

Marlene Molero Suárez^(*)

Maternidad, paternidad y Estado. Los **derechos de conciliación** como desarrollo del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres^(**)

“ASÍ PUES, EN LA MEDIDA QUE LA DISCRIMINACIÓN DE LAS MUJERES EN EL ÁMBITO LABORAL NO ES UN HECHO AISLADO SINO POR EL CONTRARIO EL RESULTADO DE PROCESOS MÁS AMPLIOS, RESULTA NECESARIO QUE EL DIAGNÓSTICO DE LOS SUPUESTOS DE DISCRIMINACIÓN VAYA ACOMPAÑADO DE UNA AMPLIACIÓN DE LA PERSPECTIVA ORIENTADA A IDENTIFICAR LOS PROCESOS QUE SUSTENTAN Y REFUERZAN ESAS MISMAS MODALIDADES DE DISCRIMINACIÓN”.

1. Introducción

A partir de la segunda mitad del siglo XX se han producido importantes avances respecto a la igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito laboral. Esta mejora es más nítida en los países industrializados más avanzados que en países subdesarrollados; no obstante, en todo ámbito es aún una verdad incuestionable que “la posición de las mujeres en el mercado de trabajo, y en la sociedad en general, sigue siendo menos favorable que la de los hombres en todos los países del mundo”⁽¹⁾.

La división tradicional del trabajo inspiraba un modelo normativo donde lo buscado no era conciliar la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras, sino facilitar que la mujer se dedicase a las labores domésticas y, cuando por algún motivo se veía obligada a salir de ese ámbito, facilitar su regreso. Esta era, pues, la época de la legal y violentamente proclamada inferior capacidad de la mujer en el derecho⁽²⁾,

(*) Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociada Junior de Rubio, Leguía, Normand & Asociados.

(**) Este trabajo ha sido efectuado durante una estancia de investigación en la Universidad de Sevilla entre los meses de septiembre y noviembre de 2009. Un especial agradecimiento al Profesor Antonio Ojeda Avilés y al Profesor Juan Gorelli Hernández por su constante apoyo durante la investigación y redacción de este trabajo.

(1) SUÁREZ CORUJO, Borja y Maravillas Espín Sáez: *Efectos de la Globalización sobre el principio de igualdad: Género y Globalización*. En: AAVV. *La Igualdad ante la Ley y la no discriminación en las Relaciones Laborales*. XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005. p. 671.

(2) Al respecto, STUART MILL, John. *De la libertad. Del gobierno representativo. La esclavitud femenina*. Madrid: ed. Tecnos, 1965. p. 365 y siguientes., considera la desigualdad entre mujeres y hombres como uno de los principales obstáculos para el progreso de la humanidad. Asimismo, respecto a la posición de inferioridad en la que había sido situada la mujer por el

la cual entre otras medidas protectoras adoptadas “a favor” de la mujer, justificaba la necesidad de autorización marital para participar en la vida pública y contratar laboralmente.

Frente a este modelo tradicional, aparece un nuevo modelo que, sin alterar el *status quo* doméstico, facilitaba el derecho de las mujeres a trabajar a través de una suerte de derechos de conciliación de primera generación los cuales, si bien protegían su doble condición de trabajadora y madre, eran ajenas a cualquier idea de igualdad entre mujeres y hombres⁽³⁾. Dentro de este grupo están las primeras medidas protectoras de la maternidad cuyo reconocimiento atiende fundamentalmente a necesidades de carácter biológico de la mujer trabajadora, tal es el caso del derecho a un periodo mínimo de descanso tras el parto o la lactancia que inicialmente correspondía (e incluso en la actualidad aún corresponde) en algunos países en exclusiva a la mujer.

Así, las mujeres han ido entrando progresivamente en el mundo laboral sin abandonar su protagonismo doméstico, mientras que los hombres permanecen en el ámbito laboral sin asumir un papel más activo en el hogar. Bajo este esquema, las políticas de conciliación estaban dirigidas en exclusiva a las mujeres “para que éstas concilien lo que siempre han conciliado”⁽⁴⁾. La incorporación masiva de mujeres al mercado laboral no modificó el modelo social de división del trabajo, “es el fenómeno de doble jornada, del tiempo de trabajo y del no trabajo”⁽⁵⁾, lo que usualmente determina que se someta a las mujeres a la elección entre la vida familiar y la profesional, en consecuencia, como señala Lousada Arochena, “la nueva versión de la vuelta al hogar”⁽⁶⁾.

“Y ES QUE EN LA ACTUALIDAD, ES JUSTAMENTE LA FALTA DE ASUNCIÓN DE LAS RESPONSABILIDADES FAMILIARES POR PARTE DEL PADRE UNO DE LOS OBSTÁCULOS MÁS RESISTENTES QUE SE PRESENTA PARA LOGRAR LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR”.

La incorporación de la figura del padre en la legislación laboral mediante la extensión de los descansos por maternidad o lactancia marca un cambio en las políticas de conciliación de la vida familiar y laboral. De igual manera, la constatación de factores sociológicos -en adición a los biológicos- y la necesidad porque los hombres compartan en mayor medida y más igualitariamente las responsabilidades familiares, genera el pase de las medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las mujeres a las de asunción igualitaria, tanto por hombres como por mujeres, de las responsabilidades familiares, facilitando a ambos conciliar la vida personal, familiar y laboral⁽⁷⁾. En este desarrollo, como señala Montoya, “tiene gran importancia la

hombre, concluye: “Lo que en los comienzos no era más que un hecho brutal, un acto de violencia, un acto inicuo, llega ser derecho legal, garantizado por la sociedad”.

- (3) Así por ejemplo, en España, la Exposición de Motivos del Decreto 2310/1970 del 20 de agosto, norma que resalta en aquel momento la necesidad universalmente aceptada de la equiparación de la mujer con los trabajadores varones, señala como uno de los propósitos de la norma “armonizar el trabajo por cuenta ajena de la mujer con el cumplimiento de sus deberes familiares, singularmente como esposa y madre, de tal manera que pueda cumplir estos sin menoscabo en ningún momento de sus derechos laborales”.
- (4) MONTOKYA MELGAR, Alfredo: *El Derecho del Trabajo como instrumento de igualdad de mujeres y hombres*. En: AAVV. *Las Transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española. Estudios en homenaje al Profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, coord. Ma. Emilia Casas Baamonde, Federico Durán López y Jesús Cruz Villalón. Madrid: La Ley, 2006. p. 425.
- (5) CASAS BAAMONDE, María Emilia. *Transformaciones del trabajo, trabajo de las mujeres y futuro del Derecho del Trabajo*. En: *Relaciones Laborales*. Tomo I. 1998. p. 93. En este sentido, señala la autora, además de participar en el mercado de trabajo, las mujeres continúan siendo las responsables de las tareas “reproductivas” de la sociedad.
- (6) LOUSADA AROCHENA, José Fernando. *Permiso de paternidad y conciliación masculina*. Albacete: Bomarzo, 2008. p. 8.
- (7) Y esto es relevante ya que, como señalan MARÍN ALONSO, Inmaculada y Juan GORELLI HERNÁNDEZ. *Familia y Trabajo*.

Marlene Molero Suárez

atenuación de las tradicionales fronteras que rodeaban a los derechos tenidos por exclusivamente femeninos, en atención a que su reconocimiento se pensaba que atendía exigencias y problemas ajenos a los varones⁽⁸⁾.

Indudablemente, la conciliación tiene como uno de sus objetivos favorecer a la familia; no obstante, “la protección a la familia no ha de establecerse de cualquier modo, sino que se ha de tener la cautela de no articular instituciones que provoquen, como efecto indeseado, un factor de discriminación a la mujer⁽⁹⁾. De lo que se trata ahora es de corresponsabilidad, que las medidas de conciliación no sólo extiendan los derechos de las madres trabajadoras a los padres, sino que las políticas de conciliación estén dirigidas tanto al hombre como a la mujer, y que las mismas estén acompañadas de medidas de fomento del ejercicio masculino orientadas a que la mujer deje de ser la única responsable de las obligaciones familiares. En suma pues, a lo que se tiende es a desarrollar las medidas de conciliación siendo conscientes que las mismas forman parte e inciden significativamente en la consecución de una igualdad “operativa, activa, eficaz, eficiente y útil⁽¹⁰⁾ entre mujeres y hombres, es decir, entre personas trabajadoras⁽¹¹⁾.”

Este trabajo monográfico plantea el análisis de los derechos de conciliación como mecanismo de desarrollo del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres para, a través de él, efectuar una crítica a la ausencia de la figura paterna en la legislación laboral peruana y un análisis de las principales implicancias de la reciente introducción del permiso por

paternidad al ordenamiento laboral. Así, no se plantea un desarrollo de las muy distintas formas que pueden adoptar los derechos de conciliación, el cual queda pendiente, sino más bien de las implicancias de la forma en que los mismos vienen siendo planteados. Ello bajo el entendido que los límites injustificados a su disfrute por parte del padre impiden un avance, y hasta suponen un retraso, en el camino a la igualdad material.

2. Igualdad, no discriminación y conciliación: nuevos planteamientos para un antiguo principio

2.1. La igualdad y no discriminación: la transversalidad del género

El Derecho del Trabajo ha tenido, desde sus inicios, un claro sesgo de género⁽¹²⁾. El derecho ha incorporado tradicionalmente una racionalidad que oculta la subordinación social de las mujeres y una imagen de autoridad atribuida al hombre⁽¹³⁾. En este sentido, la construcción jurídica común del Derecho del Trabajo que gira en torno al modelo de empleo masculino ha calado a tal extremo que en muchos aspectos nos encontramos frente a

Régimen Jurídico de su Armonización. Murcia: Laborum, 2001. p. 14; hasta antes de este desarrollo “se había buscado la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres frente al trabajo sin advertir en la igualdad frente a las responsabilidades familiares, obviándose de tal modo que las diferencias de sexo en el seno de la familia suponen un flagrante atentado al principio de igualdad”.

(8) MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Op. cit.*; p. 424.

