

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social

La especial protección de la madre trabajadora en el
ordenamiento peruano y su relación con el derecho a la
igualdad

Trabajo académico para optar el título de Segunda
Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad
Social

Autora:

Susana Boza Santaolalla

Asesor:

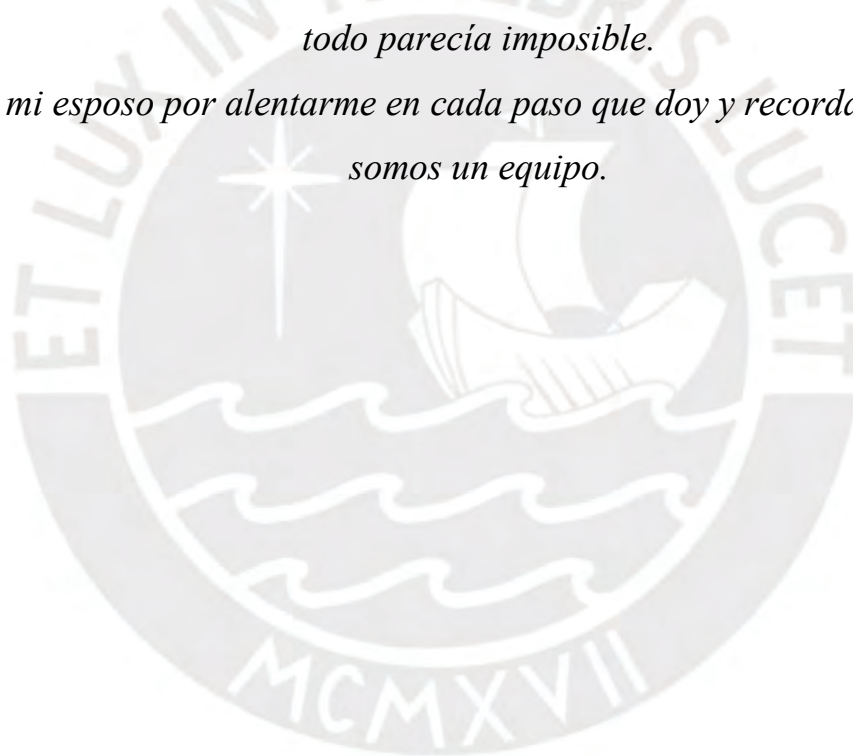
Manuel Gonzalo de Lama Laura

Lima, 2021

A Dios por nunca abandonarme.

*A mi bebé en camino, por darme la fuerza para continuar cuando
todo parecía imposible.*

*A mi esposo por alentarme en cada paso que doy y recordarme que
somos un equipo.*



*Mi eterno agradecimiento a Manuel de Lama
por su disposición a compartir sus conocimientos y consejos
durante todos estos meses.
Ha sido maravilloso conocer a un excelente profesional,
pero mejor aún a un excelente ser humano.*



RESUMEN

El presente artículo de investigación tiene como finalidad estudiar la especial protección de la madre trabajadora en el Perú y su relación con el derecho a la igualdad de trato entre hombres y mujeres. Para ello hemos abordado el estudio de las distintas normas jurídicas nacionales e internacionales que regulan la protección de la madre trabajadora y por otro lado, se ha analizado el contenido esencial del derecho a la igualdad y las acciones positivas y discriminación inversa a partir de las normas materia de análisis.

ABSTRACT

The purpose of this research article is to study the special protection of the working mother in Peru's legal system and its relationship with the right to equal treatment between men and women. For this we have approached the study of the different national and international laws that regulate the protection of the working mother and on the other hand, we have analyzed the essential content of the right to equality and positive actions and inverse discrimination based on the laws analyzed.

Palabras clave: madre trabajadora, protección de la maternidad, derecho a la igualdad, discriminación inversa.

Key words: working mother, maternity protection, equality right, inversed discrimination.

INDICE

CAPITULO I:	6
LA PROTECCION DE LA MADRE TRABAJADORA	6
1.1. Fundamento constitucional de la protección de la madre trabajadora	6
1.2. Normativa que regula la protección de la madre trabajadora en el ordenamiento internacional	7
1.3. Normativa que regula la protección de la madre trabajadora en el ordenamiento peruano	11
CAPITULO II	17
EL DERECHO A LA IGUALDAD Y LA ESPECIAL PROTECCIÓN DE LA MADRE TRABAJADORA EN EL PERÚ	17
2.1. El principio-derecho fundamental a la igualdad y no discriminación	17
2.1.1. Acciones positivas y discriminación inversa	21
2.2. Análisis de la protección especial de la madre trabajadora a la luz del derecho a la igualdad	24
CAPITULO III	29
LA CONCILIACION FAMILIAR NO ES CUESTION DE GÉNERO	29
3.1. Propuestas para lograr una verdadera igualdad en materia de responsabilidad familiar	29
CONCLUSIONES	33
BIBLIOGRAFIA	34

INTRODUCCION

Tanto el ordenamiento interno como la normativa internacional han abordado la protección de la madre trabajadora a partir de leyes, políticas públicas, convenios y recomendaciones, considerando a la madre trabajadora como un sujeto de especial protección y sustentando este carácter en la naturaleza propia de la mujer y su rol a partir de la gestación y los primeros cuidados del niño, especialmente durante el primer año de vida donde requiere un cuidado particular que solo puede ser proveído por la madre a través de la leche materna, principal fuente de alimento del menor.

Esta protección a la madre trabajadora busca que la condición de madre no sea causal de discriminación en el acceso/permanencia en un puesto de trabajo; sin embargo, cabe preguntarse si esta especial protección de la madre trabajadora cumple con el objetivo de lograr la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres o si por el contrario, se traduce en discriminación inversa.

A lo largo del presente artículo nos enfocaremos en conocer el origen y fundamento de la protección de la madre trabajadora y cómo está regulada tanto en el ordenamiento peruano, como en el internacional. Asimismo, ahondaremos en el estudio del derecho a la igualdad y a partir de ello se analizará este derecho y su vinculación con la protección de la madre trabajadora con miras a establecer si a través de esta protección se ejerce efectivamente este derecho o si contrariamente, es vulnerado.

CAPITULO I:

LA PROTECCION DE LA MADRE TRABAJADORA

1.1. Fundamento constitucional de la protección de la madre trabajadora

Si nos remitimos al fundamento constitucional de la protección de la madre trabajadora debemos considerar al artículo n° 23° de la Constitución Política del Perú de 1993 en el cual se establece que el Estado protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan. Cabe mencionar, esta no es la primera Constitución que hace referencia a esta protección de la madre trabajadora, sino que la Constitución Política de

1979 en su artículo n° 45° disponía que la Ley determinaría la protección a la madre trabajadora.

Como es posible advertir, el interés por parte del Estado para otorgar una especial protección a las mujeres trabajadoras que también eran madres, nace con la Constitución de 1979 a través de la cual se delega la responsabilidad de regular esta protección a través de la Ley, mientras que en la Constitución de 1993 se sostiene que el Estado brinda esta protección.

A partir de lo mencionado, surge la pregunta de cómo el Estado efectivamente protege a la madre trabajadora, pues bien, a lo largo del presente artículo pondremos en evidencia que principalmente esta protección se ha dado a través de normas como veremos en los apartados siguientes.

1.2. Normativa que regula la protección de la madre trabajadora en el ordenamiento internacional

Con respecto a la protección de la madre trabajadora en el ordenamiento internacional, sin duda debemos mencionar al Convenio 183 - Convenio sobre la protección de la maternidad de la Organización Internacional del Trabajo; el cual fue ratificado por el Perú en el año 2016 y que actualmente se encuentra en vigor.

