

EL TRABAJO FEMENINO Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

Ana María Yáñez (*)

Resulta evidente que la protección de la maternidad, como supuesto de hecho que justifica una desigualdad de trato, tiene implicancias de gran envergadura. Desde un punto de vista psicológico hasta una perspectiva económica, se pueden encontrar argumentos que aboguen por un trato diferenciado por tal motivo dentro de la relación laboral. En este sentido, la autora nos muestra en un primer momento, la justificación de una legislación promocional por razón de maternidad, incluyendo la participación del padre dentro del cuidado del recién nacido, para posteriormente, establecer los lineamientos que deberían tomarse en cuenta dentro de la misma. Sin duda, el presente artículo constituye una importante orientación dentro de la discusión entre la igualdad formal y la igualdad sustantiva cuya conclusión es clara: requerimos un marco jurídico protector y promotor de los trabajadores con responsabilidades familiares, en particular de la madre trabajadora.

La derogatoria, en julio de 1995 de las leyes 2851 y 4239 que contenían el régimen de protección especial de la mujer en el trabajo (jornada reducida, indemnizaciones especiales por despido, prohibición de trabajo nocturno y en determinadas actividades, instalación de salas cunas, permiso para lactancia, entre otros) dejó un vacío legal en cuanto al régimen de la mujer que trabaja. Según versiones de los legisladores que tuvieron a su cargo esta iniciativa legislativa, no se requeriría una ley especial para proteger a la mujer en el trabajo teniendo en cuenta que desde los propios movimientos feministas se plantea la igualdad de hombres y mujeres. Sin embargo, como veremos más adelante, tanto la Constitución peruana, como los Tratados Internacionales suscritos y ratificados por el Perú, obligan al legislador a plantear un régimen especial para la mujer y la madre trabajadora. Este régimen no sólo debe atender al principio de igualdad ante la ley, sino a sus otras dimensiones, como la igualdad de trato y sobre todo la igualdad de oportunidades.

Este debate se ha reactivado en el seno de la Comisión de la Mujer del Congreso de la República. Un Congresista¹ cuestiona el principio y aplicación de la igualdad sustancial, esencial o material, manifestando que "esto quiere decir que en el Derecho Constitucional debería reconocerse la existencia de normas que otorguen tratos diferenciados ante situaciones distintas" a través de "medidas de acción Positivas" o "medidas correctivas". Señala que la

* La autora presidió la Comisión encargada de preparar el Anteproyecto de la ley de la madre trabajadora, nombrada por R.S. N° 020-95-TR y R.M. N° 080-95-TR.

¹ SALAZAR LARRAIN, Arturo. Para un marco conceptual de la mujer. Comisión de la mujer del Congreso de la República. Lima, 5 de Septiembre de 1996.

“aceptación de esta tesis nos llevaría de regreso, creo, a ese Estado Social de Derecho que tantos trastornos ha causado en nuestra sociedad y en su orden económico” y que “un tipo de norma que, por tener que atender a diversos casos diferenciales y distintos, dejaría de ser norma y merecer dicho nombre”.

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

Como señala Javier Neves, en una etapa histórica, la Revolución Francesa, se proclama el **principio de igualdad ante la ley** que surge contra una sociedad estatal en la que por la sola condición del nacimiento, se trataba de modo diferente a las personas. La igualdad ante la ley está formulada como un principio que obliga al Estado, en cualquier manifestación de su actuación, a tratar paritariamente a todas las personas. Esta igualdad formal se queda en el ámbito del Derecho Público, por cuanto el sujeto obligado por el principio de igualdad ante la ley es el Estado y no los particulares. El principio de igualdad ante la ley no impediría que un particular tome una decisión diferente entre dos sujetos privados, porque la igualdad ante la ley se refiere sólo al ámbito del Estado.²

Prosigue el autor señalando que una segunda etapa del principio es la igualdad que se da en el campo de las relaciones laborales, en el ámbito del Derecho Privado y que asume el nombre de **igualdad de trato**. En este caso el sujeto obligado ya no es el Estado cuando ejerce cualquiera de las funciones que le son típicas sino somos todos los sujetos privados que no podemos diferenciar arbitrariamente al tratar a las personas en nuestras relaciones comunes (por ejemplo distinguir por la raza o por el sexo). Este principio de igualdad de trato es un segundo paso, todavía insuficiente, porque las personas seguimos siendo, materialmente de hecho desiguales.³

A partir de ahí es cuando se plantea la tercera etapa del principio de igualdad, la **igualdad de oportunidades o la igualdad sustancial** que propicia un tratamiento desigual a los desiguales para, igualarlos sin que éste sea considerado discriminación (aún cuando lo sea en el sentido literal del término). Sostiene el autor citado que la historia del Derecho del Trabajo y seguramente la historia de la búsqueda

de igualdad por parte de la mujer, tienen mucho que ver con esta tercera forma de igualdad. Sin embargo, para proclamar la igualdad o la no igualdad, tenemos que comparar dos hechos e identificar primero si esos hechos son semejantes o no. Sólo una vez constatada la semejanza podremos imponer un tratamiento correspondiente a la conclusión. Si los hechos son semejantes entre sí, el tratamiento debe ser también igual, si los hechos son diferentes, entonces el tratamiento debe ser diferente. Lo que el principio de igualdad prohibiría es que hubiera un trato que no guardara correspondencia con los hechos, es decir que a hechos iguales se les diera trato desigual o que a los hechos desiguales se les diera el mismo trato. Cualquiera de las dos fórmulas infringiría el principio de igualdad.⁴