(9) MARÍN ALONSO, Inmaculada y Juan GORRELLI HERNÁNDEZ. *Op. cit.*; p. 22.

(10) Como señala VALDÉS DAL RÉ, Fernando, en *El contenido formal de la Ley de Igualdad: Técnica legislativa y simbología política*. En: *Relaciones Laborales* 9/2009, p. 8; el fin que se persigue no es la mera implantación de un escenario de igualdad entre mujeres y hombres; es un escenario de igualdad efectiva.

(11) Así pues, en opinión concordante con MOLERO MARAÑÓN, María Luisa: *Derechos de conciliación: derechos de adaptación y reducción del tiempo de trabajo, suspensión por paternidad y excedencias familiares*. En AAVV, *Igualdad de Género y Relaciones Laborales*, Doctores Fernando Valdes Dal Ré y Beatriz Quintanilla Navarro. Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008. p. 211; el elemento clave debe ser la condición de trabajador que simultáneamente ostenta responsabilidades familiares.

(12) CASAS BAAMONDE, María Emilia. *Op. cit.*; pp. 90-102.

(13) Sobre el particular, AÑÓN ROIG, María José: *Derechos sociales y perspectiva de género: el difícil camino de la autonomía*. En: AAVV, *Derecho, historia y universidades*. Estudios dedicados a Mariano Peset. Volumen. 1. Valencia: Universidad de Valencia, 2007. p. 131.

un ambiente discriminatorio que se encuentra tan extendido en las prácticas, políticas y reglas sociales e institucionales que resulta invisible, dificultando que se pueda reaccionar contra ellas⁽¹⁴⁾.

Así, si bien el principio de igualdad entre hombres y mujeres ha sido reconocido hace ya varios años, de entre las causas de discriminación, la sufrida por las mujeres se sigue mostrando como la más antigua y persistente en el tiempo, y la más extendida en el espacio⁽¹⁵⁾. Y es que si bien la doctrina de la igualdad ha sido extendida a las mujeres, ésta extensión ha sido efectuada sin tomar en consideración las características específicas de unas y otros en el marco de una división social del trabajo, división que por mucho tiempo, y aún en muchos lugares, permanece sin ser cuestionada y, en consecuencia, sin producir verdaderas innovaciones jurídicas⁽¹⁶⁾.

El desarrollo del principio de igualdad ha hecho que éste quede integrado por tres manifestaciones: igualdad en la ley,

igualdad ante la ley e igualdad en la aplicación de la ley⁽¹⁷⁾. Por su parte, la prohibición de discriminación estaría evolucionando de una noción formal en la que se le considera como un postulado general desprovisto de autonomía propia y deducible del principio de igualdad⁽¹⁸⁾, a otra de carácter sustantivo y parificador que hace referencia a una situación de marginación social de ciertos colectivos basada en las malformaciones que se han ido creando en la sociedad⁽¹⁹⁾, y mediante la cual se hace que la discriminación deje de ser entendida como una diferenciación arbitraria y no objetiva para pasar a tener un sentido netamente peyorativo en el que se abandona la atención sobre la motivación de la diferenciación para poner el acento en el resultado perjudicial para los sujetos víctimas de la marginación⁽²⁰⁾.

- (14) VALDÉS DAL RÉ, Fernando. *Del principio de igualdad formal al derecho material de no discriminación*. En: AAVV, *Igualdad de Género y Relaciones Laborales*, Doctores Fernando Valdes Dal Ré y Beatriz Quintanilla Navarro. Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008, pp. 19-43; señala que esta situación ha sido definida por la Corte Suprema de Canadá en la sentencia recaída en el asunto Meiorin, BC v. BCGSEU (1999), como *systemic discrimination*. Esto es, aquella discriminación que se encuentra tan atrincherada en las prácticas, políticas y reglas sociales e institucionales que, por su invisibilidad, dificulta el que una persona pueda reaccionar contra ella.
- (15) Sobre el particular, VALDÉS DAL RÉ, Fernando. *Op. cit.*; p. 32; señala que la discriminación de las mujeres “es la más versátil en sus manifestaciones, la más relevante desde una perspectiva cualitativa y la más primaria, por cuanto tiene la capacidad de sumar otras causas de discriminación”.
- (16) CASAS BAAMONDE, María Emilia. *Op. cit.*; pp. 90-102.
- (17) Conforme lo expone VALDES DAL RE, Fernando. *Op. cit.*; pp. 19-21; en su sentido primario y esencial la igualdad hace referencia a la proscripción de los privilegios, a la exigencia de que la ley enuncie en términos de generalidad e impersonalidad los supuestos de hecho que regula. A este primer sentido se adiciona un segundo, cuyos efectos se van a desplegar en el terreno de la aplicación de la ley a todos, también por igual. Finalmente, con el aporte del movimiento constitucional norteamericano y la *equal protection clause*, la igualdad deja de percibirse como lucha frente a los privilegios del pasado y pasa a entenderse como igualdad ante la ley, como un deber de tratamiento igual a los iguales, utilizándose como canon de discernimiento de la diferencia de trato el canon de razonabilidad.
- (18) Siguiendo a VALDES DAL RE, Fernando. *Op. cit.*; pp. 25-27; la concepción formal de la prohibición de discriminación importa que la calificación de una conducta como discriminatoria requiera la concurrencia simultánea de dos requisitos: una diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y una falta de justificación objetiva y razonable de esa diferencia. Así, en esta versión, la interdicción de discriminación se concibe como una simple concreción del principio de igualdad ante la ley que se manifiesta en conexión con otros derechos fundamentales. El derecho a no ser discriminado queda asimilado a una diferenciación de trato de carácter razonable y justificado.
- (19) Como lo señaló el Tribunal Constitucional español en la sentencia 19/1989 de 31 de enero, la cláusula de no discriminación “persigue la interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas que, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, han situado a amplios sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad humana”.
- (20) En esta misma línea QUINTANILLA NAVARRO, Beatriz. *Transversalidad de género*. En: AAVV, *Igualdad de género y relaciones laborales*, Doctores Fernando Valdes Dal Re y Beatriz Quintanilla Navarro. Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008.

Marlene Molero Suárez

Así pues, con el tránsito de un sistema formal de discriminación a otro material⁽²¹⁾, se trata de poner en conexión la prohibición de discriminación con el objetivo de eliminar discriminaciones existentes⁽²²⁾. En el tema que nos aboca se trata “de suprimir en el presente y para el futuro las discriminaciones de las mujeres como individuos y como grupo”⁽²³⁾. Como señala Valdes Dal Re, el objetivo pasa a ser entonces “el establecimiento de un sistema enderezado a favorecer y promover una igualdad de oportunidades, a garantizar un desarrollo sostenido de carácter igualitario”⁽²⁴⁾.

En este desarrollo resulta esencial introducir una perspectiva de género en la valoración de las conductas discriminatorias que permita superar el sexo como algo estrictamente fisiológico para pasar a considerar las diferencias de trato que puedan derivar de los estereotipos y roles sociales asumidos por unos y otros que mantienen a las mujeres en una situación de inferioridad, como puede ser el caso de la asunción de obligaciones familiares⁽²⁵⁾. Así pues, la introducción del género en el análisis de la igualdad,

permite hacer referencia a “la asignación desigual de responsabilidades y roles sociales entre hombres y mujeres, producto de pautas culturales, de hábitos, de estereotipos que definen (e implícitamente valoran) las tareas y los papeles sociales de acuerdo al sexo de la persona”⁽²⁶⁾.

La importancia de la introducción de una perspectiva de género y de su aplicación transversal para acabar con la desigualdad de la mujer ha sido puesta de relieve en la Plataforma para la Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre Mujeres de las Naciones Unidas celebrada en Pekín en 1995 en la cual se invitó a los Gobiernos a integrar la perspectiva de género en todas las políticas y los programas para analizar sus consecuencias para las mujeres y los hombres respectivamente, antes de tomar decisiones⁽²⁷⁾.

p. 45; para quien la identificación por el resultado, el carácter peyorativo de la situación, la búsqueda de la accesibilidad universal a los recursos, la determinación socio cultural de lo que es básico, y la triple dimensión individual, colectiva y estructural, son los elementos clave que integran la definición de discriminación.

- (21) Tal como indica VALDES DAL RE, Fernando. *Op. cit.*; p. 28; entendida la discriminación en estos términos, las causas de la propia discriminación no pueden ser invocados como legítimos títulos potencialmente justificativos de tratamientos diferenciadores. Ello debido, de un lado, por el carácter odioso de la diferenciación basado en características biológicas o en situaciones sociales de las personas discriminadas al margen de su responsabilidad, y de otro, por cuanto la discriminación genera en los sujetos discriminados un perjuicio o una desventaja no deseada por ellos.
- (22) Y es que, como señala QUINTANILLA NAVARRO, Beatriz. *Op. cit.*; p. 52; “En la medida de que el principio de igualdad se acerca a la accesibilidad universal en todos los órdenes de la vida, nos encontramos ante una renovada visión de qué es discriminación y de sus dimensiones, que refleja inmediatamente la necesidad de una renovada visión de cómo reaccionamos ante la discriminación y en qué dimensiones”.
- (23) RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel. *El informe sobre el impacto por razón de género en la elaboración de las disposiciones normativas*. En: *Relaciones Laborales 1/2004*. p. 120.
- (24) VALDES DAL RE, Fernando. *Op. cit.*; pp. 29-30. Asimismo, indica el autor, una noción material de la prohibición de no discriminación exige la aplicación de un terminante mandato de paridad de trato entre la víctima y el trato estándar, lo que en algunos casos puede resultar insuficiente para erradicar las situaciones de discriminaciones pre-existentes, siendo necesario establecer acciones positivas.
- (25) Esta idea se recoge en el Comunicado de la Comisión Europea “Integrar la política de oportunidades entre hombres y mujeres en el conjunto de las políticas y acciones comunitarias”. COM (96) 67 final de 21 de febrero de 1996. En ella se afirma que los esfuerzos de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres no deben limitarse a adoptar medidas específicas a favor de las mujeres, con vistas a la igualdad, sino que en todas las acciones y políticas generales comunitarias debe introducirse, de forma explícita y visible, una especial atención a sus efectos posibles sobre la situación respectiva de hombres y mujeres, adoptando una perspectiva de género.
- (26) RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel. *Op. cit.*; p. 122.
- (27) Esta proclamación fue posteriormente confirmada en la Asamblea General de las Naciones Unidas celebrada en Nueva York del 5 al 9 de junio de 2000. Asimismo, es de notar que la necesidad de incorporar la perspectiva de género en la definición de los objetivos para la consecución de la igualdad viene siendo planteada ya desde la Tercera Conferencia Mundial de Mujeres celebrada en Nairobi en 1985.