En el Convenio se estipulan derechos a favor de las madres trabajadoras como la protección de la salud¹, donde se establece que los Estados deberán adoptar medidas necesarias para garantizar que no se obligue a las mujeres embarazadas o lactantes a desempeñar un trabajo que haya sido catalogado por la autoridad competente como perjudicial para su salud o la de su hijo.

Otro de los derechos desarrollados en el Convenio se encuentra en el artículo n° 4 donde se evidencia el derecho de toda mujer a contar con una licencia de maternidad de al menos 14 semanas, tomando en consideración que dicha licencia deberá incluir un periodo de 6 semanas de licencia obligatoria después del parto, esto con miras a la protección de la salud de la madre y del recién nacido. En relación con este punto, el Convenio establece

¹ Artículo n° 3 C-183 Convenio sobre la protección de la maternidad. Organización Internacional del Trabajo.

que en caso de enfermedad o complicaciones², se deberá otorgar una licencia antes o después del periodo de licencia de maternidad cuando existan complicaciones o riesgo de que se produzcan complicaciones como consecuencia del embarazo o del parto, con respecto a la duración de dicha licencia el Convenio indica que será estipulada por la legislación nacional.

En la línea del derecho a la licencia por maternidad regulada en los artículos n° 4 y 5 mencionados en el párrafo previo, nos encontramos con el derecho a las prestaciones³, a través de esta disposición el Convenio determina que se deberán proporcionar prestaciones pecuniarias, de conformidad a la legislación nacional o en cualquier otra forma que pueda ser conforme con la práctica nacional, a toda mujer que esté ausente del trabajo en virtud de la licencia a que se hace mención en los artículos previos. En el inciso 8 del artículo que regula las prestaciones, se aborda en concreto a la madre trabajadora y se establece que “con el objeto de proteger la situación de las mujeres en el mercado de trabajo, las prestaciones relativas a la licencia que figura en los artículos 4 y 5 deberán financiarse mediante un seguro social obligatorio o con cargo a fondos públicos, o según lo determinen la legislación y la práctica nacionales.”⁴

El Convenio hace énfasis en la protección del empleo y no discriminación de la madre trabajadora en el artículo n° 8 donde prohíbe que el empleador despida a una mujer embarazada o que se encuentre gozando de las licencias establecidas en los artículos 4 y 5 del Convenio, o después de haberse integrado al trabajo durante un periodo que será determinado por la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. Igualmente, el artículo n° 8 garantiza a la mujer a retornar al mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, al término de la licencia de maternidad.

De igual manera, en relación a la protección del empleo y no discriminación, el artículo 9° señala que los Estados tienen la obligación de adoptar medidas que garanticen que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo, con inclusión del acceso al empleo. Este artículo manifiesta la prohibición de que se exija a una mujer que solicita un empleo que se someta a un examen de embarazo o que presente un certificado

² Artículo n° 5 C-183 Convenio sobre la protección de la maternidad. Organización Internacional del Trabajo.

³ Artículo n° 6 C-183 Convenio sobre la protección de la maternidad. Organización Internacional del Trabajo.

⁴ *Ídem*

del mismo, con la excepción de que se trate de trabajos que estén total o parcialmente prohibidos para las mujeres embarazadas o lactantes o que puedan presentar un riesgo reconocido o significativo para la salud de la mujer y del hijo.

Por otro lado, las madres lactantes también obtienen un especial reconocimiento y protección en el Convenio, donde el artículo n° 10 establece el derecho de toda mujer a una o varias interrupciones por día o a una reducción diaria del tiempo de trabajo para la lactancia de su hijo, estas interrupciones o reducciones de la jornada laboral serán reguladas por la legislación nacional.

Como se ha podido evidenciar a lo largo de la exposición de los derechos recogidos en el Convenio N° 183 de la OIT, existe un interés importante por parte de esta Organización en garantizar ciertos derechos a las madres trabajadoras con la finalidad de evitar que la maternidad constituya una causal de discriminación en el ámbito laboral; sin embargo este no es el único Convenio con el que se busca evitar la discriminación en el ámbito laboral como consecuencia de las obligaciones familiares, sino que también nos encontramos con el Convenio N° 156 - Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, el cual fue ratificado por el estado peruano en junio de 1986.

En el preámbulo del Convenio N° 156 menciona como uno de los motivos que justifican la elaboración de dicho Convenio se sustenta en la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en la que los Estados parte reconocen que para lograr una plena igualdad entre hombres y mujeres es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia; este punto resulta de especial relevancia en la medida que, como se evidenciará a lo largo del presente artículo, las medidas de protección de la madre trabajadora están directamente vinculadas con el papel tradicional de la mujer en la sociedad y la familia; en palabras de Eduardo Caamaño: “la configuración de las normas de protección a la maternidad desconocen la corresponsabilidad de hombres y mujeres frente al empleo y la familia, limitando fuertemente las posibilidades de desarrollo laboral de las mujeres al responsabilizarlas exclusivamente del cuidado de los hijos⁵.”

⁵ CAAMAÑO, Eduardo. *Los efectos de la protección a la maternidad para la concreción de la igualdad de trato entre hombres y mujeres*. En Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, volumen XXXIII, Semestre II, 2009, p. 175

Sobre el Convenio N° 156, el artículo n° 1 señala que este Convenio es de aplicación para los y las trabajadoras con responsabilidades hacia los hijos a su cargo y respecto de otros miembros de su familia directa que de manera evidente necesiten su cuidado o sostén, cuando tales responsabilidades limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella. Por su parte, el artículo n° 3 del Convenio N° 156 establece que para crear la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, cada Estado deberá incluir entre los objetivos de su política nacional el de permitir que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales.

Desde nuestra perspectiva, el presente Convenio representa un avance en cuanto al reconocimiento de las responsabilidades familiares compartidas tanto por hombres como mujeres, desarraigando la concepción de que las mujeres cumplen el rol de cuidadoras del hogar y de los hijos, mientras que los hombres cumplen una función netamente proveedora a nivel económico a través de la actividad laboral; en este escenario se plantea que tanto hombres como mujeres comparten el rol de cuidado de la familia, rol que debe ser considerado por el Estado y los empleadores a miras de lograr un equilibrio entre las responsabilidades familiares y laborales.

Finalmente, con relación a la normativa internacional haremos mención de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer – CEDAW, ratificada por el Estado peruano en junio de 1982, la presente Convención estipula la responsabilidad de los Estados Partes en tomar las medidas necesarias para asegurar el pleno desarrollo de la mujer, con el propósito de garantizar el ejercicio y el goce de sus derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.

En relación a la protección de la madre trabajadora, el artículo n° 11 inciso 1 de la Convención establece la obligación de los Estados Partes de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos. El mismo artículo en su inciso 2, señala particularmente que con el propósito de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:

- a) prohibir el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la

discriminación en los despidos sobre la base del estado civil; b) implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales; c) alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo; d) prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.

Por otro lado, el artículo n° 15 establece la obligación de los Estados de reconocer a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley.

Podemos concluir que la Convención busca erradicar la discriminación contra la mujer en las distintas esferas de la sociedad y reconoce la importancia de establecer medidas que garanticen la igualdad entre hombres y mujeres en ámbitos como el laboral con la finalidad de que la maternidad no suponga un perjuicio en el acceso y/o conservación del empleo, asimismo introduce la necesidad de contar con servicios sociales que permitan a los padres combinar sus obligaciones familiares y laborales, este enfoque orientado a los padres, entendido como hombres y mujeres, que no asigna un rol de cuidado únicamente a la mujer, resulta de especial importancia cuando se busca una verdadera igualdad.

