en las que sustancialmente superan en número a los hombres, evidenciándose una persistencia de diversos tipos de prejuicios contra las mujeres , ya que los hombres tienen distintas ventajas en la educación superior, la especialización laboral y la promoción a altos cargos ejecutivos, por ejemplo y menos discriminación en lo referente a la discriminación en nutrición básica y salud (Sen,1990). En suma, a pesar de que las

Naciones Unidas no ha ignorado la problemática en el mundo de violencia contra las mujeres, sobre el cual ha manifestado su interés, al parecer la doctrina *ius cogens* no refleja las aspiraciones valorativas de orden superior en la esfera internacional respecto a la concreción de derechos como son el de igualdad y no discriminación con perspectiva de género, especialmente, para las mujeres como un derecho irreductible, aquello que todos los seres humanos, por encima de nuestras diferencias raciales, culturales, o de otra índole, “debemos remitirnos” (Exxeberria, 1998, p.1), ya que afirmar o reconocer la existencia de derechos fundamentales como son los derechos humanos y no garantizarlos, constituye a toda luz, una aporía (Uribe, 2011).

El artículo 53 de la convención de Viena respecto al Derechos de los tratados ha definido el *ius cogens* como aquellas normas imperativas del derecho internacional que los Estados están obligados a implementar, son normas imperativas que no pueden ser derogadas a menos que sea por normas del mismo rango, por tanto, sería nula cualquier norma contravenga una norma *ius cogens*. Desde esta perspectiva, se analizaron si, a nivel de la jurisprudencia constitucional, se respeta la característica de *ius cogen* del derecho-principio de igualdad y no discriminación desde la perspectiva de género, considerando que es una norma imperativa que busca erradicar la violencia contra la mujer y reducir el trato desigual entre hombres y mujeres y que no solamente debe ser un compromiso del Estado, sino que debe estar fundamentado a través de hechos concretos en la jurisprudencia nacional. Al respecto, luego de analizar la jurisprudencia constitucional para se ha podido determinar que esta recoge el valor de principio-derecho a la igualdad en varias sentencias y, desde la perspectiva de género, ha hecho un análisis del derecho a la igualdad y no discriminación otorgándole la calidad de norma *ius cogen* que no puede ser contravenida por otra norma, sin embargo, ha aclarado que un trato desigual no siempre es discriminador, pero ello debe estar sustentado en la protección de la dignidad humana.

LA NORMA IUS COGENS

La Convención de Viena que versa y trata aspectos sobre el Derecho de los Tratados (Naciones Unidas, 1980), hace referencia manera primigenia de la presencia y necesidad de normas que ostenten un carácter imperativo o *ius cogens* y que forman parte de normas irrevocables del derecho internacional general, ello se puede desprender de la lectura del artículo 53°, la cual prescribe que se debe considerar como nulo el tratado que contenga o verse sobre aspectos contrarios a las normas establecidas de carácter imperante del derecho internacional. Debiendo entenderse como norma imperativa del derecho internacional general como aquella norma que, reconocida y aceptada por el conjunto de Estados miembros de la comunidad internacional, es decir es aceptada como una norma bajo la cual se deben guiar los acuerdos, no cabiendo la posibilidad de ir en contra de ella. Únicamente se admite su modificación siempre que sea por una norma ulterior de derecho internacional general que ostente el mismo carácter. (ONU, 1949, p. 456)

Según la Comisión de Derecho Internacional (CDI) perteneciente a las Naciones Unidas (Naciones Unidas, 1956), la Convención de Viena, en su integridad, que fueron fruto de un debate jurídico iniciado en 1949, existen normas de carácter imperativo irrevocable para los Estados miembros de la comunidad internacional. Empero, la CDI acotó que resulta difícil redactar una lista explícita de normas *ius cogens*, por la dificultad de establecer criterios que permitan identificar una norma de derecho internacional que pueda ser catalogada como norma *ius cogens*. Por lo que, se puede entender que la forma de la norma del derecho internacional general no es lo que concede el carácter imperativo propio de las normas *ius cogens*, más si los es la particularidad de la naturaleza de su objeto (Carrillo, 1969, p. 207).