Así, desde que fuera efectuada esta proclamación, el *mainstreaming* de género ha pasado a convertirse en una de las medidas fundamentales en la lucha contra la discriminación material, la cual ha venido siendo adoptada e impulsada por distintas instituciones y ordenamientos. Tal es el caso del Tratado de Amsterdam donde se confiere al principio de transversalidad carácter vinculante al especificar que la Unión Europea tendrá como misión promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, introduciendo este principio en todas las políticas y en todos los programas. De similar forma, esta técnica legislativa ha sido ya introducida entre otras legislaciones, en España a través de la Ley 30/2003 del 13 de octubre, reiterada en la Ley Orgánica 3/2007, que imponen la evaluación del impacto por razón de género en el proceso de elaboración de toda norma estatal, con el objeto de evitar consecuencias negativas, intencionales o no, que favorecieran situaciones de discriminación.

Con el reconocimiento de esta estrategia como esencial para el efectivo desarrollo de una igualdad real entre mujeres y hombres se acepta que la igualdad no sólo pasa por establecer medidas igualatorias específicas o de poner atención únicamente en la incorporación de las mujeres al trabajo, sino también de evaluar las consecuencias diferenciales que puede tener para las mujeres cualquier medida en los diferentes ámbitos de la vida política, jurídica y social, ello en la medida que el diseño de las mismas puede contribuir, como hacen de hecho, a reforzar las dependencias familiares y la situación de subordinación de las mujeres e incidir negativamente en la permanencia de las mujeres en el mercado laboral⁽²⁸⁾.

Así pues, en la medida que la discriminación de las mujeres en el ámbito laboral no es un hecho aislado sino por el contrario el resultado de procesos más amplios, resulta necesario que el diagnóstico de los supuestos de discriminación vaya acompañado de una ampliación de la perspectiva orientada a identificar los procesos que sustentan y refuerzan esas mismas modalidades de discriminación. En esta línea, resulta necesario que esta estrategia vaya más allá de la problemática clásica de la igualdad de trato y centrada en el empleo para plantear esa igualdad en un plano global que afecta a todas las esferas de la vida pública y privada y que trata de promover la plena participación de hombres y mujeres en todos los sectores de la vida social⁽²⁹⁾. En palabras de Mercader Uguina, “es una afirmación rotunda de la necesidad de conseguir la igualdad mediante un control directo de cada medida pública”⁽³⁰⁾.

La materialización de una igualdad real es importante. Y es que no sólo es que la Organización Internacional del Trabajo haya identificado expresamente la igualdad de género como parte del corazón del trabajo decente sino que, como señala Quintanilla, “no puede hablarse de la consecución de un Estado Social y Democrático de Derecho sin una actuación efectiva y realista orientada

(28) Al respecto, nótese, conforme lo hace DE LA PUEBLA PINILLA, Ana. *Dimensión laboral de la Ley Orgánica 3/2007, del 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. En: *Relaciones Laborales* 8/2007. p. 66.

(29) Sobre el particular RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel. *Op. cit.*; p. 119.

(30) “La transversalidad obliga a las distintas administraciones públicas a procurar la reorganización, mejora, desarrollo y evaluación de los procesos políticos que se dirigen a la sociedad en su conjunto, de tal forma que la perspectiva de género sea incorporada a todas las actuaciones, en todos los niveles y en todas sus etapas. Es una afirmación rotunda de la necesidad de conseguir la igualdad mediante un control directo de cada medida pública. Se considera que la estrategia de la transversalidad del género implicará la plena participación de las mujeres en todos los aspectos de la vida, así como el análisis de todas las propuestas concernientes a programas y políticas generales o sectoriales desde la perspectiva de igualdad de género”. En: MERCADER UGUINA, Jesús R.: *Técnica legislativa y legislación transversal: reflexiones al hilo de la Ley Orgánica de Igualdad entre Mujeres y Hombres*. En: AAVV, *Comentarios Laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007. p. 22 y 23.

Marlene Molero Suárez

al logro de la igualdad entre mujeres y hombres en todos los órdenes de la vida⁽³¹⁾. El enfoque de género, supera la concepción sectorial de las políticas de igualdad, como adopción de medidas a favor de la mujer, y sin negar ésta acepta una concepción de la igualdad como situación objetiva en la que mujeres y hombres pueden desarrollar sus capacidades personales y decidir sobre su destino vital sin las limitaciones impuestas por los roles tradicionales, con una distribución desigual de tareas, responsabilidades, beneficios y ventajas⁽³²⁾.

Como lo ha identificado Palomeque, la transversalidad de la igualdad de género es señal de la identidad del moderno derecho antidiscriminatorio⁽³³⁾, supone una forma renovada de contemplar y de responder frente a la discriminación de género que requiere de una voluntad y conciencia política orientada a remover los obstáculos de la igualdad y consciente de los roles sociales que bien puede estar perpetuando a través del desarrollo o silencio legislativo.

2.2. Los derechos de conciliación y su relación con la igualdad entre mujeres y hombres

Las políticas de igualdad frecuentemente se han centrado en la persecución de objetivos de orden económico y de mejora de las condiciones de trabajo. Así, casi en su totalidad, éstas se han restringido al ámbito laboral, mostrando un predominante interés por lograr una igualdad remunerativa entre hombres y mujeres así como en una preocupación constante por la maternidad como hecho biológico y susceptible de generar perjuicios en el acceso al empleo para la mujer trabajadora. Los problemas de conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras, si bien ahora -en los escenarios más desarrollados- se consideran estrechamente relacionados con una igualdad material de oportunidades laborales entre

mujeres y hombres, no han tenido siempre -y de hecho no tienen, como se verá al hacer referencia a la legislación peruana- la misma atención por parte del Derecho del Trabajo.

Aunque no nacieran en rigor con este cometido, el objetivo de las primeras medidas de conciliación de la vida laboral y familiar fue la protección de la salud de la mujer embarazada, del gestante y del lactante; posteriormente esta visión ha sido complementada con medidas de tutela antidiscriminatoria por razón de género, las mismas que ponen atención en la desigual situación que el proceso biológico de la maternidad causa sobre el normal desarrollo de la prestación laboral⁽³⁴⁾. Esta primera evolución -en la que se busca la igualdad de oportunidades en el trabajo sin cuestionar la diferencia de roles en función del género dentro de la familia- ha significado importantes avances en el camino de la igualdad formal; no obstante, las medidas adoptadas en este sentido no se han mostrado del todo eficaces en el logro de una igualdad material entre mujeres y hombres.

Parte de este fracaso se debería al enfoque centralizado -tanto de problemas como soluciones- en el propio ámbito laboral así como a una perspectiva netamente biológica en el análisis de las diferencias existentes entre los sexos. Así, el Derecho del Trabajo habría intentado responder a la problemática de la desigualdad sin reconocer que muchas

(31) QUINTANILLA NAVARRO, Beatriz. *Op. cit.*; p. 46. Asimismo, continúa la autora "si desde el modelo formalista, el principio de igualdad define Estado de Derecho, desde el principio de igualdad real y efectiva se define el Estado Social, desde la transversalidad de género se define el Estado Democrático".

(32) Al respecto LOUSADA AROCHENA, José Fernando. *Op. cit.*; pp. 85-87; para quien "el género opera como superestructura de dominación que coarta nuestra libertad, y nos obliga a hacer -o dejar de hacer- cosas al margen de nuestra voluntad".

(33) PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos. *El derecho de las mujeres a la igualdad efectiva*. En: AAVV. *Hacia la igualdad efectiva entre hombres y mujeres (Estudios)*. Granada: Comares, 2008. p. 8.

(34) Al respecto, MARTÍNEZ YAÑEZ, Nora María. *Reflexiones sobre el permiso de maternidad y su concordancia con la igualdad de género*. En: *Relaciones Laborales 8/2007*. p. 19; señala que "al objetivo de la protección de la salud se suma simultáneamente otra finalidad, relacionada con una no discriminación genérica, a tenor de la cual se intenta que las alteraciones que el proceso biológico de la maternidad cause sobre el normal desarrollo de la prestación laboral no incidan negativamente sobre la situación económica y laboral de la madre-trabajadora".

de las dificultades que enfrentan las mujeres en el ámbito laboral son reflejo de concepciones tradicionales -y dada su sistematicidad, no cuestionadas- imperantes en la sociedad y que la discriminación en este caso es más una construcción social que la consecuencia de diferencias biológicas.

La dificultad de conciliación de las tareas, cargas y responsabilidades familiares con el trabajo tiene un efecto muy perjudicial para la mujer con responsabilidades familiares respecto a sus posibilidades de acceso y promoción en el trabajo⁽³⁵⁾. Ser conscientes de la doble discriminación de las mujeres con responsabilidades -por ser mujeres y por tener responsabilidades familiares- es relevante, ya que como señala Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer "la indiferencia sistemática sobre la compatibilidad entre familia y trabajo (...) indica la no toma en cuenta por la sociedad y por las organizaciones productivas de la existencia de un obstáculo real para el acceso de la mujer en condiciones de igualdad en el mercado de trabajo"⁽³⁶⁾, y esta indiferencia es un contrasentido cuando estamos frente a un estado social y democrático de derecho impulsor -al menos retóricamente- de la igualdad.