1.3. Normativa que regula la protección de la madre trabajadora en el ordenamiento peruano

Habiendo expuesto cómo se encuentra regulada la protección de la madre trabajadora en el ordenamiento internacional, resulta indispensable conocer cómo se da esta protección en el escenario nacional.

A nivel constitucional, nos encontramos frente a 3 artículos de especial importancia:

Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

(...)

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.

Sobre este derecho, en la sentencia del expediente N.º 0606-2004-AA/TC se señala que “el derecho de igualdad, tiene dos dimensiones: formal y material. En su dimensión formal, impone una exigencia al legislador para que éste no realice diferencias injustificadas; pero también a la administración pública y aun a los órganos de la jurisdicción, en el sentido de que la ley no puede aplicarse en forma desigual frente a supuestos semejantes (igualdad en la aplicación de la ley)⁶.” El presente artículo cobra especial relevancia para analizar si la normativa que regula la protección de la madre trabajadora respeta el derecho a la igualdad.

Artículo 23.- El Estado y el Trabajo

El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan.

El artículo mencionado es el fundamento constitucional de la protección de la madre trabajadora en el ordenamiento peruano.

Artículo 26.- Principios que regulan la relación laboral En la relación laboral se respetan los siguientes principios:

1. Igualdad de oportunidades sin discriminación.

Finalmente, el artículo 26 establece la igualdad de oportunidades en la relación laboral, si bien no se hace mención expresa a una protección especial, resulta pertinente este artículo en relación a cómo el Estado reconoce la importancia de la igualdad y no discriminación en el ámbito laboral, situación de gran relevancia en una sociedad donde en muchos casos, la condición de mujer supone causal de discriminación en relación al empleo.

A nivel legislativo, nos encontramos con las siguientes normas:

1) Sobre la gestación, descanso por maternidad y lactancia

⁶ Expediente N.º 0606-2004-AA/TC, fundamento 10.

a) Ley N° 28048 – Ley de protección a favor de la mujer gestante que realiza labores que pongan en riesgo su salud y/o el desarrollo normal del embrión y el feto y Decreto Supremo N° 009-2004-TR

La presente Ley y su reglamento determinaron que es obligación del empleador identificar a sus trabajadoras gestantes o en periodo de lactancia para evaluar, si sus labores pueden ocasionar un riesgo para ella o su hijo.

En tal caso, deberá aplicarse el trabajo remoto y, de no ser compatible con las labores de la trabajadora, otorgar licencia con goce de haber sujeta a compensación posterior.

Estas normas están vinculadas con las disposiciones del Convenio sobre la protección de la maternidad de la Organización Internacional del Trabajo.

b) Ley N° 30367 - Ley que protege a la madre trabajadora contra el despido arbitrario y prolonga su periodo de descanso

Esta norma modificó la Ley N° 26644 extendiendo de 90 a 98 días el descanso pre y post natal de las trabajadoras gestantes, disponiendo que la trabajadora decida tomarlo de manera diferida, parcial o totalmente.

Asimismo, la Ley N° 30367 modificó el artículo N° 29 Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 al calificar como nulo el despido por motivo del “embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 días posteriores al nacimiento.”

Dicha nulidad será aplicada en el caso de tales trabajadoras que se encuentren en periodo de prueba o con contratos a tiempo parcial.

c) Ley N° 27240 - Ley que otorga permiso por lactancia materna

De acuerdo a lo dispuesto en la presente Ley, las madres en periodo de lactancia pueden disponer de una hora diaria de permiso para dar de lactar a sus hijos hasta que cumplan un año. En caso de parto múltiple, el permiso se incrementará una hora más al día.

Como vimos en el apartado previo, el Convenio 183 - Convenio sobre la protección de la maternidad de la Organización Internacional del Trabajo regula en el artículo n° 10 el derecho de toda mujer a una o varias interrupciones por día o a una reducción diaria del tiempo de trabajo para la lactancia de su hijo, estas interrupciones o reducciones de la jornada laboral.

d) Ley No. 29896 – Ley que establece la implementación de lactarios en las instituciones del sector público y del sector privado promoviendo la lactancia materna y su reglamento (Decreto Supremo N° 023-2021-MIMP)

A través de la Ley y su reglamento, se dispone la obligación de implementar lactarios en los centros de trabajo del sector público y privado donde laboren 20 o más mujeres en edad fértil.

Se denomina como usuarias del servicio de lactario a las trabajadoras con hijas e hijos hasta por lo menos los 24 meses de edad, en periodo de lactancia, sea cual fuere el régimen laboral con la institución, incluyendo aquellas mujeres en periodo de lactancia sin vínculo laboral que prestan servicios en el centro de trabajo.

2) Sobre las prestaciones económicas

a) Ley N° 26790 - Ley de Modernización de Seguridad Social en Salud y su reglamento (Decreto Supremo N° 009-97-SA)

El artículo n° 12 de la Ley establece que tienen derecho a subsidios por maternidad y lactancia, las afiliadas regulares en actividad que cumplan con los requisitos establecidos en la Ley. Asimismo, señala que el subsidio por maternidad se otorga por 90 días, pudiendo estos distribuirse en los períodos inmediatamente anteriores o posteriores al parto, conforme lo elija la madre, a condición que durante esos períodos no realice trabajo remunerado.

Con respecto al subsidio por lactancia, este es regulado a través del reglamento en el cual se señala que el subsidio por lactancia se otorga en dinero, con el objeto de

contribuir al cuidado del recién nacido, de acuerdo a las normas que fija EsSalud. En caso de parto múltiple se reconoce un subsidio adicional por cada hijo.

El derecho al subsidio por maternidad y lactancia se encuentra estipulado en el artículo n° 6 del Convenio 183 de la OIT.

3) **Sobre las licencias**

a) **Ley N° 27409 - Ley que Otorga Licencia Laboral por Adopción**

A través de la presente Ley, el trabajador peticionario (independientemente de si se trata un trabajador o trabajadora) de adopción tiene derecho a una licencia con goce de haber correspondiente a un máximo de treinta días naturales durante un año calendario independientemente del número de los procedimientos administrativos o procesos judiciales de adopción que el trabajador inicie.

Asimismo, en el artículo n° 4 de la Ley se señala que si los trabajadores peticionarios de adopción son cónyuges, la licencia será tomada por la mujer.

Sobre esta Ley resulta evidente el trato diferenciado entre cónyuges adoptantes pues en caso de que los trabajadores sean cónyuges solo la mujer podrá gozar de la licencia laboral por adopción, entendiéndose que la responsabilidad familiar recae sobre ella.

b) **Ley N° 30012 – Ley que concede el derecho de licencia a trabajadores con familiares directos que se encuentran con enfermedad en estado grave o terminal o sufran un accidente grave y su reglamento (Decreto Supremo N° 008-2017-TR)**

Las normas establecen el derecho del trabajador de la actividad pública y privada a gozar de licencia con goce de haber por un máximo de 7 días hábiles en los casos de tener un hijo, padre o madre, cónyuge o conviviente enfermo diagnosticado en estado grave o terminal, o que sufra accidente que ponga en serio riesgo su vida, con el objeto de asistirlo. De ser necesario más días de licencia, estos son

concedidos por un lapso adicional no mayor de treinta días, a cuenta del derecho vacacional.

Asimismo, de existir una situación excepcional que haga ineludible la asistencia al familiar directo, fuera del plazo previsto en el párrafo precedente, se pueden compensar las horas utilizadas para dicho fin con horas extraordinarias de labores, previo acuerdo con el empleador.