A su vez, debemos tener en cuenta otras dos dimensiones del principio de igualdad. Los principios de **no discriminación** y de **relevancia**. Por el primero, las diferencias existentes entre las personas como sexo, raza o edad no se deben tener en cuenta. Este principio se relaciona con el de igualdad ante la ley (Toda persona tiene derecho a..., artículo 2 de la Constitución). Por el segundo, algunas de las diferencias, sí se deben tener en cuenta (El estado protege especialmente a la madre trabajadora..., artículo 23 de la Constitución). Este principio se vincula al principio de igualdad de oportunidades (En la relación laboral rige la igualdad de oportunidades sin discriminación, artículo 26 de la Constitución). Sin embargo no siempre es fácil identificar aquello relevante que amerite un trato diferenciado. Para ello suele ser necesaria la realización de análisis históricos, sociológicos o antropológicos de los grupos que compartiendo características comunes entre sí (por ejemplo, la raza, el sexo, la edad) manifiesten diferencias frente a otros grupos (por ejemplo, los hombres frente a las mujeres, los blancos frente a los mestizos, los jóvenes frente a los ancianos) que obligarían a imponer medidas correctivas para neutralizar las desigualdades detectadas (por ejemplo diferenciales de ingresos, tasas de analfabetismo, tipos de empleo, etc.) que estarían evidenciando una falta de igualdad de oportunidades.

En el caso de la mujer, la legislación laboral nacional e internacional se han basado en diferencias, en el caso de los sexos, de tipo biológico no sólo

² NEVES MUJICA, Javier. Comentarios de Panelista en "Relaciones de Género. Nuevas pistas para su interpretación". ADEC-ATC, USAID, Lima, 1996.

³ Loc. cit.

⁴ Loc. cit.

referidas a la maternidad sino también relativas al esfuerzo físico entre varones y mujeres y consideraban que debía protegerse a la mujer de dos modos: prohibiéndole el acceso a determinados empleos (trabajo nocturno, trabajo en minas, por ejemplo) y otorgándole ventajas (jornada reducida de trabajo) fundadas directamente en el sexo. Tanto las prohibiciones como las ventajas, estaban fundadas estrictamente en el sexo, no considerando el embarazo de modo puntual.⁵ Cuando se produjo el debate a propósito de la Constitución de 1979 y la de 1993, se estimó que las ventajas fundadas en la maternidad, eran **las únicas relevantes** y que las ventajas fundadas en el sexo deberían ser abolidas, porque eran incompatibles con el principio de igualdad consagrado en la Constitución. Sin embargo, justamente en materia laboral se admite el principio de igualdad de oportunidades (artículo 26 de la Constitución).

Sin embargo, aún cuando no estuviera presente en el texto constitucional el principio de igualdad en todas sus dimensiones, éstas sí están consagradas en Convenios Internacionales ratificados por el Perú, como veremos más adelante, que estarían complementando a la Constitución en esta materia. Por todo ello, la legislación protectora de la mujer en el trabajo debe atender tanto al principio de igualdad ante la ley como al de igualdad de trato y al de igualdad de oportunidades, que pueden conllevar la adopción de acciones positivas.

Ahora bien, sin duda tanto la igualdad ante la ley como la igualdad de trato no ofrecen mayores problemas teóricos. Distinto es el caso de la igualdad de oportunidades. La dificultad radica en identificar los aspectos relevantes que en el caso de la mujer ameritarían un tratamiento diferenciado.

El problema se presenta más difícil aún, cuando desde el análisis de las pensadoras del movimiento feminista se ha postulado la igualdad entre los sexos. Los postulados del feminismo que surge en la década del 50, conocido como "Feminismo de la Igualdad -que es el que más golpeó las estructuras jurídicas e ideológicas de las décadas pasadas-, asumen que las relaciones o sistemas de género son el resultado de un proceso histórico y de una cons-

trucción social que parecería arbitraria. Sin llegar a explicitar las causas que originan esos sistemas binarios que se repiten consistentemente en todas las sociedades, dichos planteamientos explícitamente pretenden desvirtuar la existencia de una relación causal entre biología, organización socio-económica y sistemas de género⁶

Tres son los principios fundamentales que hay detrás de estas concepciones: a) aparte de las diferencias físicas, hombres y mujeres son iguales. Los niños y las niñas nacen virtualmente con las mismas capacidades para adquirir destrezas e ideas y se desarrollarán idénticamente si son criados de manera idéntica; b) los hombres ocupan posiciones dominantes porque mediante la práctica de criar a los varones con una orientación de destreza y a las mujeres con una orientación humanitaria, se ha perpetuado el mito de que los hombres son más agresivos. Si cesara este estereotipo, el liderazgo estaría equitativamente dividido entre ambos sexos; y c) la verdadera individualidad humana y la realización vendrán sólo cuando las personas se vean a sí mismas como depositarias humanas de talentos y rasgos sin importar el sexo.⁷