Los problemas de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar de las trabajadoras, son prueba de que la

igualdad real, plena y efectiva de mujeres y hombres es hoy una tarea pendiente⁽³⁷⁾. Un nuevo paso en el camino de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres hace necesario seguir el camino ya marcado por la Convención de las Naciones Unidas para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y combatir las manifestaciones de la discriminación mediante la remoción de los estereotipos sociales que la impiden⁽³⁸⁾. Es en este sentido que las medidas dirigidas a facilitar la compatibilidad entre el trabajo y las responsabilidades familiares, a hacer partícipes de esas responsabilidades familiares a los hombres en igualdad de condiciones que las mujeres, y aquellas que persiguen eliminar cualquier efecto negativo que pueda derivarse de esa conciliación, son un instrumento esencial para hacer efectiva la pretendida igualdad de mujeres y hombres en el ámbito de las relaciones laborales⁽³⁹⁾.

Como concluye Alameda Castillo, "la igualdad de mujeres y hombres se consigue adoptando

(35) En efecto, por más que el número de mujeres que se incorpora al mercado laboral está en constante incremento desde hace algunas décadas, esta incorporación no ha supuesto la disminución de la participación de la mujer en las responsabilidades familiares, lo que supone que, entre otras, el cuidado de los hijos u otros familiares sea una tarea que recaiga principalmente en ellas y que, por consiguiente, sean estas las que usualmente se vean enfrentadas a mayores dificultades para mantener su empleo y a menores posibilidades para retomar su carrera profesional si se ven frazadas a abandonarla, siguiera temporalmente. Al respecto, GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. *La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*. En: *Revista Relaciones Laborales 1999-II*. pp. 754-757; señala que en la actualidad las responsabilidades recaen casi de manera exclusiva sobre la mujer, lo que supone un impedimento para su permanencia en el trabajo.

(36) RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel. *La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (I)*. En: *Relaciones Laborales*, 1999-II. p. 26.

(37) PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos. *Op. cit.*; pp. 1-11.

(38) La Convención de Naciones Unidas de 18 de diciembre de 1979, sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer insiste en que la concesión a la trabajadora de derechos laborales vinculados a la protección de intereses familiares contribuye a la igualdad de oportunidades, y en tal sentido, recoge el compromiso de los Estados de adoptar medidas apropiadas para 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 inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres. Asimismo, en este sentido RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel: *La igualdad efectiva de mujeres y hombres y la Ley Orgánica 3/2007*. En *Revista Relaciones Laborales* 8/2007. pp. 1-16; para quien la actual distribución desigual de responsabilidades entre hombres y mujeres es un fenómeno social complejo, producto de pautas culturales, de hábitos, de estereotipos que asignan injustificadamente tareas y papeles sociales diferentes de acuerdo con el sexo de la persona, en perjuicio de la mujer.

(39) DE LA PUEBLA PINILLA, Ana. *Op. cit.*; p. 72.

Marlene Molero Suárez

medidas de conciliación vida-trabajo que avancen en esta corresponsabilidad familiar⁽⁴⁰⁾; no obstante, en salvaguarda del principio de no discriminación, estas medidas deben ser objeto de una regulación muy meditada y cuidada ya que se debe tener especial cuidado en que las medidas que se adopten al respecto no contribuyan a reforzar el tradicional reparto de roles en la familia, sino a fomentar activamente que los hombres ejerciten los derechos derivados de las responsabilidades familiares⁽⁴¹⁾.

2.3. Medidas de fomento de la igualdad entre mujeres y hombres y medidas falsamente protectoras de la mujer

La histórica situación de inferioridad que, en la vida social y jurídica, se ha colocado a las mujeres, situación que se traduce en dificultades específicas de la mujer para el acceso al trabajo y su permanencia y promoción dentro del mismo, justifica, tal como lo ha indicado Alonso Olea, la adopción de acciones o prestaciones a favor de un grupo “que una decisión igualitaria simplista no borra y puede incluso perpetuar⁽⁴²⁾. En la medida que estas normas tienden a favorecer a la mujer frente al hombre, la justificación de las mismas debe ser limitada. Ello

principalmente por dos motivos. Primero, porque el empleo inadecuado de este tipo de herramientas puede generar la visión de “la mujer privilegiada y el hombre oprimido” y de ahí coadyuvar al surgimiento de la singular figura del “varón discriminado⁽⁴³⁾; y, segundo, porque se corre el riesgo que algunas medidas concebidas como protectoras de la mujer, establecidas en atención a determinados prejuicios sobre sus condiciones físicas o sociales pueden ejercer el efecto *boomerang* de actuar en contra de su propio acceso al empleo por implicar mayores cargas y límites empresariales. Así, es necesario distinguir entre las medidas realmente protectoras, de aquellas que “bajo la capa de la protección, son discriminatorias en realidad al vedar a la mujer el acceso a puestos múltiples de trabajo⁽⁴⁴⁾.”

En esta línea, la sentencia del Tribunal Constitucional Español 317/94, del 28 de

(40) ALAMEDA CASTILLO, María Teresa. *Otro lento avance normativo hacia la corresponsabilidad familiar: suspensión del contrato de trabajo y prestación de paternidad*. En: AAVV, *Comentarios Laborales de la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007. p. 499. De similar opinión es ARGÜELLES BLANCO, Ana Rosa. *Op. cit.*; p. 16; para quien promover la igualdad pasa por formular derechos en términos suficientemente amplios y de forma neutra, sin que exista discriminación alguna debido al género ni para su titularidad ni para su ejercicio, más allá de lo que estrictamente exija la diferencia biológica entre hombres y mujeres a los efectos de la maternidad.

(41) ARGÜELLES BLANCO, Ana Rosa. *Prólogo*. En: AAVV, *Igualdad de Oportunidades y Responsabilidades Familiares*. Madrid: Consejo Económico y Social, Colección Estudios 157, 2004. p. 16.

(42) ALONSO OLEA, Manuel. *Sentencia 103/1983, de 22 de noviembre. Viudo Discriminado I*. En: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*. Tomo I. 1983. p. 248.

(43) Acepción introducida por Alonso Olea para hacer referencia a determinados pronunciamientos del Tribunal Constitucional Español en los que se dio el fenómeno curioso de que “no aparece discriminada la mujer, que en la realidad lo es, y aparece discriminado el varón, que en la realidad no lo es”. En estas sentencias el Tribunal Constitucional Español compara las condiciones de trabajo de los hombres con la de las mujeres, constata que son distintas, afirma que a su juicio son más favorables las de las mujeres y decide que por ello los hombres están discriminados y que debe cesar su discriminación. Así, la postura del Tribunal Constitucional partía de una visión del ordenamiento jurídico lleno de discriminaciones contra el hombre, que había que eliminar para situarle en plano de igualdad con la mujer. Se estaba frente a la visión de la mujer privilegiada y el hombre oprimido. En estos pronunciamientos no se cuestiona por qué las condiciones de trabajo de las mujeres tengan que ser siempre iguales a las de los hombres, ni por qué no se pueden dictar reglas más favorables a las mujeres, o de otro grupo, precisamente en persecución de la igualdad real y efectiva. Al respecto véase ALONSO OLEA, Manuel. *Sentencia 81/1982, de 21 de diciembre. Varón Discriminado I*. En: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*. Tomo I. 1983. pp. 118-124; ALONSO OLEA, Manuel. *Sentencia 98/1983, de 15 de noviembre. Varón Discriminado II*. En: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*. Tomo I. 1983. pp. 235-236; y, ALONSO OLEA, Manuel. *Sentencia 128/1987, de 16 de julio. Varón Discriminado III, ya tendiendo a dejar de serlo. Y sobre la acción afirmativa*. En: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*. Tomo V. 1987. pp. 251-255.

(44) ALONSO OLEA, Manuel. *Op. cit.*; p. 252.

noviembre⁽⁴⁵⁾, establece las diferencias entre medidas falsamente protectoras de la mujer y medidas legítimas de acción positiva para el fomento de la igualdad de las mujeres, y a tal efecto determina dos líneas de análisis conjunto que las medidas para el fomento de la igualdad de las mujeres deben superar satisfactoriamente. Primero, la medida no debe ser contraria al principio de igualdad de trato, es decir, ésta no debe tener por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación de los colectivos discriminados. Segundo, la medida no debe haber perdido su razón de ser, esto es, que no debe tender a perpetuar patrones o estereotipos culturales ya superados. Es esta segunda línea de análisis la que abandona la concepción aislada de la situación de la mujer en el ámbito laboral, introduce como elemento de análisis el impacto de los roles sociales tradicionalmente asignados a mujeres y hombres y, como indica Montoya, la que coadyuva a determinar que un derecho determinado “es un verdadero privilegio en favor de la mujer trabajadora, y no lo contrario: una medida que, bajo la apariencia protectora, fomenta el apartamiento de la mujer del mercado de trabajo y la perpetuación de los papeles tradicionales sexistas (hombre que trabaja por cuenta ajena: mujer confinada en el hogar)”⁽⁴⁶⁾.

Las medidas de protección vinculadas al embarazo y la maternidad de la mujer trabajadora constituyen un punto sensible en este análisis. Si bien dicha situación biológica

legitima el trato desigual entre mujeres y hombres⁽⁴⁷⁾, las medidas adoptadas para su protección, así como aquellas adoptadas para evitar el impacto negativo que la situación de maternidad puede generar sobre la vida profesional de la madre trabajadora, no deben contribuir a refrendar o reforzar una división sexista de trabajos y funciones mediante la imposición a las mujeres de límites aparentemente ventajosos pero que le suponen una traba para su acceso y permanencia en el mercado de trabajo⁽⁴⁸⁾. Así, se debe poner atención en la maternidad como circunstancia real, concreta y transitoria, y proscribir, por contrarias al principio de igualdad, aquellas que tienen como objeto de protección a la mujer, en tanto sujeto fisiológico y socialmente distinto al hombre, esto es, única y exclusivamente por su condición de mujer. Bajo esta concepción, la búsqueda de la igualdad de la mujer se traduce en poner en tela de juicio las normas que prevén una protección especial de la mujer no vinculada con la protección de la maternidad y la función reproductiva, que se considera cada vez más como un obstáculo para la plena integración de la mujer a la vida económica y como una

(45) El caso versa en torno a la Ordenanza Laboral de Seguros que disponía que las trabajadoras tenían derecho a optar, al contraer matrimonio, entre continuar en la empresa o resolver el contrato con derecho a una indemnización. El Tribunal Constitucional Español consideró derogada esta norma al entender que la discriminación se centraba en que la citada regla incentivaba en realidad la interrupción de la carrera profesional de la mujer, potenciando con ello la desocupación femenina.

