

# DISCRIMINACIÓN EN LA REGULACIÓN PERUANA DEL DESCANSO POR MATERNIDAD Y PATERNIDAD

## *DISCRIMINATION IN THE PERUVIAN REGULATION OF MATERNAL AND PATERNAL LEAVE*

Daniel Ulloa Millares\*

Pontificia Universidad Católica del Perú  
Prelle & Ulloa

*Labor laws have always sought to protect women, especially when they are mothers. Regardless, the majority of these rules originate in a paternalistic supposition and without gender perspective, maintaining a stereotyped image of the woman in her role as a mother, without the correction of the inadequate situation in which they live.*

*This article seeks to present a juridical opinion about current normative situation, the recent corrections and the existing problems, accompanied by proposals of possible solutions.*

**KEY WORDS:** *discrimination; maternity leave; paternity leave; paid rest; gender gap.*

*Las normas laborales siempre buscaron proteger a las mujeres, en especial cuando también son madres. Empero, la mayoría de esas normas parten de un supuesto paternalista y sin perspectiva de género, manteniendo una imagen estereotipada de la mujer en su rol de madre, sin que puedan corregir la inadecuada situación que viven.*

*El presente trabajo busca presentar una opinión jurídica sobre la situación normativa vigente, las recientes correcciones, los problemas existentes y algunas propuestas de soluciones.*

**PALABRAS CLAVE:** *discriminación; licencia por maternidad; licencia por paternidad; descanso remunerado; brecha de género.*

\* Abogado. Doctor en Derecho y Master Interuniversitario en Empleo, Relaciones Laborales y Diálogo Social en Europa por la Universidad de Castilla-La Mancha. Expresidente de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y Seguridad Social (SPDTSS). Profesor de Derecho Laboral en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Director de la Maestría de Relaciones Laborales de la misma universidad. Socio de Prelle & Ulloa. Contacto: [dulloa@pyu.pe](mailto:dulloa@pyu.pe).

## I. INTRODUCCIÓN: LA PROTECCIÓN DISCRIMINATORIA EN LA REGULACIÓN PERUANA LABORAL VINCULADA A LA MATERNIDAD

El derecho del trabajo que actualmente rige en el Perú se diferencia del derecho civil porque así se lo exigió la realidad en el país –siglos atrás– al presentarle la necesidad de solucionar la denominada cuestión social<sup>1</sup>. Se llegó a considerar como supuesto principal la diferente posición contractual de los involucrados y la consiguiente búsqueda de la protección de una de las partes, el trabajador, “para lograr, mediante esa protección, que se alcance una igualdad sustantiva y real entre las partes” (Pla Rodríguez, 2015, p. 73). Es por ello que el principio que inspira o que define a este ordenamiento normativo y que nunca debería dejarse de lado es el principio protector, esto es, la tutela del contratante débil que presupone un sistema de protección (Ledesma Iturbide, 2017, p. 58).

Como parte de esta protección se tuteló, casi de inmediato, la situación laboral de los menores de edad y de las mujeres. Así, sin perjuicio de los avances que cada país realizaría en su legislación, la naciente normativa internacional laboral del siglo pasado consideró esencial limitar la jornada de estos colectivos<sup>2</sup> a la vez que les prohibió realizar ciertas actividades, ordenando impedir, por ejemplo, que las mujeres puedan trabajar un horario nocturno desde las 10 p.m. hasta las 5 a.m.<sup>3</sup> o en trabajos subterráneos de las minas<sup>4</sup>. Esto, que hoy nos parece cuestionable por ser considerado discriminatorio, fue debidamente aprobado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en algunos de sus convenios, contando con el respectivo voto de sus países miembros en las conferencias. Como es lógico entender, actualmente dichos preceptos han sido anulados o restringidos<sup>5</sup>, lo cual acredita que un mismo supuesto puede ser revisado y modificado al ser analizado de manera diferente según el contexto y las características sociales o culturales vigentes.

La maternidad fue otro tema que, evidentemente, generó la atención de la normativa laboral de la OIT y que ha sido objeto de tres convenios, los números 3, de 1919; 103, de 1952; y 183, de 2000, y dos recomendaciones, las número 95, de 1952, y 191, de 2000. El convenio 183, que fue recientemente ratificado por Perú<sup>6</sup>, tuvo como primer efecto ampliar el número de días de descanso a 98 días (14 semanas) dado que el beneficio había sido establecido localmente en 90 días.