Al respecto, entre los juristas doctrinarios existe posiciones disímiles respecto a la existencia de las normas *ius cogens*, ya que un buen sector reconoce su existencia, explican su desarrollo y relevancia para el establecimiento de un mínimo acuerdo respecto a cuales serían los valores primordiales que ostentan la comunidad internacional general que acotan al poder estatal, mientras que un

sector opuesto expresan su negativa a tales afirmaciones, ya que argumentan que no existe una diáfana claridad en su contenido, restándole méritos en cuanto a su efectividad y eficacia en el cumplimiento de su intención. Es importante, considerar que las normas *ius cogens*, no solo versan de derechos sino también de obligaciones erga omnes para los miembros de la comunidad internacional, tornándose en una exigencia en el orbe.

EL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

El punto de partida, para definir el contenido de derechos como son el de igualdad y no discriminación, se procederá a destacar apartados de documentos internacionales como es la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Naciones Unidas, 1980), específicamente los artículos 31 y 32:

El artículo 31, señala las reglas generales para la interpretación de tratados, encontrando pautas como la interpretación de buena fe debiendo tenerse en consideración sus objetivos y fines, se debe tener en cuenta para la interpretación del tratado aspectos como texto (incluido preámbulo y anexos) además en el contexto en que fueron redactados, así también se debe tener en consideración los acuerdos y prácticas ulteriores a la celebración del tratado y las normas pertinentes de derecho internacional.

Por otro lado, el artículo 32 versa sobre los medios a los que se deberán acudir en caso se necesite interpretar complementariamente el tratado, siendo estos los trabajos preparatorios del tratado (proyectos o primeras redacciones), pero dichos medios serán utilizados únicamente cuando luego de haber aplicado las pautas establecidas en el artículo 31, aún persistan ambigüedades del sentido del tratado o si llevase a un resultado irrazonable.

De igual forma, es fundamental considerar las reglas de interpretación, estipuladas en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (OAS):

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;*
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;*
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y*
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.*

En primer lugar, se considera los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los que se prescribe el derecho a la igualdad y no discriminación, como sigue:

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2 [...]

Artículo 24. Igualdad ante la Ley

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

De la lectura de las normas supra, se colige que dicha obligación sea exigible al Estado, el que no solo debe tomar acciones para

garantizarlas, sino “tomar las medidas para garantizar que dentro de cada Estado se garanticen las condiciones de igualdad en el acceso a todos los derechos y en el cumplimiento de los deberes contenidos en cada ordenamiento jurídico nacional” (Pérez, 2016, p. 17).

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, establece que el derecho a la igualdad y la no discriminación tiene rango de *ius cogens* en el fuero del derecho internacional; siendo sus fundamentos, que la noción de igualdad es consustancial a la naturaleza del ser humano e indivisible de su dignidad como persona, frente a la cual, es incompatible toda situación que, por considerársele superior a un determinado grupo, se le trate con privilegios, contrario sensu, por considerarlo inferior, reciba un trato hostil o se le discrimine del goce de sus derechos, los que si se respetan en aquellos que no se consideran comprendidos en tal situación. No obstante, según Pérez (2016) muchos han cuestionado la pertenencia del derecho a la igualdad y no discriminación dentro del rango de norma *ius cogens*.

DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL TC

En el texto constitucional peruano, el artículo 2 del Título de la persona y de la sociedad; Capítulo I, Derechos fundamentales de la persona, prescribe:

Artículo 2”. - Toda persona tiene derecho:

- 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.*
- 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.*

El Derecho a la igualdad y la no discriminación ha sido considerada en diversas sentencias del Tribunal Constitucional, las cuales son:

Caso	Tema	Subtema	Resolución	Fecha	Fundamento importante
------	------	---------	------------	-------	-----------------------