La idea del hombre y de la mujer en que implícitamente se basan dichos alegatos es la siguiente: no existe nada inherente en la naturaleza de los seres humanos, que explique porqué un rol o una tarea se adscriban a uno u otro sexo; no hay un orden natural ni motivo alguno por los cuales la autoridad social y dual esté asociada con el hombre ni para que sean ellos los que rijan todas las sociedades. Todo lo que se espera del hombre y de la mujer está determinado culturalmente (entendida la cultura como sistema de valores, códigos de conducta, y conjunto de hábitos y prácticas), y nada tiene que ver con ninguna característica masculina o femenina básica.⁸

No hay nada intrínsecamente contradictorio en semejante hipótesis. El problema radica en que el pensamiento feminista no lo utiliza como hipótesis sino como un dato incuestionablemente cierto, negando la posibilidad de que la anatomía condicione el destino de los seres humanos, lo que no quiere decir que esto implique la inferiorización de un sexo frente al otro.

⁵ Loc. cit.

⁶ YÁÑEZMALAGA, Ana María. ¿Hacia un Derecho Social de la mujer? Riesgos y potencialidades. En: Relaciones de Género. Nuevas pistas para su interpretación. ADEC-ATEC, USAID, Lima, 1996.

⁷ LEVIN, Michael. Hombre y Mujer; hay diferencias. En: "La Revista" N° 5, Julio, Lima, 1981.

⁸ GOLDBERG, Steven. La inevitabilidad del patriarcado. Madrid: Alianza Editorial, 1974.

La literatura actual muestra abundantes evidencias de que las diferencias entre los sexos pre-existen a la conformación de los sistemas sociales, lo que explicaría la universalidad de las diferencias entre hombres y mujeres, independientemente del grado de desarrollo de las distintas sociedades. Es decir desde los países nórdicos, que tienen políticas más igualitarias, hasta los países más pobres del Africa, presentan diferencias importantes en el *status* laboral y social entre hombres y mujeres (menores ingresos de las mujeres con hijos, ocupación sólo en determinadas actividades, menos horas dedicadas al ocio, doble jornada de trabajo, menor calificación para el trabajo, mayores enfermedades ocupacionales, entre otros). Por otro lado estudios neurológicos de los sexos demuestran que las diferencias entre ellos no son sólo fisiológicas sino que se extienden a los campos cognoscitivos y aún comportamentales.⁹ La teoría económica también explica, desde una racionalidad económica y sobre la base de la maternidad y la inversión biológica diferenciada entre hombres y mujeres en la procreación y cuidado de los seres humanos, por qué las mujeres permanecen en sus hogares al cuidado de los hijos y por qué el hombre sale fuera del hogar a trabajar: "Y es que mientras que el hombre completa su contribución biológica a la producción de hijos con la fecundación del óvulo femenino, la mujer controla el resto del proceso reproductivo: ella aloja y alimenta al feto, alumbrando al niño y suele alimentarlo de su propia leche. Por esta razón se siente biológicamente más comprometida con el niño y está dispuesta a gastar más tiempo y energía para asegurarse que su inversión biológica valga la pena".¹⁰

Desde la OIT, abundantes informes dan cuenta de que "no todo lo que es bueno para el hombre es bueno para la mujer" en materia de salud ocupacional. El impacto diferenciado de las condiciones del medio ambiente laboral en hombres y mujeres se evidencia en una serie de enfermedades ocupacionales que padecen las mujeres y que no padecen los hombres y que ameritan un trato diferenciado en el trabajo.

El punto de partida, la hipótesis que se asuma para plasmar una legislación sobre la mujer que trabaja, no son inocuos. Por el contrario son fundamentales para determinar sus contenidos. Si partimos de la igualdad no se amerita un trato diferente. Si partimos de la diferencia, sí se justifica un trato diferente.

Tenemos que las evidencias encontradas, indican que las diferencias van más allá de la maternidad o que la misma se extiende a comportamientos sociales diferenciados, que en los hechos están en la base no sólo de las diferencias sino de la inferiorización de la mujer en los campos laboral y social. Explican también porqué **la mujer constituye un grupo vulnerable**: al ser responsable no sólo de su propia vida sino de la de su prole, invierte más energía en las tareas reproductivas que el varón lo que la puede hacer menos productiva en el trabajo, menos calificada y por lo tanto menos deseable como mano de obra. Entonces podemos afirmar que lo relevante es la maternidad que se extiende más allá del mero hecho biológico de gestar, parir y amamantar. Por consiguiente, una legislación sobre la protección de la mujer debe tomar a ésta como un ser diferente y vulnerable debido principalmente a su función reproductora y que ésa diferencia amerita un trato diferente, promocional por excelencia.