Al respecto, en este trabajo se busca cuestionar parte de la actual regulación laboral vinculada a la maternidad y a la custodia de hijos, no por los objetivos que pretende conseguir, con los cuales estamos evidentemente de acuerdo, sino por la forma en que están redactados. Esto debido a que ello supone caer en varias formas de discriminación que influyen, de manera relevante, en la brecha salarial y en la participación en el trabajo de las mujeres (Saez Lara, 2019, p. 9-10). Esto es, consideramos que las normas que buscan proteger a la mujer por el solo hecho de ser madre resultan discriminatorias cuando lo que se debe proteger es su faceta, hasta ahora exclusiva, maternal (Vega Ruiz, 2019, p. 10) y, adicionalmente, tutelar al nuevo ser (la protección fetal).

## II. LAS NORMAS VIGENTES EN RELACIÓN A LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD

Para poder entender la crítica debemos recordar los aspectos protegidos a las madres en el ordenamiento peruano del régimen laboral privado vigentes a junio de 2019<sup>7</sup>:

- a) Atención prioritaria del Estado y protección especial, recogidas por el artículo 23 de la Constitución Política del Perú de 1993.
- b) Licencia por maternidad: Ley 26644 modificada en las leyes 27606, 29992, 30367 y 30792, tiempo retribuido con subsidio según

<sup>1</sup> Al respecto es muy ilustrativa la forma en la que se describe esta problemática y su contexto histórico, en mayo de 1891, la encíclica *Rerum Novarum*, de León XIII.

<sup>2</sup> Convenio OIT 1 (1919), en vigor internacional desde el 13 de junio de 1921 y ratificado por Perú el 8 de noviembre de 1945.

<sup>3</sup> Convenio OIT 4 (1919), en vigor internacional desde el 13 de junio de 1921 y ratificado por Perú el 8 de noviembre de 1945 y Convenio OIT 41 (1934), en vigor internacional desde el 22 de noviembre de 1936 y ratificado por Perú el 8 de noviembre de 1945. Inicialmente denunciados por Perú, la conferencia internacional del trabajo derogó estos convenios en 2017.

<sup>4</sup> Convenio OIT 45 (1935) en vigor internacional desde el 30 de mayo de 1937, ratificado por Perú el 8 de noviembre de 1945 pero sin vigencia en el país por la denuncia realizada el 9 de junio de 1997.

<sup>5</sup> La lista completa de los convenios de la OIT se puede consultar en Organización Internacional de Trabajo (s.f.). Ratificaciones por convenio.

<sup>6</sup> Aprobado por Resolución Legislativa 30312 del 21 de marzo de 2015 y ratificado por D.S. 12-2016-RE del 23 de febrero de 2016. Entró en vigencia el 9 de mayo de 2017.

<sup>7</sup> Fecha referencial utilizada por el autor.

la Ley 26790 y computable para el pago de utilidades según la Ley 30792.

- c) Imposibilidad de discriminar a gestantes en postulación, recogido en la Ley 26772 y sus modificaciones.
- d) Nulidad de despido según el artículo 29 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, texto aprobado por el Decreto Supremo 3-97-TR.
- e) Tiempo para lactancia, establecido en la Ley 27240, relacionado con el tiempo retribuido con el subsidio según la Ley 26790.
- f) Licencia por adopción de menores hasta los 12 años, recogida en la Ley 27409.
- g) Protección especial: Ley 28048 y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo 9-2004-TR.
- h) Cuidados especiales en caso de labores peligrosas, presentado en el artículo 66 de la Ley 29783.
- i) Uso de lactarios en el centro de trabajo, reconocido en la Ley 29896.
- j) Imposibilidad de solicitar a postulantes información sobre estado de gravidez, recogida en la Ley 30709 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 2-2018-TR.

Estas normas no merecerían objeción alguna en caso cumplieran debidamente con su objetivo de proteger a la mujer que, siendo postulante o trabajadora, va camino a ser madre, evitando así que por dicho motivo sea discriminada o perjudicada<sup>8</sup>. Dichas normas muchas veces también suponen proteger al concebido y, en menores casos, al padre. Sin embargo, todas las normas parten del supuesto de que los hijos solamente puedan ser producto de una relación heterosexual<sup>9</sup> y que quien tiene que cuidarlos es la mujer, contradiciendo una visión más progresiva de la familia moderna<sup>10</sup> (Molero Suárez, 2009).