(46) MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Sentencia 317/1994, de 28 de noviembre. Discriminación nula pese a ser consentida*. En: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*. Tomo XII. 1994. pp. 504-506.

(47) Así por ejemplo, lo establece la Directiva 76/207/CEE del Consejo de 9 de febrero, sobre aplicación de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, reformada por la Directiva 02/73/CE de 23 de setiembre, legítima el trato desigual en tres supuestos: (i) cuando el sexo constituye un factor esencial y determinante para la prestación laboral; (ii) cuando se trate de proteger a la mujer por causa de embarazo y maternidad; y, (iii) cuando las medidas que importan un trato desigual están orientadas a eliminar obstáculos que sitúan a uno de los sexos en posición desventajosa frente al otro.

(48) En esta línea, la sentencia del Tribunal Constitucional Español 229/1992, de 14 de diciembre, en un caso en el que la cuestión de fondo se centraba en el derecho a trabajar en el interior de una mina a pesar de la condición de mujer, declara constitucionalmente legítimas sólo las medidas protectoras de la mujer trabajadora en relación con el embarazo y la maternidad. Para el comentario y crítica de esta sentencia ver ALONSO OLEA, Manuel: *Sentencia 229/1992, de 14 de diciembre. La mujer, minera de interior; o sobre un supuesto avance del derecho de no discriminación por razón de sexo*. En: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*. Tomo X. 1992. pp. 669-679.

Marlene Molero Suárez

manera de perpetuar las concepciones tradicionales sobre el papel y la capacidad de la mujer⁽⁴⁹⁾.

Como indica Alonso Olea, frente a una medida de favorecimiento a la mujer, es necesario determinar si se está ante situaciones de necesidad idénticas en su inicio, en cuyo caso la supuesta justificación del favorecimiento se haría sobre la base de suponer erróneamente que esa situación de necesidad no afecta al hombre⁽⁵⁰⁾. Así, más allá del embarazo y la maternidad que requieren derechos con una titularidad diferenciada por razones biológicas, los derechos orientados a conciliar las responsabilidades familiares –y acá su diferenciación con los derechos derivados de la maternidad como hecho biológico es relevante- con las obligaciones laborales deben ser reconocidos en las mismas condiciones a ambos progenitores⁽⁵¹⁾. En concreto, como lo ha identificado Albiol, la cuestión a plantearse de cara a determinar un sesgo discriminatorio y perjudicial para la mujer trabajadora en los derechos derivados de la maternidad, es “si la atribución de la titularidad de determinados derechos a las madres, sin perjuicio de su facultad de cesión a los hombres, no representa en realidad una discriminación hacia la mujer por perpetuarla en su tradicional papel de cuidadora de los hijos, con las consecuencias que este rol puede comportar en su carrera profesional”⁽⁵²⁾. A este análisis se dedica la tercera parte de este trabajo.

3. De los derechos derivados de la maternidad a la corresponsabilidad. Una necesaria evolución para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres

Analizar la maternidad a través del prisma de la igualdad se los sexos es un enfoque que ha permitido perfeccionar las medidas de igualdad formal, velando por la conservación de los

derechos laborales a causa de la maternidad, y que ha evolucionado hacia formas más complejas de análisis en los que se toma en consideración el impacto de los roles sociales tradicionalmente asignados y en las que se busca la desigualdad en los resultados de la aplicación de unas normas aparentemente neutras o incluso ventajosas para la mujer, pero que sin embargo contribuyen a reforzar su identificación como las únicas destinatarias de las responsabilidades familiares⁽⁵³⁾.

La maternidad, como circunstancia biológica que únicamente afecta a la mujer, requiere que los poderes públicos incorporen los contrapesos necesarios para evitar perjuicios a los que no tienen que enfrentarse los hombres. El derecho a la salud del hijo recién nacido y la protección de la familia requieren las más eficaces garantías, pero su protección no puede articularse exclusivamente en torno al permiso de maternidad, pues de ese modo se menoscaba la igualdad de género, perjudicando la integración de las mujeres en el mercado laboral y la de los hombres en el marco de las responsabilidades familiares.

Y es que en la actualidad, es justamente la falta de asunción de las responsabilidades familiares por parte del padre uno de los obstáculos más resistentes que se presentan para lograr la conciliación de la vida laboral y familiar. La integración del hombre en este ámbito requiere que las medidas para la equiparación de mujeres y hombres tengan en consideración no sólo condiciones de

(49) PERRET-NGUYÊN, Hông Trang: *La mujer en la normativa de la OIT*. En *Igualdad y protección de la mujer en el trabajo*. Madrid: Instituto de la Mujer, Serie Documentos 9, 1990.

(50) ALONSO OLEA, Manuel: *Sentencia 3/1993, de 14 de enero. Sobre la inconstitucionalidad de un precepto -el art. 162, núm. 2, de la Ley de Seguridad Social- una y dos veces derogado*. En: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*. Tomo XI. 1993. pp. 39-44.

(51) BLASCO RASERO, C. *La familia en el Derecho de la Seguridad Social*. Pamplona: Aranzadi, 2003. p. 107.

(52) ALBIOL MONTESINOS, Ignacio. *Los aspectos laborales de la ley de igualdad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007. p. 29.

(53) PEREZ DEL RIO, María Teresa. *El principio de no discriminación por razón de sexo en el trabajo ante el Tribunal Constitucional: de la tutela a la paridad*, II Jornadas hispano-luso-brasileñas de Derecho del Trabajo. Madrid: MTSS, 1985. p. 828.

trabajo estrictamente femeninas, sino también condiciones de trabajo genéricas⁽⁵⁴⁾. Así, si bien la tendencia es hacia la corresponsabilidad⁽⁵⁵⁾, es necesario tener en consideración que ésta exige algo más que la individualización de los derechos de conciliación o la neutralidad con que los mismos pueden estar regulados. La corresponsabilidad exige el fomento de la participación del hombre en las responsabilidades familiares, de tal forma que se impida que los patrones tradicionales de reparto de roles sociales se superpongan y originen que los derechos de conciliación sean utilizados mayoritariamente por mujeres. Si este último es el caso, entonces los derechos de conciliación no serán más que un reconocimiento retórico de derechos en un ámbito en el que los destinatarios suelen estar ubicados en el lado femenino⁽⁵⁶⁾.

3.1. Maternidad. Entre el hecho biológico y la función familiar

De modo general, se podría afirmar que el objetivo prioritario de las normas relativas a la maternidad es la protección del proceso que se inicia con la gestación y concluye con las primeras semanas de vida del recién nacido, estructurándose fundamentalmente en tres fases: embarazo, parto y puerperio. Como resulta evidente, el bien jurídico protegido desde este punto de vista es la función reproductora, con la consiguiente atención que merece la salud de la madre y del hijo, antes y después del nacimiento. No obstante, es importante plantearse si la protección dispensada a la maternidad excede de su enfoque como un hecho biológico digno de protección, para

adentrarse en una supuesta función familiar, social o cultural, que podría ser fuente de discriminación para la mujer.

En esta línea, la extensión del descanso por maternidad, la posibilidad o imposibilidad de situarlo antes del alumbramiento y el hecho que la paternidad sea o no objeto de idénticas consideraciones, son elementos que contribuyen en este análisis y que permiten determinar si el descanso por maternidad ampara otros bienes jurídicos que requieren protección, pero que no deben asociarse con el descanso obligatorio, so pena de implicar un reparto de las responsabilidades familiares incompatible con la igualdad de género. Así, la atribución en exclusiva a la madre de un descanso por maternidad o bien deja al hijo recién nacido sin mayor protección -en la medida que estemos frente a un descanso de extensión reducida orientado únicamente a la recuperación del estado biológico de la madre- o bien ratifica a la mujer en el rol tradicional de cuidadora de los hijos -en la medida que la extensión del descanso por maternidad exceda el tiempo necesario para la recuperación física después del parto-.

(54) El desarrollo de esta idea en: BALLESTER PASTOR, María Amparo. *La Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral: Una corrección de errores con diez años de retraso*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. pp. 9-13.

(55) Una serie de instrumentos internacionales hace referencia desde hace ya varios años a la idea de la corresponsabilidad familiar, de las obligaciones comunes de ambos padres en lo que respecta a la crianza y desarrollo de los hijos. En este sentido, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer destaca la importancia social del padre y de la madre en la educación de los hijos e indica que los progenitores tienen los mismos derechos y responsabilidades; asimismo, la Convención sobre los derechos del niño hace referencia a la corresponsabilidad familiar y el derecho/deber de ambos padres al cuidado y atención de sus hijos y, a tal efecto establece que los Estados miembros pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño; por su parte, el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo insta a los países a que promulguen leyes y apliquen programas y políticas que permitan a los empleados de ambos sexos organizarse para poder cumplir sus responsabilidades familiares y laborales; de igual forma, el Convenio 156 de la OIT sobre igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras con responsabilidades familiares, indica que los estados miembro deben incluir entre los objetivos de su política nacional el de permitir que las personas con responsabilidades familiares que se desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación.

(56) CABEZA PEREIRO, Jaime. *La conciliación de la vida familiar y laboral. Situación en Europa*. En: *Revista de Derecho Social* 31. pp. 25 y 26.