A partir de las normas mencionadas no se evidencia una especial protección de la madre trabajadora, sin embargo resulta pertinente hacer mención de esta normativa con la finalidad de conocer la existencia de esta licencia que permite a los trabajadores asistir a un familiar en un estado de necesidad como los señalados en la Ley.

4) Sobre la protección del empleo y la no discriminación

e) Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 – Ley de Productividad y Competitividad Laboral

Artículo 29°.- Es nulo el despido que tenga por motivo:

(...)

e) El embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al parto. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, si el empleador no acredita en este caso la existencia de causa justa para despedir.

Lo dispuesto en el presente inciso es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa.

Artículo 30°.- Son actos de hostilidad equiparables, al despido los siguientes:

c) El traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio.

En este caso en particular resulta pertinente citar la Casación N° 2456-2014-LIMA a través de la cual una trabajadora demanda el cese de actos de hostilidad por parte de su empleador a partir de la disposición de ser trasladada de Lima a Lambayeque en periodo de lactancia. Dicho traslado afectaba sus derechos como madre trabajadora y los de su menor hija que dependía completamente de su cuidado a tan corta edad. La Casación concluyó que con el traslado se estarían vulnerando los derechos de la madre trabajadora y se estaría configurando un acto de hostilidad.

f) Los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquier otra índole.

Si bien el inciso citado no se relaciona de manera evidente con la protección de la madre trabajadora, resulta importante mencionarlo en la medida que la condición de mujer, especialmente en edad fértil, en muchas ocasiones es causal de exclusión en procesos de reclutamiento de personal, ascensos dentro del centro de trabajo e incluso desigualdad remunerativa.

CAPITULO II

EL DERECHO A LA IGUALDAD Y LA ESPECIAL PROTECCIÓN DE LA MADRE TRABAJADORA EN EL PERÚ

2.1. El principio-derecho fundamental a la igualdad y no discriminación

Cuando hablamos del derecho a la igualdad, probablemente una de las primeras ideas que se nos vienen a la mente es el reconocimiento de este derecho en el artículo n° 2 de la Constitución Política del Perú⁷; sin embargo, el Tribunal Constitucional nos indica que no solo se trata de un derecho, sino también de un principio: “(...) la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado

⁷ Toda persona tiene derecho: (...) 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.

Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos⁸.” Sobre esta misma línea, Eguiguren sostiene que “al abordar el tema de la igualdad desde una perspectiva constitucional, conviene empezar señalando que la conceptuamos en una doble dimensión: de un lado, como un principio rector de todo el ordenamiento jurídico del estado democrático de derecho, siendo un valor fundamental y una regla básica que éste debe garantizar y preservar. Y, de otro lado, como un derecho constitucional subjetivo, individualmente exigible, que confiere a toda persona el derecho de ser tratado con igualdad ante la ley y de no ser objeto de forma alguna de discriminación⁹.”

Siendo esto así, nos encontramos con que la igualdad es un principio-derecho consagrado en la Constitución y que debe regir al Estado, esto cobra especial importancia cuando el artículo n° 2 de la Constitución señala que toda persona tiene igualdad ante la ley, sobre este punto Eguiguren afirma que “cuando se trata de definir el contenido y los alcances del derecho de igualdad ante la ley, deben considerarse dos componentes primordiales: 1) la igualdad de la ley o en la ley, que impone un límite constitucional a la actuación del legislador, en la medida que éste no podrá -como pauta general- aprobar leyes cuyo contenido contravenga el principio de igualdad de trato al que tienen derecho todas las personas; 2) la igualdad en la aplicación de la ley, que impone una obligación a todos los órganos públicos (incluidos los órganos jurisdiccionales) por la cual éstos no pueden aplicar la ley de una manera distinta a personas que se encuentren en casos o situaciones similares¹⁰.”

A partir de los componentes primordiales del derecho de igualdad ante la ley desarrollados por Eguiguren, podemos decir que en relación a las normas que regulan la protección de la madre trabajadora, todas ellas deberían respetar el principio-derecho a la igualdad, esto sustentado en la propia Constitución la cual establece un límite al legislador en la medida que no debe aprobar leyes que vulneren este principio-derecho.

Por otro lado, Fernando Rey señala que “la igualdad se estructura en tres dimensiones: de libertad, democrática y social. La primera, conllevaría a la igualdad en la aplicación del derecho; la dimensión democrática expresaría el derecho de todos los ciudadanos a participar en condiciones de igualdad en el ejercicio del poder político; y, en la dimensión

⁸ Expediente N° 00048-2004-AI , fundamento 61.

⁹ EGUIGUREN, Francisco. *Principio de igualdad y derecho a la no discriminación*. En Revista Ius et veritas. 2002

¹⁰ *Ídem*.

social cumpliría la función de eliminar las desigualdades fácticas (de orden político, económico, social o cultural) para conseguir la igualdad real y efectiva de individuos y de grupos¹¹.” Consideramos de especial relevancia esta última función en relación a la protección de la madre trabajadora ¿es que acaso las normas que otorgan una especial protección a la madre trabajadora han sido diseñadas para eliminar desigualdades fácticas y conseguir la igualdad real? La respuesta a esta interrogante la desarrollaremos más adelante, sin embargo, podemos adelantar que desde nuestra perspectiva no consideramos que todas las normas cumplan con esta función, sino que por el contrario perpetúan la desigualdad.

Estas dimensiones planteadas por Rey, coinciden con lo sostenido por Eguiguren quien considera que “se puede distinguir entre la concepción de la igualdad un contenido formal, a través del cual se expresa que todas las personas tienen derecho a que la ley los trate y se les aplique por igual; y por otro lado un contenido sustancial o material por el cual la ley debe propender a crear igualdad de condiciones y oportunidades para las personas¹².”

Ahora bien, el artículo n° 2 de la Constitución, no solo habla del derecho a la igualdad ante la ley, sino que también establece que “nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”, en palabras de Novak y Namihas: “la igualdad, como principio rector del Estado Social y Democrático de Derecho contiene una expresión dinámica que la constituye el principio de no discriminación por el cual se establece el imperativo que nadie puede ser discriminado por ninguna razón, es decir se establece una prohibición específica de no discriminar que constituye una norma de imperativa del Derecho Internacional que no admite pacto en contrario, por lo que más que un derecho específico constituiría un principio que se aplica a todos los derechos, sean estos civiles, políticos, sociales, económicos o culturales¹³.”

Lo señalado por Novak y Namihas nos lleva a cuestionar si todo trato diferenciado resulta discriminatorio, sobre este punto el Tribunal Constitucional considera que “no toda

¹¹ REY, Fernando. *El Derecho Fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. Mc Graw Hill, Madrid. 1995

¹² EGUIGUREN, Francisco. *Principio de igualdad y derecho a la no discriminación*. En Revista Ius et veritas. 2002

¹³ NOVAK, Fabián y NAMIHAS, Sandra. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Academia de la Magistratura, Lima 2004

desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribiera todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables¹⁴”.