La regalía minera	Derecho a la igualdad	Discriminación		N.º 0048-2004-PI/TC	01/04/2005	Cuando la desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional estaremos frente a una discriminación y por tanto frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable (FJ 62).
La regalía minera	Derecho a la igualdad	Discriminación positiva		N.º 0048-2004-PI/TC	01/04/2005	El Estado en algunas oportunidades promueve el trato diferenciado de un determinado grupo social, otorgándoles ventajas, incentivos, o en general tratamientos más favorables. La finalidad de esta acción no es otra cosa que compensar jurídicamente a grupos marginados económica, social o culturalmente con la finalidad de que dichos grupos puedan superar la inferioridad real en la que se encuentran (FJ 63).
La regalía minera	Derecho a la igualdad	Igualdad ante la Ley		N.º 0048-2004-PI/TC	01/04/2005	La norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma (FJ 59).
Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura	Derecho a la igualdad	Igualdad como derecho		N.º 0045-2004-AI/TC	31/03/2006	Como derecho es un auténtico derecho subjetivo. Se trata del reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la Constitución (FJ 20).
Víctor Manuel Otoyá Petit	Derecho a la igualdad	Igualdad como derecho		N.º 0606-2004-AA/TC	16/08/2005	Como derecho, es exigencia individual frente al Estado para que éste lo respete, lo proteja o lo tutele (FJ 9).
Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura	Derecho a la igualdad	Igualdad como principio		N.º 0045-2004-AI/TC	31/03/2006	La igualdad consagrada constitucionalmente detenta la doble condición de principio y derecho (FJ 20).
Víctor Manuel Otoyá Petit	Derecho a la igualdad	Igualdad como principio		N.º 0606-2004-AA/TC	16/08/2005	El artículo 2.º inciso 2 de la Constitución consagra el principio de igualdad y el derecho de igualdad (FJ 9).
Ley de Regalía Minera	Derecho a la igualdad/	Igualdad en la ley		N.º 0048-2004-PI/TC	01/04/2005	Un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales (FJ 61)
Decreto de Urgencia N.º 088-2000	Derecho a la igualdad/	Igualdad en la ley		N.º 0009-2004-AI/TC	21/03/2005	Tratándose de una simple opción prevista en la norma no se vulnera la igualdad en la ley, puesto que tal

						afectación solo se presentaría si el trato diferenciado surge desde la misma ley y no en circunstancias en que la ley se limita a regular un procedimiento cuya utilización queda a discreción del particular (FJ 13).
Víctor Manuel Otoyá Petit	Derecho a la igualdad	Principio – pilar del orden constitucional	N.º 0606-2004-AA/TC	16/08/2005		La igualdad en tanto principio es uno de los pilares del orden constitucional que permite la convivencia social en armonía (FJ 9).
Ley de Regalía Minera	Derecho a la igualdad	Trato desigual	N.º 0048-2004-PI/TC	01/04/2005		La aplicación del principio de igualdad no excluye el tratamiento desigual. No se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables (FJ 61).

Respecto al derecho de igualdad desde la perspectiva de género, el Tribunal Constitucional ha desarrollado jurisprudencia que le dan el valor de *ius cogens* al derecho de igualdad y discriminación basada en el sexo, como es el caso de la sentencia que recae en el expediente Nro. 1423-2013-PA/TC LIMA sobre el caso de la cadete FAP Andrea Celeste Álvarez Villanueva, el recurso fue interpuesto por su madre en contra la sentencia que expidió la Sala Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Lima al declarar improcedente una demanda de amparo interpuesta en contra de Ministerio Defensa y la Escuela de Oficiales de la Fuerza Aérea del Perú debido a que fue retirada de la Escuela en su condición de Cadete por estar embarazada, vulnerando sus derechos a la igualdad, a no ser discriminada y a la educación.

De acuerdo a la sentencia, la agraviada se presentó en el proceso de admisión 2011 de la Fuerza Aérea del Perú y se internó como cadete el 14 de marzo de 2011, sin embargo, luego de que, el 26 de abril del mismo año, le comunicará el Director de la Escuela de Oficiales de las Fuerzas Armadas que estaba gestando, se le informó que le darían de baja y lo hicieron a través de una carta notarial de fecha 3 de mayo del 2011, bajo el sustento de haber vulnerado el artículo 26 del Reglamento Interno de los Centros de

Formación de las Fuerzas Armadas que se aprobó a través del Decreto Supremo N° 001-2010-DE/SG que establece, en artículo 42 que, para ser miembro de Centro formación de la Fuerza Armada, no debe encontrarse en gestación, lo cual, constituye un trato desigual con respecto al hombre, quien puede tener hijos y continuar con su carrera militar, mientras que la mujer está impedida de tener hijos si es que quiere seguir la misma carrera militar.