Marlene Molero Suárez

Asimismo, en algunos ordenamientos, como es el caso de España, el permiso por maternidad se encuentra dividido en un periodo de obligatorio disfrute por parte de la madre, y un segundo periodo que si bien mantiene como titular del permiso a la madre, permite la sesión de parte del mismo al padre. Este tipo de estructuras a pesar de incluir la figura del padre no está exento de críticas en la medida que el mantenimiento de la titularidad del permiso de maternidad exclusivamente en la madre indica claramente que el cuidado del hijo se sigue contemplando como una responsabilidad prioritaria y casi exclusiva de la mujer. En efecto, en este tipo de supuestos la suspensión se distribuye a opción de la interesada por lo que no se produce una alteración de que sea la mujer la que asuma los aspectos relacionados con el hijo como responsabilidad exclusiva y, en consecuencia, no se promociona de forma suficiente el reparto de responsabilidades.

El impacto de los permisos por maternidad y su relación con la igualdad de género es relevante y debe ser tomada en consideración. El parto genera un conflicto de derechos en el que, frente al derecho al trabajo de la mujer, se sitúa su propio derecho a la salud y el derecho a la salud de su hijo. Así, el hecho que la eficacia de una medida de protección descansa sobre la anulación temporal de otro derecho fundamental aconseja que el periodo en que tenga que quedar en suspenso el derecho al trabajo sea el estrictamente necesario⁽⁵⁷⁾.

Sin embargo, la extensión de los permisos de maternidad suele superar lo que sería considerado como necesario para la recuperación del estado físico de la madre. Esta realidad permite presumir que la forma en que los permisos de maternidad suelen estar previstos en los ordenamientos nacionales tienen un doble objeto de protección a saber, por un lado la protección de la condición biológica de la mujer, por otro, tal como desde hace más de veinte años viene siendo reiterado por el Tribunal de Justicia Comunitario, la especial

relación que existe entre una mujer y su hijo en el momento inmediatamente posterior al embarazo y al parto.

En efecto, en 1984 se elevó en consulta al Tribunal de Justicia Comunitario la compatibilidad entre una norma nacional que atribuye la titularidad del descanso voluntario por maternidad exclusivamente a la madre, impidiendo que sea el padre el que lo disfrute, aun en el supuesto de que los progenitores estuviesen de acuerdo en ello⁽⁵⁸⁾. La impugnación presentada ante el órgano nacional se fundaba en la apreciación de que el periodo de descanso establecido en dicha norma (desde el término del permiso de maternidad hasta el cumplimiento de seis meses del hijo) no perseguía la tutela de la salud de la madre a causa de su maternidad, sino tan solo el cuidado del hijo, por lo que se reclamaba su extensión al padre. Contra la opinión de la Comisión, el TJCE consideró que una norma como la descrita no tiene la finalidad de regular cuestiones relativas a la organización de la familia o de modificar el reparto de responsabilidades entre la pareja. Así, el TJCE procede a una interpretación que reconoce la legitimidad de la protección de la maternidad en un doble sentido: como medida tendente a tutelar la condición biológica de la mujer durante y después del embarazo y la protección de las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el periodo sucesivo al embarazo y al parto⁽⁵⁹⁾. Han transcurrido más de veinte años desde que se dictó esta sentencia pero el TJCE ha seguido

(57) MARTINEZ YAÑEZ, Nora María. *Op. cit.*; pp. 18-22. Asimismo, la Directiva 92/85/CEE determina que el periodo de descanso por maternidad mínimo es de dos semanas. La limitada extensión del descanso permiten concluir el bien jurídico protegido con el descanso es la salud de la madre.

(58) Se hace referencia al asunto Hoffman, sentencia del 12 de julio de 1984, C-184/83.

(59) Al respecto, Martínez señala que en ningún momento se explica cuáles son esas particulares relaciones. Considera que nada hay de particular en el vínculo afectivo que une a la madre con el hijo frente al que lo une con su padre, ni resultan particulares los cuidados que la madre puede dispensar al recién nacido frente a los que puede dispensar el padre. Teniendo estas consideraciones, continúa la autora, hay que concluir que la sentencia Hofman permite que se deslicen dentro de la protección de la maternidad contenidos que no se derivan directamente de ésta como hecho biológico, sino de su consideración social y cultural, que atribuye a los padres diferentes roles en la familia.

manteniendo el doble objetivo perseguido por la normativa sobre maternidad.

3.2. Lactancia. El impacto jurídico de la lactancia artificial

De modo general, se podría afirmar que el derecho de lactancia se concibió como un derecho exclusivo de la mujer trabajadora y vinculado al amamantamiento. Así ha sido mayoritariamente regulado tanto en el plano nacional como internacional, cual es el caso de los Convenios 3 y, más recientemente 103, de la Organización Internacional del Trabajo.

En la actualidad, el permiso de lactancia es una norma protectora de la mujer sujeta a revisión (o que al menos debiera estarlo). La interrogante se plantea por la posibilidad de la lactancia artificial, la cual permite que ésta pueda ser administrada tanto por el hombre como por la mujer, lo que determina que su justificación como beneficio exclusivo femenino sea difícil de mantener.

En efecto, si por lactancia se entiende tanto la lactancia natural como la lactancia artificial, el limitar el derecho a la trabajadora supone una discriminación contraria al trabajador que se convierte en prejuicio contra la mujer, produciéndose el efecto *boomerang*. Evidentemente el problema no se plantearía si la lactancia fuese únicamente natural; no obstante, la aparición y divulgación de métodos de lactancia artificial permite trasladar, de la madre en exclusiva a ambos progenitores, la carga de alimentar al recién nacido, lo que determina que ambos padres deberían hallarse en pie de igualdad ante el correspondiente régimen de beneficios legales.

La vinculación histórica que se tiene con la lactancia natural carece de sentido en la actualidad en la que se hace imperioso reconocer la realidad existente. La posibilidad de la lactancia artificial existe para suplir la eventual imposibilidad biológica

o fáctica de la madre de amamantar al recién nacido, convirtiéndose en una herramienta que permite la distribución de las cargas parentales entre hombres y mujeres⁽⁶⁰⁾. Así, tal como lo indica Dillá Catalá, “parece más acorde con los momentos actuales entender que es un derecho laboral [la lactancia] establecido para que el niño esté mejor atendido en sus primeros meses de vida y ese cuidado hoy puede realizarlo cualquiera de los progenitores”⁽⁶¹⁾.

De forma similar a lo que sucede con la atribución de un permiso de maternidad en exclusivo a la madre, cuya duración supere el tiempo necesario para la recuperación física de la misma, el problema que se plantea con el permiso por lactancia es que si el reconocer sólo a la madre el derecho a pausa por lactancia, podría plantear un problema de igualdad de trato entre el trabajador padre y la trabajadora madre; o si por el contrario, la atribución exclusiva a la madre del permiso de lactancia es una ventaja o medida de apoyo destinada a remover los obstáculos que impiden la igualdad real en el trabajo. Como señala Montoya, este es un debate jurídico antiguo donde se enfrentan dos concepciones: la que postula la igualdad a que tiene derecho el varón respecto de la mujer beneficiaria de específicas ventajas que en principio sólo se atribuyen a ella, y la que defiende la desigualdad privilegiada a que tiene derecho la mujer frente al hombre como medio de compensarse su pertenencia a un grupo social tradicionalmente menoscabado⁽⁶²⁾.

(60) Al respecto véase LOUSADA AROCHENA, José Fernando: *El permiso de lactancia*. En: *Relaciones Laborales*. 1996-II. pp. 159-163.

(61) DILLÁ CATALÁ, María José. *El derecho a la licencia retribuida por lactancia*. En: *Actualidad Laboral* 17. 1989. pp. 2111-2112.

(62) Sobre el particular, se puede ver el comentario de Montoya a la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 109/93 del 25 de marzo. En MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Sentencia 109/1993, de 25 de marzo. ¿Discriminación del varón o acción positiva a favor de la mujer en compensación a su pertenencia a un grupo marginado?; sobre la constitucionalidad del originario artículo 37 inciso 4 del Estatuto de los Trabajadores*. En: *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Tomo XI, ref. 732, 1993. pp. 304-309. Esta sentencia es consecuencia de la reclamación de un trabajador a quien

Marlene Molero Suárez

En opinión concordante con Molina Pumariega, Martínez, Montoya, entre otros, el derecho a la lactancia, como beneficio atribuido de forma exclusiva a la madre, constituye una medida falsamente protectora. Si bien la misma aparece formalmente como una discriminación del hombre, materialmente se convierte en una discriminación de la propia mujer, ya que este tipo de regulaciones, al no consagrar el principio de igualdad en el disfrute del permiso de trabajo, se erige en un factor de alejamiento de la mujer del mercado de trabajo, sin que contribuya a su emancipación de las tareas domésticas⁽⁶³⁾.

3.3. Permiso de paternidad

Tal como se ha visto al tratar la problemática que se plantea en torno al permiso por maternidad, la regulación de este descanso no ha logrado superar la tradicional identificación entre maternidad y familia. Así, como anota Martínez, difícilmente se distingue entre la protección de la maternidad como hecho biológico que afecta a la salud de la madre, por un lado, y la protección del hijo como ser que requiere cuidados especiales en sus primeras semanas de vida, en garantía de su salud física y psíquica, y de su integración familiar⁽⁶⁴⁾.

Ante esta falta de delimitación de contenidos, las normas relativas al permiso de maternidad han tratado de tutelar todos estos bienes jurídicos dirigiéndose ciegamente a la madre. Tal es el extremo al que ha llegado esta concepción que en varias legislaciones, como entre otras es el caso del Perú, ni siquiera se atribuye al otro progenitor una posición subsidiaria que permita atender las responsabilidades familiares en defecto de la madre, sea porque ésta haya fallecido o por cualesquiera otros motivos. Como ya se ha indicado, esta concepción tradicional acarrea sobre la mujer una serie de perjuicios

respecto a su integración y permanencia en el mercado de trabajo.

La previsión de un permiso de maternidad sin un permiso de paternidad paralelo que cumpla las mismas funciones en relación con el cuidado del recién nacido implica una fuerte toma de postura respecto a los roles de los sexos ante la incorporación de un nuevo miembro a la familia y, a su vez, entraña un trato discriminatorio para el padre en dos vertientes: frente a la madre biológica y frente al padre adoptivo en aquellos casos en los que la legislación les permita ser titulares de un derecho de suspensión.