Con la posición vigente de la norma peruana, se perjudica, finalmente, a quien en teoría se busca proteger, lo cual resulta una consecuencia lógica si reparamos que el Derecho del Trabajo ha tenido, desde sus inicios, un claro sesgo de género (Casas, 1998). Como señala Morón (2019), las mujeres no solo ocupan trabajos menos remunerados, sino que también sucede que el trabajo feminizado tiende a valorarse menos y es objeto de peores retribuciones. Lo anterior, continúa, entroncando directamente con la pervivencia del patrón patriarcal industrial clásico que otorga al hombre trabajador el papel central de suministrador de rentas a la familia, dejando a la mujer trabajadora un papel auxiliar o complementario, en pocas palabras, de guardiana de la familia.

En efecto, varios estudios demuestran que en el Perú las mujeres dedican más horas a actividades no remuneradas (Mimdes, 2011) y que perciben menos que los hombres<sup>11</sup>, manteniéndose la brecha de género a pesar de las mejoras que han podido darse por las situaciones actuales, fomentando de esta forma una situación normativa y cultural que no muestra indicios de seguir un camino progresivo hacia un cambio necesario respecto de las diferencias remunerativas<sup>12</sup>. Una de las razones que sustenta lo anterior es la corresponsabilidad familiar: a mayor número de hijos aumenta el tiempo dedicado por las mujeres a las actividades domésticas no remuneradas, mientras que para los hombres este tiempo permanece esencialmente inalterado (Mimdes, 2011). Esta diferencia se ve aún más frustrada por el otorgamiento de licencias de diferente duración a miembros de la misma familia ante la llegada de un hijo ya que, es un elemento que constituye barreras a la realización de la igualdad de género.

Sin embargo, igualar los permisos de paternidad pareciera que tampoco es decisivo, al igual que la discriminación positiva y la utilización de las cuotas. En ese sentido, en una entrevista realizada en junio de 2019 por el diario El País, la economista y profesora de la universidad de Harvard Claudia Goldin, pionera en el análisis económico de la brecha de género, afirmó que la raíz del problema es el mayor presentismo de los hombres en las em-

<sup>8</sup> Tema de lamentable actualidad tal como puede leerse en una noticia que involucra a la empresa Nike, que rebajaría los pagos acordados con sus atletas cuando ellas deciden ser madres. Ver a Monge, Y. (25 de mayo de 2019).

<sup>9</sup> No nos referimos al hecho biológico sino al posterior cuidado del nuevo ser.

<sup>10</sup> Cabe destacar que Perú ratificó en 1986 el convenio OIT 156, sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, el cual busca la conciliación entre trabajo y familia, cuestiona el papel tradicional de los hombres y defiende su derecho al cuidado de niños y mayores.

<sup>11</sup> Ver a Vinces, E. (19 de abril de 2018).

<sup>12</sup> Según el Informe Global sobre la Brecha de Género 2018 elaborado por el Foro Económico Mundial, la brecha global de género tardará más de 200 años en cerrarse. Ver a BBC News (22 de diciembre de 2018).

presas, su mayor disponibilidad y que estos no le expresan a las empresas la necesidad de pasar más tiempo con sus hijos o que los mismos centros de trabajo cuenten con guarderías de atención continua (Maqueda, 2019).

Tal como lo revela el INEI, la tasa de participación en la fuerza de trabajo al año 2017 en Perú era de 65% para las mujeres y de 82.6% para los hombres en personas de 15 años o más, lo cual podría explicarse en que las mujeres se dedican al trabajo o las ocupaciones no remuneradas. Como consecuencia de esto, la presencia de las mujeres en las empresas y centros laborales remunerados no se hace notar, lo que contribuye a un mayor desbalance entre los otorgamientos de licencia por temas de maternidad o paternidad. Es decir, se fomenta un ambiente mayormente masculino, donde la presencia de la mujer se vuelve disponible, a diferencia de la presencia de los hombres que constituyen la mayor parte de la fuerza laboral de las empresas.