Asumiendo este punto de partida, la Comisión encargada de preparar el Anteproyecto de Ley de la Madre Trabajadora (*), nombrada por el Ministerio de Trabajo propuso al Congreso un texto cuyos lineamientos principales detallamos a continuación.

MARCO LEGAL

La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, tal como lo señala el artículo 1 de la Constitución Política del Perú. Asimismo, prescribe que toda persona tiene derecho a la **igualdad ante la ley** sin que nadie pueda ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole, conforme lo preceptúa el artículo 2, inciso 2 de la Constitución Política del Perú.

Por otro lado, es deber del Estado y de la sociedad proteger a la madre y al niño de conformidad con su artículo 4 y, según su artículo 6, es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos.

Conforme lo disponen los artículos 22 y 23 de la Constitución, el trabajo es un deber y un derecho y constituye base del bienestar social y un medio de realización de la persona, razón por la cual el trabajo

⁹ TRELLES MONTERO, Luis. Las diferencias cerebrales entre los sexos. En: Relaciones de Género. Nuevas pistas para su interpretación. Lima: ADEC-ATC, USAID, 1996.

¹⁰ FERNANDEZ BACA, Jorge. Sexo, Divorcio y Machismos. En torno a Gary Becker, Premio Nobel de economía 1992. En: Revista Apuntes N° 30, primer semestre 1992. Lima: Universidad del Pacífico.

debe ser objeto de atención prioritaria por parte del Estado, el que además debe proteger de manera especial a la madre, al menor y al impedido que trabajan. Finalmente el **artículo 26 señala que en la relación laboral se respetan los siguientes principios: 1. Igualdad de oportunidades sin discriminación.**

Por el lado de la normatividad internacional, el Estado Peruano ha asumido diversos compromisos a través de la ratificación de Tratados, Convenciones y Convenios que buscan la realización plena del ser humano en un marco de igualdad de oportunidades y trato. Entre estos cabe destacar la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), ratificada por el Perú por Resolución Legislativa 13282 del 09 de Diciembre de 1959, que en su artículo 23 establece que toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo, sin discriminación alguna; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas (1966), adoptado y ratificado legislativamente por el Perú mediante Decreto Ley 22128 del 28 de Marzo de 1978, que en su artículo 26 establece que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley, señalando que la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas **protección igual y efectiva** contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social"; los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificados por el Estado Peruano tales como el Convenio 100 (Resolución Legislativa 13284) sobre la "Igualdad de Remuneración de la Mano de Obra Masculina y la Mano de Obra Femenina por un Trabajo de igual Valor" (1959), por el cual todo miembro deberá promover y garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneraciones por un **trabajo de igual valor**; el Convenio 102 (Resolución Legislativa 13284) sobre "Norma Mínima de la Seguridad Social" (1959), por el cual todo miembro se compromete a brindar prestaciones en caso de embarazo, parto y sus consecuencias así como asistencia prenatal; el Convenio 111 (Decreto Ley 17687) sobre "Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación" (1969), por el cual todo miembro se obliga a formular y llevar a cabo una **política nacional** que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, **la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación**, con objeto de eliminar cualquier discrimi-

nación; el Convenio 122 (Resolución Legislativa 16588) relativo a la "Política de Empleo" (1967), por el cual todo Miembro se compromete, con el objeto de estimular el crecimiento y el desarrollo económico, de elevar el nivel de vida, de satisfacer las necesidades de mano de obra y resolver el problema del desempleo y subempleo, a formular y llevar a cabo, como un objetivo de mayor importancia, una política activa destinada a fomentar el pleno empleo, productivo y libremente elegido; el Convenio 156 (Resolución Legislativa 24509) sobre "Trabajadores y Trabajadoras con Responsabilidades Familiares" (1986), de aplicación a los trabajadores y trabajadoras con responsabilidades hacia los hijos a su cargo, cuando tales responsabilidades limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, ratificado por el Perú mediante Decreto Ley 22129 del 28 de Marzo de 1978, que establece en su artículo 7 que los Estados partes reconocen el derecho de toda persona al goce de **condiciones de trabajo equitativas** y satisfactorias que le aseguren, en especial, "un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres" e "igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les responda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad"; que, asimismo, el artículo 10 del referido pacto establece que se debe "conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto (y que) durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social"; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, ratificada por Resolución Legislativa 23432 del 4 de junio de 1982 que entre otras cosas prohíbe en su artículo 11 "bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia por maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil" y "alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con las familias con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños"; **señala en su artículo 4 que los Estados deben adoptar medidas especiales y de carácter temporal -conocidas por la doctrina como medidas de acción positiva- que no se consideran discriminatorias, encaminadas a acelerar**

la igualdad *de facto* entre hombre y mujer, precisando que estas medidas deben cesar cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato; y en su artículo 16 que los Estados Partes adoptarán las medidas para que los padres tengan los "mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos"; y finalmente, la Convención de los Derechos del Niño, ratificada por Resolución Legislativa 25278 del 3 de agosto de 1990, que en su artículo 18 compromete a los Estados Partes a adoptar todas las medidas apropiadas para que "los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños que reúnan las condiciones requeridas".