Con estas repercusiones, no resulta extraño que la medida más significativa a efectos de la corresponsabilidad sea el permiso de paternidad, esto es, el derecho exclusivo de los padres a un tiempo para el cuidado de los hijos, con idénticas garantías que el permiso de maternidad, esto es, un permiso que preste atención y regule tanto sus aspectos laborales como los de Seguridad Social y las garantías frente al despido⁽⁶⁵⁾. Y es que la efectividad del permiso de paternidad como instrumento para alcanzar una mayor igualdad entre mujeres y hombres en la vida familiar y en el mercado de trabajo no sólo depende de la existencia del derecho, sino principalmente del uso que se haga del mismo. Regular un permiso de

su empresa había descontado una cantidad por haberse ausentado de su puesto de trabajo para atender la lactancia de su hijo, que no podía ser provista por la madre por trabajar lejos del hogar familiar. La empresa autorizó las ausencias del trabajador, pero consideró que no debían de ser retribuidas. El Tribunal concluye que ésta constituye una medida de apoyo o ventaja que asegura la igualdad real de trato y oportunidades con el hombre, por lo que no es inconstitucional. A este efecto, el Tribunal señala, reiterando pronunciamientos anteriores que, por pertenecer la mujer al grupo desfavorecido, la interdicción de la discriminación implica también la adopción de medidas que tratan de asegurar la igualdad efectiva de trato y oportunidades de la mujer y del hombre, de donde se sigue que no pueden considerarse discriminatorias las medidas tendentes a favorecer el acceso al trabajo de un grupo en situación de clara discriminación social.

(63) En esta línea, indica MOLINA GONZÁLES-PUMARIEGA, Rocio. *La Protección Jurídica de la Mujer Trabajadora*. Madrid: Consejo Económico y Social, Colección Estudios 162, 2004. pp. 348; este tipo de normas no favorece el acceso y promoción en el trabajo de la mujer en condiciones de igualdad con el varón, siendo sólo medidas supuestamente protectoras.

(64) MARTINEZ YAÑEZ, Nora María. *Op. cit.*; p. 33 y siguientes.

(65) Sobre el particular, LOUSADA AROCHENA, José Fernando. 2008. *Op. cit.*, p. 8.

paternidad que contemple un trato diferenciado al trabajador por el hecho de ser padre no solo contribuye al fracaso de la medida, sino que perpetúa “los odiosos estereotipos de género que sustentan los tratamientos discriminatorios contra las mujeres”⁽⁶⁶⁾. La enorme potencialidad que una correcta regulación de estos mecanismos tiene para evitar que la auto atribución femenina de responsabilidades domésticas y familiares no frene sus expectativas profesionales es lo que genera que el reconocimiento de un derecho de suspensión a favor del padre sea considerado como necesario para iniciar el paso hacia la igualdad real en el reparto de roles sociales⁽⁶⁷⁾.

Como ya se ha indicado, el mantenimiento de la titularidad del permiso de maternidad exclusivamente en la madre indica claramente que el cuidado del hijo se sigue contemplando como una responsabilidad prioritaria y casi exclusiva de la mujer. En este sentido, no sólo se debe cuidar de otorgar un permiso de paternidad paralelo sino que se debe tener cuidado en la forma en que éste se construye. Construir los derechos de paternidad como derechos derivados del derecho de la madre continúa transmitiendo la idea de que son las madres las responsables del cuidado de los hijos⁽⁶⁸⁾, lo que atribuye una posición subordinada del padre en este ámbito al diseñar derechos derivados o accesorios, en lugar de derechos subjetivos de titularidad directa⁽⁶⁹⁾.

4. Poniéndole freno a la igualdad. Un primer análisis de la construcción de los derechos derivados de la maternidad en el Perú

A lo largo de este primer trabajo se ha desarrollado básicamente una sola hipótesis, la potencialidad del diseño de las políticas estatales para perpetuar roles sociales tradicionalmente asignados a las mujeres. Así, se han analizado brevemente y de forma general, sin hacer mayor

referencia a legislaciones concretas, tres derechos derivados del nacimiento de un hijo cuales son, el permiso de maternidad, la lactancia y la paternidad. Estos tres derechos no han sido examinados desde una perspectiva exegética sino que, el objeto de análisis y cuestionamiento se ha centrado en la relación del objeto jurídicamente protegido por cada uno de ellos, la neutralidad de género y pertinencia de la regulación respecto de su objeto y el impacto negativo que una construcción inadecuada de estos derechos tiene sobre el derecho a la igualdad y no discriminación de las mujeres, con especial incidencia en el derecho al trabajo.

Con el marco previo desarrollado toca ahora hacer referencia al caso peruano y, lamentablemente, toca hacer referencia al mismo como un claro ejemplo de políticas que declaran falsa y débilmente un ideal de igualdad entre mujeres y hombres mientras los derechos que giran en torno a la maternidad muestran una clara toma de postura sobre los roles que deben primar al interior de una familia, como si ellos no tuvieran relación con las dificultades que la maternidad implica para el acceso y permanencia de las mujeres en el mercado de trabajo. El análisis que sigue va a estar centrado básicamente en los derechos que surgen como consecuencia de la maternidad biológica. El caso de la adopción en esta primera oportunidad simplemente será utilizado a manera de colofón, para ratificar el rol que el legislador peruano le ha atribuido a la mujer en el ámbito familiar.

(66) LOUSADA AROCHENA, José Fernando. *Op. cit.*; pp. 85-86.

(67) MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Paz. *La suspensión por paternidad natural: una discriminación incomprensible no enmendada por la negociación colectiva*. En AAVV: *La Igualdad ante la Ley y la no discriminación en las Relaciones Laborales. XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005. pp. 862, para quien el reconocimiento de un derecho de suspensión a favor del padre es necesario para iniciar el paso hacia la igualdad real en el reparto de roles sociales.

(68) LOUSADA AROCHENA, José Fernando. *Op. cit.*; pp. 11-13.

(69) Al respecto, ALAMEDA CASTILLO, María Teresa. *Op. cit.*; p. 497, señala que con este tipo de construcciones se otorgan derechos de segundo nivel al padre, lo que determina su entrada por la puerta de atrás en el ámbito familiar.

Marlene Molero Suárez

4.1. La figura de la madre como única responsable del cuidado de los hijos

Conforme a la legislación peruana la trabajadora gestante tiene derecho a 45 días de descanso pre-natal y 45 días de descanso post-natal. Asimismo, la legislación permite que el descanso pre-natal, ya sea total o parcialmente, sea diferido y acumulado con el post-natal, requiriéndose en este caso un informe médico que certifique que la postergación del descanso pre-natal no afecte en modo alguno a la trabajadora gestante o al concebido⁽⁷⁰⁾. La legislación peruana no contempla la posibilidad que parte del descanso sea cedido al padre por decisión de la madre o que el padre se subrogue en la posición de la madre en caso de fallecimiento de ésta o cuando por otros motivos no pueda hacerse cargo del recién nacido.

De la construcción de este derecho se sigue que el tiempo mínimo que la legislación nacional ha identificado como esencial para la recuperación física de la madre después del parto es de 45 días. Tanto es ello así, que si el alumbramiento se produce después de la fecha probable de parto, los días de retraso son considerados como descanso médico por incapacidad temporal para el trabajo y pagados como tales. Así, la regulación está estructurada de tal forma que el descanso post-natal de la madre no sea, en ningún caso, inferior a seis semanas⁽⁷¹⁾.

De cara a esta organización del descanso por maternidad, parecería que la legislación peruana habría logrado superar la tradicional identificación entre maternidad y familia y, a tal efecto, esto es, al identificar claramente el tiempo esencial para la recuperación física de la madre, habría distinguido entre la protección de la maternidad como hecho biológico que afecta

a la salud de la madre, y la protección del hijo como ser que requiere cuidados especiales en sus primeras semanas de vida. No obstante, habiendo efectuado esta distinción, la norma no permite ceder en todo o en parte los siguientes 45 días de descanso post-natal (en caso se haya acumulado el descanso pre-natal y post-natal), lo que determina una clara toma de postura por parte del Estado en cuanto a la asignación de roles dentro de la familia.

En efecto, si la salud de la madre se ve resguardada con los primeros 45 días de descanso post-natal, no se explica, desde una perspectiva de igualdad de género, por qué los siguientes 45 días no podrían ser de uso del padre. Habiéndose superado el elemento físico -situación respecto de la cual mujeres y hombres son distintos- las situaciones de ambos padres son semejantes y ambos tienen los mismos derechos y deberes respecto del recién nacido⁽⁷²⁾. La toma de postura es clara y se ratifica con la construcción del permiso de lactancia y la suspensión del contrato de trabajo por adopción de hijo.

En lo que se refiere a la lactancia, éste es un derecho atribuido de forma exclusiva a la madre trabajadora y que puede ser ejercido a partir del término del periodo post-natal y hasta que el niño tenga un año de edad. El derecho permite a la madre restar una hora a su jornada laboral diaria, el cual a su vez

(70) Se está haciendo referencia a los artículos 1 y 2 de la Ley 26644, Ley que precisa el goce del derecho de descanso pre-natal y post-natal de la trabajadora gestante.

(71) Precisión establecida en el artículo 3 de la Ley 26644. Asimismo, conforme a esta norma, en los casos en que se produzca adelanto del alumbramiento respecto de la fecha probable del parto fijada para establecer el inicio del descanso pre-natal, los días de adelanto se acumularán al descanso post-natal.