Sin perjuicio de que estamos ante un tema social, cultural y no solamente legal, a continuación, presentaremos algunos ejemplos de las discriminaciones normativas que se encuentran vigentes en nuestro ordenamiento y que parecieran no corregir esta cuestionable situación, haciendo hincapié en el descanso por gestación.

#### A. Los problemas de la inadecuada regulación del descanso por gestación

Hasta hace pocos años el nacimiento de un niño solamente permitía días de descanso a la trabajadora gestante y no contemplaba al padre. Cuando la Ley 26644<sup>13</sup> reincorporó este importante derecho a nuestra legislación, pues hubo un vacío normativo entre 1995 y 1996, tampoco se reconoció algún beneficio al padre. Fue recién mediante la Ley 29409, vigente desde el 21 de setiembre de 2009, que se crea la licencia por paternidad<sup>14</sup>, otorgando inicialmente un descanso de 4 días hábiles consecutivos al padre luego del nacimiento del niño. Esta modificación supuso un leve cambio en las políticas de conciliación de la vida familiar y laboral al buscar que el padre también se involucre en las labores de cuidado (Molero Suárez, 2009, p. 225), pues este derecho tiene como propósito según la norma citada “promover y fortalecer el desarrollo de la familia”.

De esta manera, a partir de 2009 la legislación otorgaba a la mujer de manera general 90 días de descanso por alumbramiento y al cónyuge o conviviente 4 días laborables como licencia por paternidad. Este esquema evidentemente desproporcionado no consideraba que luego del alumbramiento ambos padres están en capacidad de encargarse del cuidado del menor ni prevé tampoco los numerosos supuestos que podían darse como consecuencia de un embarazo (pérdida del concebido, fallecimiento luego del nacimiento, nacimiento con discapacidad, nacimientos múltiples, por mencionar algunos) en los cuales se necesitaría apoyo del cónyuge o conviviente por un plazo más extenso que los 4 días otorgados por razón de licencia. En otras palabras, se confunden situaciones diversas previas al nacimiento con la existencia del nuevo ser y con el rol que se busca cumplan los nuevos padres hacia el hijo y dentro de la dinámica de la pareja y el hogar.

Sin considerar el aumento de 8 días del descanso materno como consecuencia de la ratificación del Convenio de la OIT 183, es recién con la Ley 30807, publicada el 5 de julio de 2018, que se amplía en algo la licencia por paternidad (de 4 hábiles se pasa a 10 días pero calendarios) y se regulan algunos supuestos a favor del padre que merecen atención, a saber:

- a) En casos de nacimientos prematuros o partos múltiples, el descanso del padre pasa a ser de 20 días calendario.
- b) Si se dan nacimientos con enfermedad congénita terminal o discapacidad severa o se generan complicaciones graves en la salud de la madre, el descanso del padre será de 30 días calendario.
- c) Si la madre fallece durante el parto o durante su licencia por maternidad, el padre será beneficiario de dicha licencia y con goce de haber, de manera que se producirá una acumulación de licencias.

Un aspecto positivo de la nueva regulación es que tanto la madre como el padre pueden usar las vacaciones pendientes de goce luego de terminada su licencia y el empleador no puede negarse ante este pedido; es decir, el riesgo de la ausencia lo

<sup>13</sup> El descanso por maternidad fue uno de los primeros derechos reconocidos en Perú. Fue establecido en la Ley 2851, en 1918, y prohibía el trabajo de las mujeres durante los 20 días anteriores y los 60 días posteriores al alumbramiento. Esos días se pagaban a razón del 60% del salario. Este derecho estuvo vigente hasta 1995, en que fue derogado por Ley 26513 y reapareció mediante Ley 26644.

<sup>14</sup> Mas que un permiso por paternidad la Ley 29409 estableció claramente un permiso por nacimiento de hijo, tal como lo afirma Molero.

asume el empleador. Este supuesto presenta la inusual preferencia por la decisión del trabajador antes que su sometimiento al poder de dirección (recordemos que legalmente, respecto de la oportunidad del descanso vacacional, la posición del empleador prevalece en **ejercicio de su poder de dirección**) producida en este caso por un interés superior: el del niño o el de la nueva familia.

