REVISTA PERUANA DE
DERECHO CONSTITUCIONAL

MUJER Y CONSTITUCIÓN

Centro de Estudios Constitucionales
Tribunal Constitucional del Perú

Contenido

Carlos Ramos Núñez
Presentación 15

Mujer y Constitución

Marcela Huaita Alegre
La CEDAW como marco de referencia de las sentencias del Tribunal Constitucional peruano *23*

Beatriz Ramírez Huaroto
La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de igualdad y no discriminación: los casos de la Policía Nacional del Perú y las Fuerzas Armadas *55*

Mosi Marcela Meza Figueroa
Protección constitucional de la madre en el ámbito laboral *77*

Carlos Ramos Núñez
El sufragio femenino: dudas, convicción y oportunismo *101*

María Soledad Bellido Angulo
Del silencio a la razón: argumentación sobre el sufragio femenino en la Constituyente de 1931 ..... *111*

Susana Mosquera
Mujer y género en el derecho internacional de los derechos humanos *147*

Glòria Poyatos i. Matas
Sentencia pionera en España que define jurídicamente y aplica la técnica de «juzgar con perspectiva de género» *171*

María Concepción Torres Díaz
El sustento constitucional de la impartición de justicia desde la perspectiva de género *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
Género y justicia. Estudios e investigaciones en el Perú e Iberoamérica *401*

María Candelaria Quispe Ponce
Trinidad María Enríquez. Una abogada en los Andes..... *405*

Roger Vilca Apaza
Las constituciones del Perú..... *409*

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.

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

I. Introducción[1]

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.

[1] 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[2]. 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[3].

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[4]. Asimismo, otro aspecto que preocupa de la

[2] 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>.

[3] 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.

[4] 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 Nº 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[5].

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[6]. 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[7].

c. En caso de que no se produzca el nacimiento, la cadete o alumna puede solicitar su reincorporación, siempre que hayan trascurrido 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.

[5] 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.

[6] Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 05527-2008-HC/TC.

[7] 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[8], 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

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.[…]

[8] 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»[9]. La importancia del principio de igualdad es tal que vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico[10].

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[11]. 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»[12].

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»[13]. 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[14]. En el trámite de los casos contenciosos, se han retomado estos aspectos, lo mismo que en la jurisprudencia constitucional nacional.

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[15].

---

[9] STC 0606-2004-PA, fundamento 9.

[10] STC 0033-2007-PI/T, fundamento 57.

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

[12] Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003, párrafo 83.

[13] *Ibid.*, párrafo 101.

[14] *Ibid.*, párrafos 103-104.

[15] Ariel E. Dulitzky, «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[16]. 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[17]. 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.

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

[17] 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[18], y aunque ha considerado a la igualdad no ha profundizado en sus alcances en los términos expuestos.

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[19].

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

[18] 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.

[19] STC 01406-2013-PA/TC, fundamento 15.

bidas 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»[20]. Esta es la interpretación que se desprende de la jurisprudencia interamericana[21] y de los estándares del Sistema Universal de Derechos Humanos[22]. 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[23], 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[24], 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.

---

[20] STC 01153-2013-PA/TC, fundamento 4.

[21] Corte IDH, *Caso «Atala Riffo y niñas» vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas),* Sentencia de 24 de febrero de 2012, párrafos 83-85.

[22] 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.

[23] Rebecca J. Cook y Simone Cusack, *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*, Bogotá, Profamilia, 2010, p. 29.

[24] 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».

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[25]. 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[26].

[25] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observación General N° 20...*, *op. cit.* párrafo 17.

[26] Comité de los Derechos del Niño, *Observación General Nº 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[27]. 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[28], 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*[29]. 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[30]. Asimismo, conforme a lo

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

[28] Entre otras, STC 045-2004-PI/TC, fundamento 33.

[29] STC 06626-2006-PA/TC, fundamento 45.1.

[30] 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[31]. 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»[32].

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[33]. La jurisprudencia internacional interamericana señala que en relación con los motivos prohibidos de discriminación debe aplicarse un test estricto de la diferenciación[34] y que la eventual restricción de un derecho exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso.

---

[31] STC 045-2004-PI/TC, fundamento 35.a; STC 06626-2006-PA/TC, fundamento 45.2.a

[32] STC 045-2004-PI/TC, fundamento 36.

[33] 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.

[34] 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.

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»[35], 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

[35] 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»[36]. 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.

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»[37]. En el caso concreto no se realiza el análisis porque se considera que las diferencias de trato en torno

[36] *Idem*.

[37] 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»[38]. 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[39].

Esta inversión está presente en la legislación nacional en el Código de protección y defensa del consumidor, artículo 39[40]. La inversión de la

[38] *Ibid.*, p. 73.

[39] Corte IDH, *Caso «Atala Riffo y niñas» vs. Chile*, *op. cit.*, párrafo 124.

[40] 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[41].

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»[42].

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[43].

Por ello, es posible afirmar que la eficacia de toda regulación antidiscriminatoria «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»[44].

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.

[41] Guillermo F. Treacy, «Categorías sospechosas y control de constitucionalidad», en *Lecciones 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.

[42] María José Añón Roig, «Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja», *Isonomía,* núm. 39, 2013, p. 145.

[43] *Ibid*., p. 146.

[44] *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 Alburqueque 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

Fuente: Página Web del Tribunal Constitucional / Elaboración propia.

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[45] y del trasfondo de la vinculación entre el sexo y el embarazo[46]. 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.

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[47] 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*,

[45] STC 01423-2013-PA/TC, fundamentos 17 al 20.

[46] STC 01423-2013-PA/TC, fundamentos 21 al 25.

[47] 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»[48]. 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

[48] 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[49]. El artículo 11 de la Convención requiere la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan

[49] *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»[50].

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»[51]. 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»[52]. 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 aparatados 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[53]. 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.

[50] *Ibid.*, párrafos 142-143.
[51] *Ibid.*, párrafo 146.
[52] *Ibid.*, párrafo 145.
[53] 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 psicosomático, 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.

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.