El Tribunal Constitucional, en su fundamento 14, establecía que el Estado Constitucional tiene un serio compromiso con la igualdad, el que se reconoce en texto constitucional y que debe ser materializado por las autoridades en actos concretos para reducir la brecha de desigualdad y hacer posible que hombres y mujeres disfruten, en la misma medida, de sus derechos, con ello, se reconoce la categoría de *ius cogen* al derecho de igualdad, el cual, no puede ser modificado ni contravenido por alguna norma interna, como es el reglamento interno que se había emitido a través de las Fuerzas Armadas.

Asimismo, en el fundamento 15 se reconocía que el Estado Constitucional debe luchar para reducir las desigualdades de forma efectiva, por lo tanto, es necesario que se reconozca el derecho a no ser discriminado por razón de sexo y, por tanto, se debe brindar una protección especial a las madres y al reconocimiento del deber Estatal a desarrollar políticas públicas en favor de las libertades reproductivas.

El principio derecho-igualdad está reconocido en el artículo 2° inciso 2 de la Constitución Política del Perú y, desde la perspectiva de género, se vuelve más importante, por cuanto existe una clara discriminación hacia las mujeres por el hecho de serlo, como el caso analizado en el expediente Nro. 1423-2013-PA/TC LIMA, en el cual, finalmente, el Tribunal resolvió fundada la demanda e inconstitucionales los artículos 42° inciso c) y 49° inciso 1) del Decreto Supremo N° 001-2010-DE/SG, por tanto, se dejó sin efecto la resolución quedaba de baja a la agraviada y se dispuso que se le reponga en su condición de cadete.

El Tribunal Constitucional ya había resuelto respecto al derecho de la igualdad en la sentencia N° 0045-2004-A LIMA, interpuesta por el Colegio de Abogados de Lima Norte, el cual, demandaba la inconstitucionalidad del artículo 3° de la Ley 27466 que modifica la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura, pues la consideraba una infracción del principio-derecho de igualdad que amparaba el artículo 2° inciso 2) de la Constitución, pues, el artículo en cuestión, le otorgaba una bonificación de hasta 10% de la calificación total que se obtenía a los magistrados titulares del Poder Judicial y Ministerio Público que postulaban ascensos, contraviniendo el reconocimiento de la igualdad ante la ley.

Así, en el fundamento 20 sentencia N° 0045-2004-A LIMA, el Tribunal Constitucional reconocía que el principio de igualdad estaba consagrado constitucionalmente siendo un enunciado con una condición doble de derecho y principio. En función al principio, tenía un contenido material objetivo, el que poseía elementos axiológicos dentro del orden constitucional vinculándolos, de forma general, al ordenamiento jurídico peruano, por otro lado, como derecho fundamental, se refería al reconocimiento de un derecho subjetivo auténtico, en el que la persona, como su titular, era quién lo ejercía y al que se le permitía el derecho a que no se lo discrimine por razones que la Constitución lo proscribía, entre ellas, el sexo, por tanto, como derecho fundamental, el sujeto titular del derecho tenía la garantía de que no debe ser discriminado, por tanto era una prohibición de intervención que buscaba asegurar la igualdad de las personas.

Desde la perspectiva de género, el Derecho Constitucional a la igualdad le garantiza a las mujeres el reconocimiento pleno de sus derechos al igual que a los hombres y el Tribunal y la constitución amparan la protección de este derecho ante cualquier acto Estatal a través de sus normas que quieran vulnerarlos, ello, debido a su característica de *ius cogen*, que evita que este derecho pueda ser alterado y deba cumplirse de una forma obligatoria, sin que se permita normas o actos que lo contravengan.