En vista a esto, recién con la Ley 30807 se intenta incorporar al trabajador que se convierte en padre a un rol con responsabilidades familiares generadas por la llegada de un nuevo ser (papel que las normas peruanas previas solamente otorgaban a la madre trabajadora). Pero esto se hace, en nuestra opinión, con varias deficiencias, porque:

- a) El número de días de descanso sigue siendo diferente. En efecto, quitando la posible dificultad de la gestación (y decimos posible pues el nivel de dificultad es cambiante entre cada madre), debería ser derecho de ambos padres el decidir quién va a destinar el tiempo de la licencia para el cuidado del niño. En otras palabras, el descanso debe pertenecer inicialmente a la madre por razón de que ella es la que lleva biológicamente la concepción, pero que –por decisión suya– parte de este descanso pueda ser transferido a su pareja u otro individuo de apoyo. Por ejemplo, puede ser que la madre tenga una mayor remuneración mensual que el padre y por esto a ambos les conviene que ella retorne rápidamente a laborar para evitar ganar un subsidio que se calcula en base a promedios y así siga percibiendo su remuneración, situación que se agrava si la remuneración de la madre incluye montos variables (que no se pueden generar mientras descansa). Problemáticamente, en el Perú esta situación no se presenta como una opción, dejando de lado la facultad de los padres de poder escoger la dinámica y el desarrollo de la familia.

Situación aparte ocurre cuando la madre es soltera, el padre no está presente o es un familiar o una nueva pareja quien apoyará en las labores familiares. Esta nueva pareja que no posee un vínculo sanguíneo con el hijo o la hija no tiene derecho a licencia alguna, situación que variaría si la madre pudiera disponer de la licencia legal o al menos parte de ella.

- b) El pago de la licencia es diferente: mientras que para la madre el costo es asumido por

la seguridad social mediante subsidio, el del padre lo asume el empleador. Por ello se podría generar efectos no deseados, siendo el caso emblemático el de la muerte de la madre, en el que el subsidio desaparece y es el empleador quien debe asumir el pago de los días adicionales del padre. Asimismo, la cuantía del subsidio es siempre menor que la remuneración, como se indicó anteriormente.

- c) El reconocimiento como días trabajados para efectos de utilidades solamente considera a la licencia por maternidad. Recordemos que, en el Perú, la norma que regula el derecho a la participación en las utilidades prevé como días computables solamente aquellos días en los que el trabajador laboró real y efectivamente. Por lo tanto, ninguna licencia (salvo la sindical) es considerada para el cálculo de este beneficio. Si una mujer usaba la licencia por maternidad perdía 98 días para el cálculo de este beneficio. Es recién con la Ley 30792 que estos días también se consideran computables; sin embargo, nada se dice de los días de la licencia por paternidad o por adopción. En ese sentido, se puede identificar otra discriminación normativa existente pues el afán de cuidar a la madre impide ver que también el padre tiene un rol en el cuidado de la familia.

En España, por ejemplo, tal como lo explica Blázquez (2019), la suspensión del contrato por maternidad es de 16 semanas, de las cuales 6 son para la mujer y las demás, que buscan el cuidado del menor, podían ser cedidas al padre, aunque con un límite de 5 semanas. Pero, en virtud de un reciente cambio legal (Real Decreto Ley 6/2019 de 1 de marzo)<sup>15</sup>, el permiso de paternidad se ampliará de manera progresiva, subiendo a 8 semanas en este año, a 12 semanas en el 2020 y a partir de 2021 se reconocerá una prestación intransferible de 16 semanas pagadas para cada progenitor, con un adicional de 2 semanas en caso de parto, adopción o acogimiento múltiple o cuando el menor sufra una discapacidad. De las 16 semanas, 6 son de disfrute obligatorio para ambos padres luego de producido el parto y el resto se utilizará como lo estimen conveniente dentro del primer año de vida del menor, ya sea continuo o interrumpido. Lo que se busca con esto es la presencia de los hombres en los cuidados de la familia y que la maternidad no perjudique a las mujeres en su vida o su carrera profesional.

<sup>15</sup> La descripción del cambio normativo también se puede revisar en la noticia publicada por Gómez, M.V.; Álvarez, P.; y C. Jan (02 de marzo de 2019).