DIAGNOSTICO SITUACIONAL

El conocimiento de la realidad nacional (a partir de fuentes oficiales como el Censo y las Encuestas de Hogares del Ministerio de Trabajo y Promoción Social) y sobre todo la situación del universo de personas sobre las que recae el contenido de determinada norma jurídica, debe constituir un imperativo para que la legislación cumpla con los objetivos que se propone. En este caso, brindar protección efectiva a la mujer en su condición de madre real o potencial, por cuanto la maternidad constituye un importante rol social como es la reproducción de la fuerza de trabajo y la renovación del capital humano. Ello obliga a crear las condiciones para lograr un sano desarrollo de la gestación de las madres trabajadoras, el real ejercicio de la lactancia materna y para brindar todas aquellas facilidades para que la madre y el padre proporcionen a sus hijos los cuidados y afectos que necesitan para su adecuado desarrollo físico, emocional y moral. Por ello resulta necesario garantizar que no entren en contradicción las responsabilidades familiares y las laborales de las y los trabajadores.

La población femenina peruana alcanza a 11 millones aproximadamente de personas. De ellas un 70% pertenecen al mundo urbano y el resto al mundo rural. En los últimos años la tasa de actividad económica de la mujer ha aumentado significativamente situándose actualmente en un 36.5% a nivel nacional, que implica un total de 2'104,775 mujeres que trabajan o buscan trabajo.

A pesar de la normatividad igualitaria que nos rige, **la mujer de hecho ocupa posiciones inferiores al varón en el mercado de trabajo.** Lo demuestra el diferencial de ingresos que, en el caso de Lima Metropolitana, sitúa a la mujer en un 48.8% con relación a los ingresos del varón; que sólo el 2.6% de mujeres ejercen cargos de patronas y sólo el 1.8%

cargos de gerentes y directivos. Persiste también la segmentación por sexo del mercado de trabajo lo que se evidencia por la concentración de casi el 90% de mujeres que trabajan en sólo 4 ramas de actividad económica: Industria de Bienes de Consumo (12.2%), Comercio (35.9%), Servicios (36.4%) y Servicios del Hogar (12.5%) lo que estaría indicando una discriminación de la mujer de ciertas ramas de la actividad económica.

El 36.9% de mujeres se ubica en el sector informal, situación que coloca a estas mujeres, en la mayoría de los casos, al margen de los beneficios de la legislación laboral y, el 36.9% del total de madres que trabajan lo hacen en forma independiente, generalmente desprotegidas de la legislación laboral y, lo más grave, de la seguridad social, por lo que la maternidad puede quedar desatendida en este importante segmento de madres trabajadoras.

Por otro lado, las relaciones de trabajo conocidas como típicas, van cediendo paso cada vez en mayor proporción a formas de contratación sujetas a modalidad o a plazo fijo, como lo demuestran los 181,819 contratos de este tipo suscritos sólo entre enero y setiembre de 1995 en Lima Metropolitana, lo que también amenaza la permanencia y continuidad en los regímenes de seguridad social y por lo tanto la protección de la maternidad.

Asimismo, en los últimos años se han creado programas de formación laboral juvenil y prácticas pre-profesionales que no tienen la naturaleza de relación de trabajo y cuyos beneficiarios no están amparados por la seguridad social, siendo así que existen 665,554 madres de 24 años o menos, potenciales participantes de estos programas.

Un dato alarmante es que el 23.3% de los hogares en el Perú están bajo la jefatura de una mujer, lo que indica que protegiendo a la mujer se está protegiendo también a un significativo número de familias peruanas.

Existen 1'375,030 de mujeres con hijos que trabajan, que probablemente tienen que recurrir a familiares, incluidos los propios hijos menores, amigos o parientes para que atiendan a sus hijos mientras ellas laboran, dada la insuficiente cobertura de los servicios de cuidado infantil, lo que suele generar tensiones que repercuten en su vida doméstica y familiar, según dan cuenta diversos estudios.

La situación descrita muestra un panorama laboral que obliga a las legislaciones modernas a romper los márgenes en los cuales tradicionalmente se ha movido el Derecho del Trabajo, esto es, la protección de

los asalariados con contrato típico de trabajo, para ir en busca de todas aquellas personas que mantienen relaciones de trabajo atípicas, que son independientes o que teniendo relaciones contractuales con empresas no mantienen una relación jurídica de naturaleza laboral.

Finalmente, dado el triple rol que cumple la mujer en la sociedad (atención del hogar, actividad laboral y tareas comunitarias) y teniendo en cuenta las legislaciones modernas, es necesario promover cada vez más la participación del padre en las tareas del hogar y en el cuidado y atención de la familia, a fin de evitar o reducir la doble y hasta triple jornada de trabajo de la mujer peruana.