En esa misma línea, Yáñez afirma que cuando la Constitución habla sobre igualdad no equivale a homogenización, pues no pueden tratarse igual los supuestos diferentes. Si la mujer cumple con una función natural propia -la de la maternidad-, que exigen la guarda y custodia de la vida, a la que le corresponde una constitución biológica y un ritmo de vida y trabajo, distintos a los del varón, es consecuente que el ordenamiento jurídico refleje estas diferencias naturales en orden a lograr un trato justo. La igualdad en estos casos, y en otros semejantes, debe ser entendida como equidad, que equivale a proporcionalidad, ya que la justicia consiste en dar a cada uno lo suyo y lo suyo, en este caso, es distinto por naturaleza¹⁵.” A partir de lo sostenido por Yáñez, coincidimos con su postura en la medida que efectivamente, la naturaleza propia de la mujer requiere un trato diferenciado al del hombre en la medida que si bien la responsabilidad en el cuidado de los hijos debe ser compartida, hay características propias de la gestación, el parto y la lactancia que son exclusivas de la madre y que deben ser tenidas en cuenta para que estas no sean causal de discriminación.

A modo de síntesis podemos concluir que no todo trato desigual se traduce de forma automática en un acto discriminatorio, sino que podríamos encontrarnos frente a un trato desigual admisible constitucionalmente. Para Morón, una diferenciación normativa implica discriminación, cuando: (i) exista una diferencia de tratamiento ante situaciones análogas o similares; (ii) la diferencia no tenga una justificación objetiva y razonable; y, (iii) no haya una razonable proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo cuya realización se persigue¹⁶.

¹⁴ STC 00009-2007-PI/TC, fundamento 20.

¹⁵ YÁÑEZ, Ana María. “*El trabajo femenino y el principio de igualdad*” en THEMIS Revista De Derecho, (34), Lima, pág. 59

¹⁶ MORON, Juan. *El derecho constitucional a la igualdad en la contratación estatal*. En Revista Ius et veritas, Lima, 2005

2.1.1. Acciones positivas y discriminación inversa

Como se mencionó en el apartado anterior, un acto discriminatorio se basa en una diferencia carente de justificación, siendo esto así, cuando nos encontramos frente a manifestaciones de discriminación, Brague reconoce 4 mecanismos para afrontarlas:

- a) Técnicas dirigidas a erradicar y anular cualquier práctica o normativa que genere un trato diferente y perjudicial en función a la pertenencia a un grupo específico.
- b) Técnicas dirigidas a acabar con cualquier tratamiento jurídico que, aunque formalmente se presente como neutro y objetivo, en realidad se deriven de él consecuencias desiguales y desproporcionadamente desfavorables para el colectivo discriminado.
- c) Acciones positivas orientadas a promover la igualdad de oportunidades y corregir las desigualdades en relación con un grupo social en desventaja.
- d) Discriminaciones inversas, a través de las cuales se establece una reserva de un mínimo de plazas (de trabajo, puestos electorales, ingreso a la universidad, etc.) asignando un número o porcentaje, o atribuyendo puntos, calificaciones especiales o preferencias, para los grupos sociales en desventaja a los que se pretende favorecer¹⁷.

Para efectos del presente artículo, abordaremos las acciones positivas y discriminación inversa. Acerca de las acciones positivas, Mortolla las define como “actuaciones normativas del Estado o de sujetos privados en favor de sujetos o grupos desfavorecidos por motivos repelentes a un Estado Democrático¹⁸.” Con Respecto a la finalidad, según Eguiguren, esta “consistirá en superar los obstáculos y las condiciones concretas que imposibilitan el logro efectivo de la igualdad, para lo cual se conferirá un trato diferenciado y más favorable a sectores que se encuentren en una evidente situación social de subordinación o marginación, a efectos que tengan mayores posibilidades y

¹⁷ BRAGUE, Joaquín. Discriminación positiva a favor de la mujer en el derecho comunitario. Instituto de Estudios Constitucionales. Bogotá, 2001

¹⁸ MORTOLLA, Italo. El derecho a no ser discriminado: Comentarios a la Ley N° 26772 y el Proyecto de Reglamento. En: Asesoría Laboral. Año VII N° 82. Octubre, Lima, 1997.

oportunidades de acceso a derechos de naturaleza constitucional y legal¹⁹.” En lo que respecta al empleo, Faúndez describe a las acciones positivas como “cualquier forma de trato preferencial otorgado a individuos pertenecientes a grupos determinados para lograr que ellos tengan acceso y obtengan puestos de trabajo en una empresa o servicio público determinado²⁰”; Quispe considera que “en materia laboral las acciones afirmativas no se restringen a las medidas de promoción de la inserción en el empleo, sino que también comprenden las de conservación del puesto de trabajo con el que ya se cuenta²¹.”

Por otro lado, con relación a la discriminación inversa, Ruiz manifiesta que “la discriminación inversa es una manifestación extrema -y, por ello, especialmente discutida- de introducción de una desigualdad como medio para conseguir una mayor igualdad como objetivo final²².” En esa misma línea, Morón argumenta que “la finalidad de la discriminación inversa es, y debe ser, efectivamente conseguir una situación social más igualitaria entre grupos injustamente discriminados con anterioridad, a través de la introducción legal de medidas discriminadoras (pero correctoras)²³.”

El Tribunal Constitucional, también se ha pronunciado sobre la discriminación inversa en los siguientes términos: “(...) debe reconocerse también una vinculación positiva del legislador a los derechos fundamentales, de forma tal que la ley esté llamada a revertir las condiciones de desigualdad o, lo que es lo mismo, a reponer las condiciones de igualdad de las que la realidad social pudiera estarse desvinculando, en desmedro de las aspiraciones constitucionales. Por tanto, si bien el legislador no puede ser generador de diferencias sociales; en modo alguno puede ser interpretado de forma que se limite el derecho y el deber del Estado de, mediante ‘acciones positivas’ o ‘de discriminación inversa’, ser promotor de la igualdad sustancial entre los individuos²⁴”.

¹⁹ EGUIGUREN, Francisco. *Principio de igualdad y derecho a la no discriminación*. En Revista Ius et veritas, 2002

²⁰ FAUNDEZ, Julio. Acciones positivas en el empleo y la ocupación. Perspectivas Internacionales. Defensoría del Pueblo. Lima. 2000

²¹ QUISPE, Carlos. *Las acciones positivas en el acceso y conservación del empleo de las madres trabajadoras en el ordenamiento peruano*. En Derecho y Cambio Social consulta 4 de noviembre de 2021 <https://www.derechoycambiosocial.com/revista012/madres%20trabajadoras.htm>

²² RUIZ, Alfonso. La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En: Revista Doxa. Número 19.1996. p. 79

²³ MORON, Juan. “*El derecho constitucional a la igualdad en la contratación estatal*”. En Revista Ius et veritas 15(30), Lima.

²⁴ Expediente N° 0001/0003-2003-AI/TC

A partir de lo desarrollado podemos decir que no siempre es clara la distinción entre las acciones positivas y la discriminación inversa, teniendo esto en consideración, Rey identifica una serie de diferencias entre ambas:

- a) “Las cuotas previstas como expresión de la discriminación inversa habrían sido establecidas para supuestos muy particulares de discriminación: la racial, la sexual y la derivada de la discapacidad. El marco de las acciones positivas no sería tan limitado.
- b) Las discriminaciones inversas se producirían en supuestos de “especial escasez” (puestos de trabajo, listas electorales y plazas educativas) lo que determinaría que el beneficio a un grupo de personas tendría como contrapartida un claro perjuicio a otras, lo que no ocurriría en el caso de las acciones afirmativas.
- c) Las discriminaciones inversas se justificarían por su finalidad de remediar los perdurables efectos desfavorables de discriminaciones de hondo arraigo social, por lo que fuera del cumplimiento de esta finalidad se transformarían en inaceptables discriminaciones directas.
- d) Mientras las acciones positivas constituyen deberes constitucionales impuestos a los deberes públicos y a los particulares, las discriminaciones inversas serán una técnica posible en manos del legislador a las que deberá recurrirse cuando no sea posible lograr el objetivo de igualdad en un sector determinado y en un tiempo razonable a través de otras medidas extremas.
- e) Las discriminaciones inversas, por su naturaleza, deberían ser de carácter transitorio, y por afectar derechos fundamentales solamente debieran ser establecidas mediante ley debiendo acreditarse previamente la desigualdad de hecho en el ámbito concreto de la realidad que se trate²⁵.”