Como hemos visto, la norma peruana recién ha iniciado el camino de compartir las responsabilidades familiares a pesar de que un nacimiento sin complicaciones solamente generaría, como hemos visto, un descanso al padre de 10 días calendario, esto es, 8 días hábiles en el mejor de los casos. Entiéndase que este plazo se considera insuficiente en vista de las exigencias que recaen sobre los padres nuevos. Sin perjuicio de lo indicado, existen otros supuestos vinculados al cuidado familiar que no están regulados en las normas y que merecen un pronto estudio y consideración.

#### B. Supuestos no previstos en las normas generadores de discriminación

Sin perjuicio del importante, aunque limitado avance normativo reseñado en la sección anterior, quedan otras situaciones discutibles que permanecen sin regular. A continuación, enumeramos y ejemplificamos estas situaciones:

- a) El padre ausente: si la intención de la licencia por paternidad es **promover y fortalecer el desarrollo de la familia**, entonces no se debería considerar como padre solamente al padre biológico, sino también aquel que se presenta como una figura paterna. Si en el Derecho Laboral se utiliza constantemente el principio de la primacía de la realidad, consideramos que, a falta del padre biológico, si existe una persona que cumple con el rol que la norma desea que cumpla el padre, entonces este debería tener derecho a la licencia, más aún en los casos especiales que sustentan la ampliación de esta y en los que la madre requiere mayor apoyo de una pareja, cual puede o no estar vinculada sanguíneamente al hijo.
- b) El viudo luego de terminado el descanso por gestación: la Ley 30807 solamente prevé el traspaso de la licencia de maternidad al padre en caso el fallecimiento de la madre ocurra durante la gestación o durante la licencia por maternidad. Si el fallecimiento ocurre vencido este plazo, pero en el primer año del menor, no hay derecho a reclamar algún periodo de descanso (notemos que no solo hay el duelo por la muerte de la pareja sino también la obligación de cuidar solo al nuevo ser). En ese sentido, la normativa no prevé esta situación y deja desprotegido al viudo que necesita de más tiempo para cuidar a su hijo que se encuentra en estado de infancia.
- c) Las parejas homosexuales masculinas y femeninas ¿tienen derecho a **promover y fortalecer el desarrollo de la familia**? La licencia de la madre o el padre biológico no genera discusión, pero el caso de la pareja de este no es tan claro. Hace algunas semanas se difundió el caso de un conocido productor y guionista de televisión peruano<sup>16</sup> que tuvo dos hijos fecundados in vitro con su espermia y óvulos donados anónimamente y que fueron implantados en el vientre subrogado de una mujer. Cuando nacieron ambos niños en otro país se debió generar una licencia ya que la norma no exige estar casado o que la madre o el padre sea heterosexual: el derecho se genera por el simple hecho de ser padre o madre biológico. Sin embargo, como ya se mencionó, la norma deja sin amparo a la pareja del padre o la madre biológica, dejándolos sin opción de reclamar un derecho a licencia en razón de apoyo de su pareja sentimental.
- d) La citada diferencia en la retribución de la licencia por maternidad y de la licencia por paternidad: la primera la asume la seguridad social, la segunda el empleador. Esto genera diferentes consecuencias que deberían unificarse y ambas ser cubiertas por la seguridad social como se ha indicado con anterioridad. Mientras esto no ocurra, el monto que perciba la madre siempre será menor (dado que es un promedio) al que reciba el padre, creando un desbalance en la realización de la licencia.
- e) La protección del padre ante un despido arbitrario por motivos vinculados a su reciente paternidad: Si el padre prueba que su cese se debió a su responsabilidad familiar o a su paternidad, ¿podrá reclamar la nulidad de su despido? Se opina que la respuesta de esta interrogante debería ser afirmativa, siempre que se pueda probar el motivo de manera efectiva, a pesar de la falta de regulación sobre el tema en el Perú.
- f) La reciente Casación 1516-2018 de fecha 9 de julio de 2019, de la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema, amplió el plazo de la tutela de nulidad por razones de embarazo a pesar de que la futura madre tuvo una pérdida semanas antes de producido el cese. Según los hechos descritos en la Casación, el despido

<sup>16</sup> Ver en Machuca Castillo, G. (03 de mayo de 2019).

realizado un mes después de conocida la pérdida del concebido tendrá por motivo el embarazo si el empleador no justifica legalmente su decisión. Por tanto, si ya se amplía jurisprudencialmente la tutela para supuestos no previstos en la norma, es recomendable que la norma pueda recoger estos casos que se manifiestan en la realidad. De esta manera, se puede proteger a la madre que se encuentra en una situación vulnerable física y psicológicamente. En tal sentido, la protección debería extenderse de igual forma a las parejas sentimentales de las madres, de manera que no se ponga en riesgo su empleo o su situación económica por razones vinculadas a sus obligaciones familiares.