El principio de igualdad, entonces, se constituye en un elemento objetivo-material y un derecho fundamental, a través del cual, las mujeres pueden crear cualquier discriminación que evite el ejercicio de cualquier derecho que se tenga. Esto se alinean a lo que se establece en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 3° el Protocolo adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos sociales y culturales, en el que se establece que los Estados están obligados a no discriminar y esto no debe confundirse con derecho que toda persona tiene a que sea tratada con igualdad ante la Ley y ello, porque es importante considerar que el derecho a no ser discriminado no significa que todas las personas sean tratadas de la misma manera en todos los casos, pues este derecho a la igualdad y la no discriminación tienen su origen en la dignidad y naturaleza del ser humano, por tanto, cuándo existe un tratamiento jurídico diferente en función a ciertas condiciones razonables se debe considerar como no discriminatorio, pues una distinción no siempre es ofensiva, específicamente, cuando se la aplica en función de la dignidad humana, por tanto, si bien como norma *ius cogen*, el principio de la igualdad desde la perspectiva de género, obliga a que el Estado no la contravenga, también es importante que, bajo esta perspectiva, se entienda que una configuración de trato desigual no siempre será discriminatorio, como ejemplo se tiene que no se podrían brindar lo mismo beneficios a una madre gestando o con hijos que a un padre con hijos.

Por tanto, la igualdad jurídica, si bien tienen como finalidad brindar tratos iguales a aquello que debe considerarse igual, también permite tratar de una manera desigual a aquello que no lo es en las circunstancias en las que, el tratar de una misma manera, ocasionaría un trato desigual. A esto último se denomina discriminación por indiferenciación.

Una mención aparte debe tener el Derecho Constitucional de la igualdad de las mujeres embarazadas y, el cual, ha sido analizado visita sentencia de tribunal constitucional como la expediente N° 005652-2007-PA/TC interpuesta por Rosa Betsabé Gambini Vidal,

quien solicitaba que se deje sin efecto el despido del que fue objeto por la Sociedad de Beneficencia de Lima Metropolitana y el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social y se la reponga el trabajo, pues manifestó que fue despedida por razón de sexo al haberse embarazado, lo cual, lo comunico a la Sociedad de Beneficencia de Lima Metropolitana. La sentencia, en el fundamento número 10 considera que los hombres y las mujeres tienen igualdad de derechos amparado en el principio de igualdad desarrollado por las Naciones Unidas y escrito en el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, en el cual, se considera la reafirmación de la Fe en los Derechos Fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, por lo que todas las Estados deben garantizar el desarrollo de estos derechos y libertades sin distinción de sexo. Por otro lado, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 2° se establecía que toda persona debe gozar sus derechos y libertades sin distinción de sexo o cualquier otra condición, de esta forma, el contenido del principio derecho de igualdad tiene un carácter de *ius cogen* de acuerdo al Tribunal Constitucional al considerar la imposibilidad del Estado de emitir normas que la contravenga.

Existe, por tanto, una obligación de no discriminar basada en el artículo 1° de los Derechos Humanos y el artículo 3° del Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. En esta obligación de no discriminar debe entenderse que también existen normas, tanto en su aplicación como interpretación, que obliga a que el Estado trate a todas las personas por igual

La igualdad es, por consiguiente, un principio pilar de la Constitución, a través de la cual, es posible que exista una convivencia social, armónica y de bienestar bajo la exigencia de que todos se traten de la misma manera cuando se encuentran en la misma situación, pues la no discriminación se basa en la dignidad y naturaleza del ser humano.

En cuanto a las mujeres embarazadas se ha establecido que esta se amplia y se refuerza a través de 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* y el *Protocolo facultativo de la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, debido a que estos instrumentos, de carácter internacional, han sido integrados, obligatoriamente, por el Estado peruano en su marco normativo y, por tanto, consagra su característica de *ius cogens* desde la perspectiva de género a no ser discriminado.

En esa línea el fundamento 23 de la sentencias que recae en el expediente N° 05652-2007-PA/TC LIMA, se ha considerado que la expresión discriminación contra la mujer hace alusión a cualquier exclusión, distinción o restricción que se base en el sexo y que tenga por objeto anular o menoscabar el reconocimiento, ejercicio o goce de cualquier derecho de la mujer, independientemente, de su estado civil y que recorte el derecho-principio de la igualdad entre la mujer y el hombre o limite sus libertades fundamentales y Derechos Humanos en cualquier parte de la esfera social como es el aspecto cultural, económico, político o civil. Por tanto, la discriminación es una distinción, en este caso, por cuestión de género, en la que existe un acto que es desfavorable a la mujer, el cual, es un obstáculo para el reconocimiento de sus derechos en cualquier esfera social y, al mismo tiempo, evitan que estas ejerzan y gocen plenamente de sus Derechos.