LINEAMIENTOS PARA UNA LEY DE PROTECCION DE TRABAJADORES/AS CONRESPONSABILIDADES FAMILIARES

a) Cobertura de la Ley

En el espíritu de amparar a la mayor cantidad de mujeres en su condición de madres o de potenciales madres, la ley debe proteger en primer término a las trabajadoras dependientes de la actividad privada, a las trabajadoras a domicilio y las del sector público -generalmente las que mayor protección han recibido de la legislación laboral-, a las independientes en lo que les fuere aplicable por la naturaleza del ejercicio de su actividad laboral y a las jóvenes en programas de formación laboral juvenil, extendiendo la protección para los efectos de la maternidad a las trabajadoras al Servicio del Hogar.

La ley debe extender al padre, en lo aplicable, la protección y beneficios que brinda a la madre trabajadora, en tanto sujeto con responsabilidades familiares. La normatividad internacional suscrita por el Perú y el Código Civil señala que los padres también son responsables del cuidado de los hijos y de la atención a la familia. En virtud de ello el Estado Peruano está obligado a promover la participación de los padres en las tareas reproductivas.

b) Protección de la maternidad

En primer término es importante señalar que la protección de la maternidad está indisolublemente ligada al Sistema de Seguridad Social por lo que es necesario introducir algunas modificaciones en la normatividad que rige dicho Sistema a fin de ampliar la cobertura de protección, no sólo a las madres asalariadas, sino también a las independientes, a las desempleadas y a las mujeres con Convenios de

Formación Laboral Juvenil o Prácticas Pre-profesionales, sin alterar la naturaleza de su relación jurídica.

En segundo lugar es importante destacar que algunas normas nacionales están en contradicción con algunos convenios internacionales ratificados por el Perú. Tal es el caso del despido nulo que sólo protege a la mujer tres meses antes y tres meses después del parto, debiendo extenderse la protección a todo el período de gestación y aún de lactancia, de conformidad con el Convenio de Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

Para brindar una adecuada protección de la maternidad, se debe reconocer explícitamente el derecho a licencia remunerada por 90 días respetando las recomendaciones internacionales de reservar un mínimo de 45 días para después del parto, pudiendo ampliarse la licencia en caso de parto múltiple -por el mayor desgaste físico que esto implica-, con cargo al Régimen de Prestaciones de Salud del Instituto Peruano de Seguridad Social. Esto ya ha sido legalizado mediante la Ley 26644 del 27 de junio de 1996. Se debe reconocer derechos análogos a la madre adoptante.

Tanto la madre biológica como la adoptante deben tener el derecho de acumular su licencia maternal con su período vacacional, siempre y cuando hayan cumplido los requisitos necesarios para hacer uso de este derecho (cumplir el récord vacacional), para facilitar a la madre un contacto y relación de mayor duración con el hijo recién nacido o recién adoptado, garantizando al niño una presencia efectiva y a tiempo completo de su madre por un período de prácticamente cuatro meses consecutivos, que es la etapa más importante del desarrollo físico y emocional del niño.

Para casos especiales de aborto no deseado o muerte del recién nacido, también debe concederse una licencia prudencial a la madre gestante, pues según recomendaciones médicas requiere de este plazo prudencial para su recuperación física y emocional.

Tanto el padre biológico como el adoptante, debe gozar de algunos beneficios tales como un permiso mínimo de 24 horas para asistir a la madre en el parto o en el alta después del parto, licencia en caso de muerte de la madre hasta completar el período que hubiera correspondido a la misma y vacaciones coincidentes con el parto de la madre, pero estableciendo mecanismos estrictos para que éste derecho sea efectivamente un medio de involucrar al padre

en la tarea de atención del hijo y de apoyo a la madre, y no una licencia más para el trabajador.

Dado el alto número de mujeres potencialmente madres que pueden participar en Programas de Formación Laboral Juvenil o de Prácticas Pre-profesionales, se debe incluir en la obligación de la empresa de contratar un seguro privado, el riesgo de maternidad (además de los riesgos de accidente y enfermedad ya previstos) o, alternativamente, inscribir a la joven o practicante en la Seguridad Social sin que ello genere relación laboral.

Por otro lado, estando prohibido por la normatividad internacional ratificada por el Estado Peruano el despido de la mujer gestante o lactante, se debe extender la prohibición de despido, bajo sanción de nulidad, a todo el periodo de embarazo y lactancia, modificando para este efecto la Ley de Fomento del Empleo que sólo brinda protección tres meses antes y tres meses después del parto.

Para el caso de trabajadoras que se hayan quedado sin empleo por vencimiento de su contrato de trabajo, despido o cese colectivo se puede crear por excepción un Régimen Especial por Maternidad con una reducción de la tasa de aportación (por ejemplo del 50%) a cargo de la trabajadora. Esto último lo justifica el hecho de que la madre gestante se encuentra sin actividad generadora de ingresos. Este beneficio debe concederse aún cuando la trabajadora haya perdido el empleo por su falta, es decir independientemente de criterios vinculados a la conducta de la madre, por cuanto el interés superior protegido es la función de la maternidad y no el derecho al trabajo de la madre.