(72) Al respecto, NEVES MUJICA, Javier: *Igualdad y Discriminación: Conceptos y Caos*, quien señala: "Pensamos que el derecho de la madre tiene dos fundamentos: los trastornos biológicos y psicológicos provocados por el embarazo y el parto, y la relación con el recién nacido. Respecto del primer fundamento, la situación del padre no puede asimilarse, por lo que no habiendo un supuesto igual no podría reclamarse un trato igual. Pero respecto del segundo, las situaciones de ambos padres tienen mayor semejanza, a pesar de la identificación de diferencias evidentes, entre las que destaca la lactancia materna. Pero en el plano de la vinculación afectiva, la similitud es importante".

puede ser fraccionado en dos tiempos iguales⁽⁷³⁾. Siendo el beneficiario directo de este derecho el recién nacido y el hecho innegable que no todas las mujeres tienen la posibilidad física de dar de lactar -nótese que ni siquiera se está analizando la autonomía de la madre para decidir si da de lactar- ya sea por parte o todo el periodo que se tiene el permiso, y que éste no se encuentra de forma alguna supeditado a que la madre amamante efectiva y de forma natural a su hijo, resulta lógico y razonable entender que el objeto del permiso por lactancia materna es otorgar una hora de la jornada laboral diaria de la madre para la alimentación del hijo hasta que éste tenga un año de edad. Así, el objeto de esta regulación estaría directamente vinculada con la atención y los cuidados necesarios que requiere un recién nacido.

La lactancia artificial es hoy en día un hecho innegable -y por cierto lo era también en 1999 cuando entró en vigencia la Ley que otorga el permiso por lactancia materna-. También es una posibilidad que la madre pueda extraerse la leche para dársela posteriormente al niño. Entonces, si la lactancia natural y directa no es hace mucho tiempo la única forma de alimentar a un recién nacido, y de hecho el legislador de entonces debe haber sido consciente que no lo es, nuevamente el Estado está interviniendo para perpetuar roles sociales que son tradicionalmente asignados. Si tanto el padre como la madre tienen la posibilidad de alimentar a sus hijos, este derecho debe ser atribuido de forma indistinta a ambos, de tal forma que sean ellos los que decidan cual de los dos se encuentra en la mejor posibilidad de brindarle una mejor atención al recién nacido.

A pesar de lo que hasta aquí ha sido expuesto podría argumentarse en contra que tanto la construcción del permiso de maternidad como el de lactancia materna tienen como justificación una diferenciación objetiva respecto del hombre que determina que la estructura que han adoptado estos derechos no devenga en discriminatoria hacia la propia mujer, y que en tal sentido no resulta válido afirmar que el Estado contribuye a perpetuar la asignación de roles. Sin embargo, la regulación del permiso por adopción de hijo nos aleja de cualquier discusión

en torno a las diferencias físicas y biológicas entre mujeres y hombres, mientras que deja claramente en evidencia a quien identifica como responsable del cuidado de los hijos.

En efecto, la Ley 27409, Ley que otorga licencia laboral por adopción, si bien acierta al reconocer de forma indistinta a los trabajadores peticionarios de adopción una licencia de treinta días naturales con goce de haber, efectúa un claro retroceso y marca la pauta de la posición del Estado frente a la titularidad de las obligaciones al estipular en el artículo 4 que “si los trabajadores peticionarios de la adopción son cónyuges, la licencia será tomada por la mujer”. Como fácilmente se puede concluir, el legislador ha venido perpetuando a la mujer en el rol de cuidadora exclusiva de los hijos, y con ello, ha creado mayores barreras al acceso y permanencia de la mujer en el mercado de trabajo y, en general, no sólo ha contribuido a su discriminación en la sociedad sino que la ha discriminado directamente.

4.2. La tardía y accesoria aparición de la figura del padre en la legislación laboral peruana

La figura del padre, como titular de un derecho propio y autónomo, aparece tardíamente -si es que si quiera se puede considerar que aparece- en la legislación laboral peruana. La Ley 29409, vigente a partir del 21 de setiembre de 2009, otorga al padre trabajador una licencia remunerada por paternidad de cuatro días hábiles consecutivos en caso de alumbramiento de su cónyuge o conviviente. El inicio de esta licencia puede situarse, a elección del padre, entre la fecha de nacimiento del nuevo hijo y la fecha en que la madre o el hijo sean dados de alta por el centro médico respectivo⁽⁷⁴⁾.

(73) La ley a la que se hace referencia es la Ley 27240, Ley que otorga permiso por lactancia materna. Publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 23 de diciembre de 1999.

(74) Se está haciendo referencia a los dos primeros artículos de la Ley 29409, Ley que concede el derecho de licencia por paternidad a los trabajadores de la actividad pública y privada. La Ley se publicó en el Diario Oficial “El Peruano” el 20 de setiembre de 2009.

Marlene Molero Suárez

Como resulta evidente, el objeto de esta norma no es contribuir en el camino hacia la corresponsabilidad familiar y mucho menos fomentar la participación del padre en el cuidado de los hijos. La corta duración del permiso es insuficiente para la implicación del trabajador en las responsabilidades familiares, y apunta a que su finalidad se reduce a dar al padre la oportunidad de estar junto a la madre en el momento del parto, celebrar del hecho del nacimiento y resolver algunas cuestiones de carácter burocrático. Si bien debe reconocerse a favor del legislador el ingreso del padre a la regulación laboral debe tenerse en cuenta que más que un permiso por paternidad, lo que se ha regulado en el Perú es un permiso por nacimiento de hijo, por lo que queda aún pendiente una regulación que permita y fomente la participación del padre, en plano de igualdad con la madre, en las responsabilidades familiares.

En tal sentido, siendo la duración del permiso claramente exigua, tanto desde el punto de vista del cuidado del menor, como desde el punto de vista de la igualdad de derechos de conciliación y participación en la vida familiar respecto a la madre, el mismo no hace más que reflejar, de forma elocuente, cuál sigue siendo el esquema socialmente imperante de reparto de las responsabilidades familiares. Asimismo, no deja de llamar la atención que la atribución de derechos al padre dependa de su situación civil con la madre. En efecto, a las condiciones de padre y trabajador se exige una tercera, cual es que éste sea cónyuge o conviviente de la madre. Así, no sólo se deja sin este exiguo derecho al padre trabajador que no mantenga una relación sentimental con la madre, lo que de hecho constituye una situación de discriminación prohibida constitucionalmente, sino que además se reintroducen en nuestro ordenamiento concepciones diferentes para los hijos nacidos no ya exclusivamente dentro del matrimonio, pero sí de una relación estable entre los progenitores. Es evidente que esta construcción debe ser corregida, más aún cuando no sólo afecta al padre trabajador, sino también a la madre que requiere el apoyo del otro progenitor y al propio recién nacido que únicamente podrá gozar de la presencia de su padre durante los primeros días de vida en la medida que él sea cónyuge o conviviente de su madre.

Finalmente, y aunque no se pretende que éste sea un análisis exiguo del derecho de paternidad en el Perú, sí se debe hacer mención que los derechos de maternidad y paternidad deben ser otorgados en igualdad de condiciones. Esta igualdad

no sólo hace referencia a la duración del permiso, sino también a la protección frente al empleador por el ejercicio del mismo, y a la cobertura de la Seguridad Social. Ninguno de estos aspectos ha sido tenido en consideración por la legislación peruana.

5. Conclusiones

En el Perú, hasta setiembre de este año, los padres -biológicos si se quiere hacer la precisión- no existían para la legislación laboral y aún ahora resulta cuestionable poder afirmar su presencia. Los escasos derechos vinculados a los deberes de cuidado familiar siguen siendo de titularidad femenina. La suspensión por maternidad, por su extensión, escapa ya a una justificación de tipo de biológica, mientras que la lactancia no tiene en consideración que ésta también puede ser dada de forma artificial. Así pues, como resulta evidente, en el Perú en este documento no se ha tomado en consideración la necesidad de elaborar medidas que tengan en cuenta la evolución económica y social y, en particular, que respondan a los cambios de las estructuras familiares, incluyendo entre sus objetivos el de conciliar la vida profesional y familiar de los hombres y las mujeres. No se destaca ni se tiene en consideración la persistencia de estereotipos sexuales que se traducen en una rigidez del reparto de los papeles femeninos y masculinos en el mercado de trabajo y entre la vida pública y privada.

Urge pues llevar a cabo un nuevo análisis de los presupuestos de hecho que sustentan los derechos analizados en este trabajo y marcar una clara tendencia hacia formas más complejas que permitan un mejor reparto de la vida familiar y laboral tanto para mujeres como para hombres. Así pues, en el Perú es preciso analizar si la justificación de las medidas supuestamente protectoras de la maternidad es realmente la maternidad, o si es que las mismas nacen del patrón social que asigna

a las madres el cuidado de los hijos. Si, la justificación se encuentra en el segundo caso, entonces, no se está frente a una desigualdad por razón de sexo, derivada de circunstancias biológicas inevitables, sino una desigualdad por razón de género, fundada en convicciones sociales⁽⁷⁵⁾, y que como tal, deriva en un doble tratamiento discriminatorio: de modo inmediato hacia el hombre, en cuanto sujeto privado de

una facultad anexa a la paternidad, y de modo mediato “y seguramente más grave, en perjuicio de la propia mujer, a la que, en definitiva, el precepto legal cuestionado empuja a mantener y perpetuar el rol clásico de cuidadora exclusiva del hogar y la familia”⁽⁷⁶⁾. Los derechos de conciliación se deben librar definitivamente de su arrastre histórico, dejando de ser en exclusiva normas de protección de la maternidad, para ser complementados con permisos parentales cuya titularidad debe, en consecuencia, ser asignada a ambos progenitores.

(75) MARTINEZ YAÑEZ, Nora María. *Op. cit.*; p. 49.

(76) La referencia y el desarrollo de la crítica en MONTOYA MELGAR, Alfredo. 1993. p. 308. La crítica del autor es con referencia a la ya mencionada sentencia del Tribunal Constitucional Español 109/1993 en la que se determina que la concesión de la lactancia en exclusiva a las mujeres no implica discriminación de los hombres, sino que es una acción positiva, y en el fondo igualitaria.



ESTUDIO MUÑIZ

MUÑIZ · RAMÍREZ · PÉREZ · TAIMAN & OLAYA

A B O G A D O S

Las Begonias 475, Piso 6, San Isidro

Central Telefónica: (511) 6117000

Fax: (511) 6117010

www.munizlaw.com

Lima

Trujillo

Arequipa

Ica

Chincha

Piura

Quito

Guayaquil