De acuerdo a lo desarrollado en el presente apartado, podemos concluir que tanto las acciones positivas como la discriminación inversa constituyen mecanismos de actuación frente a situaciones discriminatorias en aras de alcanzar una verdadera igualdad, a través de las acciones positivas principalmente se dará un trato preferencial determinados grupos que se encuentren marginados socialmente y por su lado, la discriminación inversa se

²⁵ REY, Fernando. El Derecho Fundamental a no ser discriminado por razón de sexo. Mc Graw Hill, Madrid, 1995.

caracteriza por dictar medidas discriminatorias con la finalidad de conseguir una situación social más igualitaria.

2.2. Análisis de la protección especial de la madre trabajadora a la luz del derecho a la igualdad

A partir de lo desarrollado a lo largo del presente artículo, resulta necesario analizar cómo las normas que protegen a la madre trabajadora se vinculan con el derecho a la igualdad.

Como adelantamos en un apartado previo, desde nuestra perspectiva consideramos que no todas las normas cumplen con la función de eliminar las desigualdades fácticas para lograr una verdadera igualdad, sino que por el contrario perpetúan la desigualdad, esto en cuanto si bien es cierto que la naturaleza propia de la mujer y su rol en la gestación del niño, el parto y posteriormente la lactancia, implican una protección especial o trato diferenciado frente al hombre e incluso frente a las mujeres que no son gestantes o lactantes, esta situación particular consideramos que solo justifica la existencia de normas que regulen la protección de la madre trabajadora en los supuestos señalados (gestación, parto y lactancia) con la finalidad que no se vea discriminada en el ámbito laboral a partir de dichas circunstancias, sin embargo como bien señalamos previamente, las responsabilidades familiares no competen únicamente a las mujeres, sino que también deben ser asumidas por los hombres. A la luz de lo señalado haremos un breve análisis de las normas que otorgan una especial protección a la madre trabajadora y que consideramos que vulneran el principio de igualdad:

- 1) **Ley N° 26790 - Ley de Modernización de Seguridad Social en Salud y su reglamento (Decreto Supremo N° 009-97-SA):** el artículo n° 12 de la Ley establece que tienen derecho a subsidios por maternidad y lactancia, las afiliadas regulares en actividad que cumplan con los requisitos establecidos en la Ley. Asimismo, señala que el subsidio por maternidad se otorga por 98 días, pudiendo estos distribuirse en los períodos inmediatamente anteriores o posteriores al parto, conforme lo elija la madre, a condición que durante esos períodos no realice trabajo remunerado. A partir de las normas mencionadas, las madres trabajadoras antes y/o después del parto contarán con una licencia con goce de haber por un total de 98 días, aparentemente esta norma es neutra e incluso razonable en la

medida que la gestación y el parto conllevan una serie de alteraciones dramáticas en el cuerpo de la madre y será necesario brindar una protección adecuada para no poner en riesgo la vida ni la salud de la mujer y del niño, propiciando su recuperación, sin embargo ¿qué fundamenta el plazo de 98 días de licencia por maternidad? Para responder esta pregunta consideramos pertinente mencionar lo que señala la Organización Mundial de la Salud, la cual indica que tras el parto, inicia un periodo de recuperación de la madre conocido como “puerperio”, dicho periodo tiene una duración aproximada de 6-8 semanas, por lo tanto si la norma busca proteger a la madre trabajadora al otorgarle un periodo necesario para su recuperación, este debería ser de 6 a 8 semanas y no de 14 como estipula la norma, es entonces que surge la pregunta de qué es lo que busca el ordenamiento al brindar un plazo mayor a la madre.

Consideramos que la norma no solo pretende dotar de un periodo prudente para la recuperación de la madre, sino que también busca que esta pueda contar con un tiempo para adaptarse a sus nuevas responsabilidades familiares y siendo esto así cabe cuestionar la Ley N° 29409: Ley que concede el derecho de licencia por paternidad a los trabajadores de la actividad pública y privada, modificada por la Ley N° 30807 la cual otorga 10 días de licencia con goce de haber por paternidad, como se evidencia, mientras que el ordenamiento da 98 días de licencia por maternidad, en el mismo ordenamiento los padres solo cuentan con 10 días de licencia por paternidad.

Desde nuestra perspectiva no existe justificación para esta diferencia en los plazos otorgados en las licencias de maternidad y paternidad, por lo tanto estaríamos frente a un supuesto de discriminación en tanto no se respeta el principio-derecho a la igualdad en los términos del apartado anterior, aplicando los elementos descritos por Morón el análisis seguiría de la siguiente manera:

- i. ¿Existe una diferencia de tratamiento ante situaciones análogas o similares? Sobre este primer punto vemos que ante una misma situación: el nacimiento de un hijo, a la madre se le otorga 98 días de licencia por maternidad subsidiada por EsSalud, mientras que el padre cuenta con 10 días de licencia por paternidad con goce de haber;
- ii. ¿La diferencia tiene una justificación objetiva y razonable? Como se mencionó, el plazo de 98 días de licencia para la madre no solo contempla

una protección a esta durante el periodo de recuperación, sino que también busca dotar de un tiempo prudente para que la madre se adapte a sus nuevas responsabilidades familiares y pueda cuidar del menor; si esto último es así el padre también debería contar con un periodo igual de extenso para asumir la nueva responsabilidad familiar de su menor hijo, por lo tanto la diferencia no tendría una justificación objetiva y razonable. Con respecto al subsidio, se entiende que el Estado pretende proteger a la madre trabajadora para que su condición no sea causal de discriminación, entendiéndose que los empleadores podrían evitar la contratación o incluso despedir a las mujeres gestantes o madres con la finalidad de evitar el pago de una licencia por maternidad con goce de haber por el plazo estipulado en la ley, de ahí que este periodo sea subsidiado por EsSalud y en el caso de la paternidad, al ser un plazo menor y los recursos del Estado escasos, resulta objetivo y razonable que la licencia no sea subsidiada por EsSalud; y,

- iii. ¿Hay una razonable proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo cuya realización se persigue? Consideramos que desde ninguna perspectiva existe una razonable proporcionalidad entre el plazo de 98 días de licencia por maternidad subsidiada por EsSalud y los 10 días de licencia por paternidad con goce de haber, esto porque como se señaló previamente, si el sentido de la norma es que las madres se recuperen y que además cuenten con un periodo de adaptación a su nuevo rol de madre tras el parto, los padres también deben contar con el mismo plazo para involucrarse en las responsabilidades familiares.

A partir de lo desarrollado, consideramos que si la licencia por maternidad se sustentara en la recuperación de la madre, por un lado esta debería restringirse a un plazo de 6 a 8 semanas posteriores al parto, pero como se señaló, la norma no solo busca proteger a la madre que acaba de dar a luz en su proceso de recuperación, sino que busca también que cuente con un periodo de adaptación de sus nuevas responsabilidades familiares en el cuidado del recién nacido; esto último es lo que sustenta la existencia de una licencia de paternidad: la necesidad de que el padre se involucre en el cuidado del niño y de la madre tras el parto sin que se vea perjudicado en el ámbito laboral, siendo esto así no cabe realizar una

diferencia de trato entre el padre y la madre con respecto a los periodos de licencia, por lo tanto concluimos que las normas que regulan las licencias por maternidad y paternidad vulneran el derecho a la igualdad en tanto existe un trato diferenciado injustificado.