Para inducir a los empleadores, particularmente aquellos que se ubican en el sector no estructurado de la economía o sector informal, a cumplir con el debido registro de sus trabajadoras en la Seguridad Social, se debe introducir sanciones como abonar con sus propios recursos los beneficios económicos por maternidad y lactancia.

c) Lactancia y servicios de cuidado infantil

Si bien el término "lactancia" tiene como primera acepción la acción de amamantar, que haría suponer que la ley lo que debe proteger es a aquellas madres que fisiológicamente cumplen con dar de lactar a sus hijos, no es menos cierto que el término amamantar tiene como sinónimos "criar, nutrir, alimentar", por lo que debe legislarse la protección de este derecho en su forma más amplia, ya que responde al sentido de protección que la ley desea

dar tanto a la madre como al niño que en su primera edad requiere de una atención prioritaria.

Sin embargo, el amamantamiento del niño durante la jornada de trabajo de la madre está indisolublemente ligado a la existencia de servicios de cuidado infantil en el centro de trabajo o cercanos a él, que permitan a la madre un traslado rápido para cumplir con esta función sin afectar significativamente su dedicación al trabajo. Sin embargo, en el país todavía no existe una cobertura adecuada y suficiente de servicios de cuidado infantil que permitan a la madre trabajadora cumplir adecuadamente con esta función. Por ello, es prioritario el impulso que el Estado debe brindar a través de sus órganos competentes y los Gobiernos Locales y Regionales para la extensión de éstos servicios (por ejemplo los wawa wasi), así como alentar a las empresas y a particulares para que los establezcan, mediante algún tipo de incentivos.

En los casos que existan servicios de cuidado infantil en el centro de trabajo o cercanos a él, el empleador debe conceder dos permisos razonables para la lactancia del niño. Alternativamente, para las madres que no pueden dar de lactar a sus hijos durante la jornada de trabajo por carecer de servicio de cuidado infantil en el centro de trabajo o cercano a él, se puede conceder a la madre trabajadora la reducción de su jornada de trabajo en una hora diaria para que pueda permanecer más tiempo con su hijo durante su primer año de vida.

Para brindar una ayuda económica a la madre para subsidiar los servicios se puede crear una Bonificación Especial Temporal por cuidado infantil equivalente al 9% de su remuneración con un tope del 10% de la UIT, durante el primer año de vida del niño, con cargo a la aportación que realiza el Empleador al FONAVI correspondiente a la madre trabajadora. El fundamento es que el FONAVI, con cuyos recursos se podría desarrollar la infraestructura necesaria para el desarrollo de los servicios de cuidado infantil, sirva para que vía la trabajadora, se subsidién estos servicios tendiendo a su expansión.

d) Condiciones de Trabajo

A fin de preservar la salud de la madre gestante, del concebido y de una lactancia sana se debe prever una prohibición relativa del trabajo nocturno, permitiendo, por pacto, levantar la prohibición a condición de que no ponga en riesgo la salud de la madre ni del que está por nacer. Del mismo modo se debe facilitar a la madre el cambio de

puesto de trabajo si está expuesta a situaciones de riesgo y peligro que no se puedan conjurar con medidas o instrumentos de protección y establecer el derecho de la madre a eximirse de trabajar horas extras sin menoscabo de su récord para efectos de ascensos o promociones.

Finalmente, existen convenios de la Organización Internacional del Trabajo relativos al trabajo nocturno (N°s 4 y 41), que sin embargo han caído en desuso debido a las condiciones del mercado de trabajo y porque implican la pérdida aproximada de 50,000 puestos de trabajo para la mujer según un Estudio realizado por el Ministerio de Trabajo y la Unicef, o el convenio relativo a la prohibición de trabajo en subterráneos (45) que es inoperante por razones de índole ideológica como los mitos existentes sobre la presencia de mujeres en las minas; es conveniente denunciar dichos convenios pues de hecho configuran una obligación jurídica del Estado, aún cuando hayan devenido inoperantes o en la vida cotidiana no tengan mayor incidencia.

e) Normas Antidiscriminatorias

Las legislaciones modernas cada vez ponen más énfasis en dictar normas antidiscriminatorias, tendientes a garantizar la igualdad de trato, de oportunidades y de ingresos. Sin embargo, puede ocurrir que el sexo del trabajador sea determinante para la contratación de una persona para ocupar un puesto de trabajo, como el caso de actores o modelos. Estas distinciones no deben considerarse discriminatorias.

Se debe prohibir la presentación de certificados médicos que acrediten el estado de gestación para evitar que se excluya de oportunidades de empleo a madres gestantes; no condicionar el ingreso al empleo a que la madre tenga un número determinado de hijos o que se esterilice y, finalmente, prohibir una práctica muy extendida en el país de precalificar el sexo del trabajador que aspira a un puesto de trabajo, que se expresa por medio de la colocación de anuncios, en los que sin fundamento alguno se señala la preferencia del sexo del trabajador, constituyendo esta situación el primer eslabón de la cadena de discriminaciones en el empleo.

f) Acciones positivas

Pese a la igualdad jurídico-formal hombres y mujeres no han alcanzado aún la igualdad real, por lo que es indispensable potenciar a la mujer, como grupo vulnerable de la sociedad, a través de medidas de acción positiva que aceleren el proceso de igualdad real. Teniendo en cuenta además que las mujeres

constituyen un grupo vulnerable en la sociedad por ser las principales responsables de la función reproductora, y en tanto esta función no pueda ser compartida por el entorno familiar y la sociedad y revertida la vulnerabilidad, se deben prever algunas acciones positivas para reforzar la capacidad de la mujer de hacer efectivo el ejercicio de sus derechos, comprometiéndose al Estado y a los agentes sociales a impulsar este tipo de medidas para lograr la participación de la mujer en igualdad de condiciones en el mercado de trabajo.