CONCLUSIÓN

El Estado peruano está obligado al cumplimiento de los tratados internacionales, los cuales, han sido interpretados adecuadamente por el Tribunal Constitucional a garantizar el derecho a la igualdad y no discriminación desde la perspectiva de género, por tanto, hacen que el derecho-principio sea *ius cogens* de obligación irrestricta para cualquier entidad Estatal y respetada en cualquier ordenamiento jurídico que contemple el estado peruano, el mismo que debe ser promovido y defendido por todas las entidades nacionales y privadas para garantizar que tanto hombres y mujeres

vivan en una sociedad de igualdad, sin discriminación y cuando exista un trato desigual, que esto se fundamente en Derechos Constitucionales y la dignidad humana que le permita a la mujer el goce igualitario de un derecho en la misma medida que a los hombres

REFERENCIAS

- Abela, J., García, A., Pérez, A. (2007). Evolución de la teoría fundamentada como técnica de análisis cualitativo. CIS.
- Carrillo. (1969). Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Tecnos.
- Charlesworth, H. y Chinkin, C. (2017). El género del jus cogens. Revista Latinoamericana de Derecho Internacional, 7.
- Díaz, R. (2014). El reconocimiento del ius cogens en el ordenamiento jurídico chileno. Revista Chilena de Derecho, 41 (2), 555 – 587.
- Etxeberria, X. (1998). “Lo humano irreductible” de los derechos humanos. Bakeaz.
- Hernández, R. Fernández, C. y Baptista, P. (2014). Metodología de la Investigación. Editorial Mc Graw Hill.
- Jiménez, M. N. P. (2015). Evolución y situación actual en España del derecho preferente de acceso a vivienda protegida de las mujeres víctimas de violencia de género. Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, (36), 6-14.
- Muehl D. (s.f.). Análisis de contenido en el Centro de Investigaciones. Universidad de Michigan.
- Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE) (2010). Human Rights for social workers in theory and practice. <https://www.osce.org/bih/110217?2download=true>

Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos [ACNUDH]. (019). Los derechos humanos de las mujeres y la igualdad de género.

<https://www.ohchr.org/sp/issues/women/wres/pages/wresindex.aspx>

Organization of American States (OAS) (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

Pérez, E. (2016). La igualdad y no discriminación en el derecho interamericano de los derechos humanos. CNDH.

Ponce de León L. (1996). La metodología de la investigación científica del derecho. Revista de la Facultad de Derecho de México, 205-206, 61-83.

Sen, A. (1990). More than 100 Million Women Are Missing, N.Y. Rev. Books, 61. <https://www.nybooks.com/articles/1990/12/20/more-than-100-million-womenare-missing/>

Suárez, P. (2011). Población de estudio y muestra. [http://udocente.sespa.princast.es/documentos/MetodologíaInvestigacion/Presentaciones/4 %20poblacion%26muestra.pdf](http://udocente.sespa.princast.es/documentos/MetodologíaInvestigacion/Presentaciones/4%20poblacion%26muestra.pdf)

United Nations (1956). Yearbook of the International Law Commission, 1949, Summary Records and Documents of the First Session including the report of the Commission to the General Assembly. Planning for the codification of international law: survey of international law with a view to selecting topics for codification (A/CN.4/Rev.1) http://legal.un.org/ile/publications/yearbooks/english/ilc_1949vl.pdf

United Nations (1980). Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. <https://www.wipo.int/export/sites/www/wipolex/es/glossary/vienna-conventiones.pdf>

Uribe, E. (2011). Una aproximación epistemológica a los derechos humanos desde la dimensión vivencial pragmática. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, XLIV (132), 1233-1257. <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v44n1321v44n132a7.pdf>

Recibido: 01/12/2021

Aceptado: 21/01/2022