- 2) **Ley N° 27409 - Ley que Otorga Licencia Laboral por Adopción:** el trabajador peticionario (independientemente de si se trata un trabajador o trabajadora) de adopción tiene derecho a una licencia con goce de haber correspondiente a un máximo de treinta días naturales durante un año calendario independientemente del número de los procedimientos administrativos o procesos judiciales de adopción que el trabajador inicie. Asimismo, en el artículo n° 4 de la Ley se señala que si los trabajadores peticionarios de adopción son cónyuges, la licencia será tomada por la mujer. Como bien adelantamos en el capítulo I, esta ley es discriminatoria a todas luces en cuanto ante un mismo supuesto: la adopción de un menor, la norma otorga el derecho a una licencia a la mujer trabajadora y no a su cónyuge, es altamente cuestionable esta diferencia ya que no existe un motivo razonable que la justifique.

A continuación realizaremos el mismo análisis propuesto en el punto 1):

- i. ¿Existe una diferencia de tratamiento ante situaciones análogas o similares? Como se desprende de la norma, en el supuesto de que dos trabajadores sean cónyuges y se encuentren en proceso de adopción de un menor, solo la trabajadora podrá gozar de 30 días de licencia por adopción, es bastante clara la norma al establecer la diferencia entre los trabajadores varones y mujeres que son cónyuges dentro de un proceso de adopción.
- ii. ¿La diferencia tiene una justificación objetiva y razonable? Si el propósito de la licencia por adopción es que los trabajadores puedan contar con un periodo de tiempo para realizar trámites y adaptarse a su nuevo rol como padres, no se explica por qué si se trata de trabajadores que son cónyuges solo la mujer pueda gozar de esta licencia, por lo tanto esta diferencia no es objetiva ni razonable. Como resultado de este tipo de normativa, se perpetúan roles de género tradicionales en los que las

mujeres son las encargadas del cuidado de los niños, mientras que los hombres son los proveedores del hogar.

- iii. ¿Hay una razonable proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo cuya realización se persigue? Consideramos que no existe una razonable proporcionalidad entre la distinción que se hace con respecto a la licencia por adopción en el supuesto de los trabajadores que son cónyuges y el objetivo que se persigue: brindar facilidades a los trabajadores que se encuentran en un proceso de adopción para que puedan realizar los trámites necesarios y adaptarse a sus responsabilidades familiares con un nuevo integrante.

Tras el análisis efectuado, podemos afirmar que la Ley que otorga la licencia por adopción es discriminatoria en cuanto no cumple con una justificación objetiva y razonable que sustente la diferencia entre el tratamiento que se le da a los trabajadores hombres y las trabajadoras mujeres que son cónyuges y que se encuentran en un proceso de adopción, siendo esto así la norma perpetúa roles de género tradicionales vinculados al carácter proveedor de los varones a través del trabajo y el rol de cuidado que suelen ostentar las mujeres dentro de la dinámica familiar.

A partir de lo desarrollado, podemos concluir que si bien las normas que otorgan una especial protección a las madres trabajadoras están justificadas en cuanto estén vinculadas a la gestación, parto y lactancia, existen otras normas como la licencia por maternidad y paternidad y la licencia por adopción, que lejos de ser razonables perpetúan estereotipos de género y se alejan de lograr una verdadera igualdad entre hombres y mujeres.

CAPITULO III

LA CONCILIACION FAMILIAR NO ES CUESTION DE GÉNERO

Quiñones nos comenta que “de acuerdo a un informe publicado por la Organización Internacional del Trabajo y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo²⁶, entre 1990 y 2008 la participación femenina en la actividad productiva laboral se incrementó de un 32% a un 53% en América Latina y el Caribe, lo que ha impactado positivamente en la generación de riqueza, el bienestar de los hogares y la reducción de la pobreza.

No obstante, el citado informe destaca que no se ha producido, simultáneamente, una ruptura significativa de paradigmas socioculturales predominantes como la división sexual del trabajo (la reproducción social es una responsabilidad de las mujeres) y el modelo de patriarcado (el hombre es el proveedor de la familia), a la par que tampoco ha habido un incremento relevante en la provisión de servicios públicos de apoyo a las labores de cuidado familiar.

Como consecuencia de lo anterior, se ha generado una sobrecarga de responsabilidades en las mujeres, quienes actualmente comparten el tiempo de trabajo productivo con los hombres, pero siguen siendo ellas las que se encargan de las tareas domésticas²⁷”.

Como se ha podido evidenciar a partir de las normativas analizadas lo señalado en el informe de la OIT, sigue vigente en la actualidad, por lo tanto resulta necesario realizar cambios que se acerquen a una verdadera igualdad entre hombres y mujeres en materia de responsabilidades familiares.

3.1. Propuestas para lograr una verdadera igualdad en materia de responsabilidad familiar

A lo largo del presente apartado plantearemos diversas propuestas que consideramos pertinentes para lograr una verdadera igualdad en materia de responsabilidad familiar:

²⁶ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO Y PROGRAMA DE DESARROLLO DE LAS NACIONES UNIDAS. *Trabajo y familia: Hacia nuevas formas de conciliación con corresponsabilidad social*. Santiago: Oficina Internacional del Trabajo y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2009.

²⁷ QUIÑONES, Sergio. Enfoques para conciliar la vida laboral, familiar y personal desde la política pública. En Revista IUS ET VERITAS, N° 45, Lima, 2012

1. **Propuesta jurídica:**

Como se ha evidenciado en el capítulo previo, en el Perú existen normas que no respetan el principio-derecho a la igualdad, en ese sentido siguiendo lo sostenido por Brague, consideramos adecuado aplicar uno de los mecanismos para afrontar la discriminación, concretamente las técnicas dirigidas a erradicar y anular cualquier normativa que genere un trato diferente y perjudicial en función a la pertenencia a un grupo específico, es por ello que como primera propuesta consideramos pertinente modificar las siguientes normas: a) Ley N° 26790 - Ley de Modernización de Seguridad Social en Salud y su reglamento (Decreto Supremo N° 009-97-SA) Ley N° 29409, b) Ley que concede el derecho de licencia por paternidad a los trabajadores de la actividad pública y privada y c) Ley N° 27409 - Ley que Otorga Licencia Laboral por Adopción. Con respecto a las modificaciones que deberían realizarse a las normas señaladas, nuestra propuesta es la siguiente:

- a) Ley N° 26790 - Ley de Modernización de Seguridad Social en Salud y su reglamento (Decreto Supremo N° 009-97-SA): sobre los alcances de esta norma consideramos necesario incluir un subsidio por licencia de paternidad en los mismos términos de la licencia otorgada a las madres trabajadoras, esto es: mismo plazo y mismas condiciones (subsidio de EsSalud), ya que como hemos desarrollado a través del presente trabajo, resulta necesario que las responsabilidades familiares sean compartidas de forma equitativa entre hombres y mujeres y que estas no representen un perjuicio para el desarrollo de la actividad laboral, en ese sentido otorgar a los padres una licencia por paternidad subsidiada por el Estado representaría un gran avance en materia de igualdad con relación al ejercicio de las responsabilidades familiares.
- b) Ley N° 29409 - Ley que concede el derecho de licencia por paternidad a los trabajadores de la actividad pública y privada: en el caso particular de esta norma y siguiendo lo manifestado en el párrafo previo, consideramos necesario que se realice una modificación normativa en lo relacionado al plazo de la licencia por paternidad extendiéndola a 98 días (equiparando el plazo a la licencia por maternidad), esto debido a que como ya se ha sostenido, la licencia por maternidad no solo busca que la madre pueda recuperarse tras el

parto, sino que también pueda gozar de un periodo de tiempo que le permita adaptarse a las nuevas responsabilidades familiares tras el nacimiento del menor, en este escenario resulta necesario que los padres cuenten con una licencia que tenga la misma duración de manera que realmente puedan ser compartidas las responsabilidades entre hombres y mujeres dentro de la dinámica familiar, sin que esto suponga un perjuicio en el ámbito laboral.