Para garantizar y promover las condiciones para que los trabajadores con responsabilidades familiares puedan defender sus derechos se debe revertir la carga de la prueba en los casos de despido nulo o de hostigamiento sexual (en el caso del despido arbitrario la carga está puesta en el empleador. En el despido nulo y en el hostigamiento sexual en el trabajador).

Siendo el Estado un promotor esencial de la defensa de los derechos de los trabajadores, se debe instar al Ministerio de Trabajo a que coloque personal especializado en la problemática de las trabajadoras en sus servicios de colocación, orientación, asesoramiento y defensa.

g) Promoción de la capacitación y servicios para trabajadores con responsabilidades familiares

Para promover la capacitación de los trabajadores con responsabilidades familiares, las que muchas veces se constituyen en verdaderas cargas que limitan la actualización técnica o profesional de los mismos, se ha de prever programas especiales de capacitación y calificación, por ejemplo a cargo del SENATI o instituciones similares.

CONSIDERACION FINAL

En primer lugar se debe ser conciente que la maternidad tiene un costo y que éste debe ser asumido por alguien. Hasta ahora este costo, tanto económico como de oportunidad, lo asume principalmente la madre y el sistema de seguridad social cuya cobertura es limitada.

La protección de la maternidad va a tener de hecho un impacto económico. Sin embargo, los efectos de estas medidas no debe medirse sólo en términos de gasto sino de inversión en el capital humano necesario para hacer frente a los retos que plantea la modernización de los sistemas de producción. Se debe tener en cuenta también que muchas de las medidas de protección no son de mayor significación cuantitativa, pues se aplican sólo a situaciones

excepcionales o extraordinarias como adopción, aborto no deseado, fallecimiento de la madre, permiso para el padre entre otras.

Más significativo es el costo de oportunidad, pues los beneficios que se deben otorgar a la madre trabajadora de hecho encarecerán su mano de obra (tanto por las licencias, permisos, etc.) y por consiguiente la harán menos deseable en el mercado de trabajo. Ahí es donde el Estado debe actuar desarrollando políticas tendientes a revalorar la maternidad como función social. Esto es difícil de asumir en el marco de un Estado Liberal y de una economía de libre mercado, en la que cada ser humano vale por lo que produce. Sin embargo, si no se realiza un cambio de perspectiva o paradigma respecto de la función reproductora y de su importancia social, continuará el empobrecimiento y el

deterioro del capital humano, indispensable para afrontar los retos de competitividad y productividad que un mundo globalizado reclama. El propio Banco Mundial asegura que elevar los niveles de vida de las mujeres contribuye decisivamente a la mejora de las condiciones de la familia. Por ejemplo el grado de instrucción de la madre tiene un mayor impacto en la crianza de los hijos que el del padre.

Alcanzar la meta de la igualdad entre los seres humanos requiere de un esfuerzo concertado del Estado, la sociedad civil, en particular del sector empresarial y laboral, y de los propios interesados, todo lo cual se pretende lograr a través de un marco jurídico protector y promotor de los trabajadores con responsabilidades familiares, en particular de la madre trabajadora.

BIBLIOGRAFIA

FERNANDEZ BACA, Jorge. "Sexo, Divorcio y Machismos. En torno a Gary Becker, Premio Nobel de Economía 1992", Revista Apuntes N° 30, Primer Semestre 1992, Universidad del Pacífico, Lima, Perú.

GOLDBERG, Steven. "La inevitabilidad del patriarcado", Alianza Editorial, 1974, Madrid, España.

LEVIN, Michael. "Hombre y Mujer; Hay diferencias", La Revista N° 5, Julio 1981, Lima, Perú.

NEVES MUJICA, Javier. Comentarios de Panelista, en "Relaciones de Género. Nuevas Pistas para su interpretación", ADEC-ATC, USAID, 1996, Lima, Perú.

SALAZAR LARRAIN, Arturo. Fotocopia "Para un marco conceptual de la mujer". Comisión de la Mujer del Congreso de la República, Lima, 5 de setiembre de 1996.

TRELLES MONTERO, Luis. "Las diferencias cerebrales entre los sexos". En "Relaciones de Género. Nuevas pistas para su interpretación", ADEC-ATC, USAID, 1996, Lima, Perú.

YAÑEZ MALAGA, Ana María. "¿Hacia un Derecho Social de la Mujer? Riesgos y Potencialidades". En "Relaciones de Género. Nuevas Pistas para su interpretación", ADEC-ATC, USAID, 1996, Lima, Perú.