- c) Ley N° 27409 - Ley que Otorga Licencia Laboral por Adopción: en lo relacionado a esta Ley, consideramos que se debe modificar la norma otorgando el beneficio de la licencia con goce de haber por un plazo de 30 días calendario tanto a hombres como mujeres independientemente de que los trabajadores sean cónyuges, esto porque como se ha evidenciado, no existe un motivo que justifique la diferenciación que hace la norma vigente con respecto que la licencia deba ser gozada por la mujer trabajadora si los involucrados en el proceso de adopción son cónyuges. Nuevamente, recalamos la necesidad de que la normativa respete el principio-derecho a la igualdad y no perpetúe roles tradicionales de género como el que a todas luces se desprende de esta norma: las mujeres son las encargadas de las responsabilidades familiares, mientras que los hombres cumplen con un rol de proveedor dentro de la sociedad/dinámica familiar.

Como hemos desarrollado en nuestras propuestas y en línea con lo expuesto por Brague sobre los mecanismos de actuación frente a situaciones discriminatorias, concretamente con la modificación de las normas señaladas nos encontraríamos ante el supuesto de la aplicación de técnicas dirigidas a erradicar y anular cualquier práctica o normativa que genere un trato diferente y perjudicial en función a la pertenencia a un grupo específico.

2. Propuesta en políticas públicas:

Otra propuesta que resulta pertinente está vinculada a las políticas públicas que debería implementar el Estado con la finalidad de desterrar estereotipos de género vinculados al rol de la mujer como cuidadora y del hombre como proveedor. En este aspecto es

importante que existan campañas de concientización a través de medios de comunicación promoviendo el reparto equitativo de las responsabilidades familiares, sin embargo esto no se agota únicamente en spots publicitarios sobre el asunto, sino que se requiere también que el Estado vele porque la publicidad y el contenido transmitido en los medios de comunicación no perpetúe roles de género tradicionales. En este punto también cobra importancia la educación básica y es indispensable que tanto niños como niñas sean concientizados acerca de la importancia de compartir las responsabilidades en el cuidado del hogar y de la familia dejando así atrás creencias desfasadas sobre los roles de los hombres y mujeres en la sociedad y la familia.

3. Propuesta sobre intervención privada:

En estas primeras propuestas vemos al Estado como un agente indispensable para lograr una verdadera igualdad en materia de responsabilidad familiar, sin embargo los privados empleadores también pueden crear un impacto importante para erradicar la diferencia entre hombres y mujeres y su relación con las responsabilidades familiares. Más allá de las normas, los empleadores están en la capacidad de dar beneficios a sus trabajadores, en este supuesto en aquellos casos donde vemos que existen leyes que solo otorgan 30 días de licencia por adopción a la mujer en caso de que los trabajadores sean cónyuges, el empleador puede brindar esta licencia con goce de haber también al trabajador hombre, logrando así una verdadera igualdad. Otra medida que pueden implementar los empleadores son charlas para hombres y mujeres sobre optimización del uso del tiempo para lograr un equilibrio entre las responsabilidades laborales y familiares, de esta forma se estaría promoviendo una adecuada organización del tiempo de los trabajadores tanto en el ámbito laboral como personal, generando inclusive mayor productividad.

Finalmente, consideramos oportuna la existencia de reconocimiento a los empleadores que apliquen políticas de responsabilidad familiar compartida, este reconocimiento podría ser brindado por entidades estatales o privadas que auditen a las empresas e instituciones con la finalidad de premiar a aquellas que cuentan con mejores políticas en esta materia, esto podría funcionar como incentivo para los empleadores para lograr dichos reconocimientos y el impacto en materia de igualdad podría ser significativo.

CONCLUSIONES

1. La igualdad es un principio-derecho que debe regir desde la elaboración y aplicación de leyes y que se extiende a todos los ámbitos de la sociedad (tanto públicos como privados).
2. Las normas que otorgan una especial protección a la madre trabajadora dándole un trato diferenciado sin justificación o razonabilidad se traducen en medidas discriminatorias.
3. Una de las acciones para erradicar la discriminación se basa en la eliminación de prácticas y normas discriminatorias, este último supuesto es el que cobra importancia en el contexto de leyes como el subsidio por maternidad, la licencia de paternidad y la licencia por adopción en las que se otorga un plazo menor o ningún plazo de licencia para los trabajadores varones.
4. Es necesario que se pongan en práctica políticas públicas que promuevan la concientización de la responsabilidad familiar compartida con la finalidad de eliminar roles tradicionales de género.
5. Los empleadores cobran un papel importante en la conciliación de la vida laboral y familiar, es por ello que se debe incentivar las iniciativas de los empleadores para lograr una verdadera igualdad en materia de responsabilidad familiar.

BIBLIOGRAFIA

BRAGUE, Joaquín

2001 Discriminación positiva a favor de la mujer en el derecho comunitario. Instituto de Estudios Constitucionales. Bogotá.

CAAMAÑO, Eduardo

2009 *Los efectos de la protección a la maternidad para la concreción de la igualdad de trato entre hombres y mujeres.* En Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, volumen XXXIII, Semestre II

EGUIGUREN, Francisco

2002 *Principio de igualdad y derecho a la no discriminación.* En Revista Ius et veritas.

FAUNDEZ, Julio

2000 Acciones positivas en el empleo y la ocupación. Perspectivas Internacionales. Defensoría del Pueblo. Lima.

MORON, Juan

2005 “*El derecho constitucional a la igualdad en la contratación estatal*” en Revista Ius et veritas, 15(30), Lima.

MORTOLA, Italo

1997 “*El derecho a no ser discriminado: Comentarios a la Ley N° 26772 y el Proyecto de Reglamento*” en: Asesoría Laboral. Año VII N° 82. Octubre, Lima.

NOVAK, Fabián y NAMIHAS, Sandra

2004 Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Academia de la Magistratura, Lima.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO Y PROGRAMA DE DESARROLLO DE LAS NACIONES UNIDAS

2009 *Trabajo y familia: Hacia nuevas formas de conciliación con corresponsabilidad social*. Santiago: Oficina Internacional del Trabajo y Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.

QUIÑONES, Sergio

2012 “*Enfoques para conciliar la vida laboral, familiar y personal desde la política pública*” en Revista IUS ET VERITAS, N° 45, Lima.

QUISPE, Carlos

Sin año Las acciones positivas en el acceso y conservación del empleo de las madres trabajadoras en el ordenamiento peruano. En Derecho y Cambio Social consulta 4 de noviembre de 2021 <https://www.derechoycambiosocial.com/revista012/madres%20trabajadoras.htm>

REY, Fernando

1995 *El Derecho Fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. Mc Graw Hill, Madrid.

RUIZ, Alfonso

1996 “*La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*” en Revista Doxa. Número 19. Alicante.

YÁÑEZ, Ana María

1996 “*El trabajo femenino y el principio de igualdad*” en THEMIS Revista De Derecho, (34), Lima.