- g) La preferencia normativa que se le otorga a la mujer para el disfrute de la licencia por adopción: tal como está desarrollada la Ley 27409 de enero de 2001 hay un evidente sesgo discriminatorio pues establece en su artículo 4 que, si los trabajadores peticionarios de adopción son cónyuges, la licencia será tomada por la mujer, decisión en la cual nunca se expusieron los motivos para su regulación. A la larga, dicho tratamiento preferencial termina perjudicando a la familia en general, dado que sobrecarga a la nueva madre con obligaciones familiares y limita el apoyo que puede brindar el padre o la pareja emocional de la madre.
- h) La preferencia normativa por la mujer para el uso de la licencia por lactancia: las normas presentan como titular de este derecho solamente a **la madre trabajadora**. ¿Qué pasa cuando la madre ya no puede dar de lactar? Si bien los médicos recomiendan proceder con la lactancia materna, pensar que solamente la madre puede realizar esta labor cuando la leche natural se ha dejado de producir y cuando esta se puede conservar adecuadamente y ser otorgada con biberones también resulta discriminatorio. Este problema se exagera y se vuelve aún más visible cuando se habla de lactancia mediante fórmula, labor que puede ser ejecutada por cualquiera de los dos padres.
- i) El otorgamiento de la licencia por lactancia en jornadas atípicas: este es un supuesto no previsto en la norma, la misma que indica que la licencia no puede ser compensada ni sustituida por otro beneficio. Entonces,

una madre que labora en jornada atípica no puede verse beneficiada de otras maneras. En caso que la madre tenga una jornada de 14 o 7 horas, y si por razones de salud o comodidad no puede llevar a su hijo al centro de trabajo o a la vivienda, no puede cobrar el citado beneficio. Necesariamente debe acumularse el derecho (o dárselo al padre), empero este supuesto sigue sin regularse por un tiempo extendido. Molero es clara al respecto de este tema:

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 (2009, p. 238).

- j) La restricción para la obtención del subsidio por maternidad: en otro trabajo sobre este tema la citada profesora Molero (2016) comenta una decisión judicial por la cual se tuvo que cuestionar la regulación vigente sobre la procedencia del subsidio por maternidad, la cual está condicionada a la afiliación durante el momento de la concepción<sup>17</sup>. Esto es, si una mujer no está trabajando o aportando al momento de la concepción, por más que antes y después haya cotizado o que pueda tener derecho al descanso pre y postnatal, no recibirá pagos de la seguridad social. Ello, en palabras de la citada autora, tiene un impacto negativo en el derecho a la igualdad de oportunidades de las mujeres, toda vez que en determinados supuestos se las estaría dejando en una situación de vulneración económica a la que por motivos obvios no se ven enfrentados los hombres.

### III. COMENTARIOS FINALES

Se verifica, entonces, mediante lo expuesto, que la discriminación a la mujer en el ordenamiento laboral peruano está ratificada y fortalecida por diversas normas vigentes. Asimismo, muchas de

<sup>17</sup> Según lo prevé el artículo 35 del Reglamento de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, aprobado por el Decreto Supremo 09-97-SA.

ellas paradójicamente han sido emitidas recientemente y por profesionales especializados que ejercen cargos influyentes como el del titular del Ministerio de Trabajo. Resulta preocupante que la doctrina laboral haya aceptado la creación de los derechos vinculados a la maternidad y a la lactancia, pero no haya reparado que su regulación reitera una práctica discriminatoria establecida y deja sin posibilidades de acomodo a aquellas personas que experimentan diferentes situaciones que, sobre todo, pueden afectar a alguna pareja u hogar familiar determinados.

De otro lado, se considera que la maternidad laboral y la lactancia son temas que tienen que ser regulados de manera urgente, con enfoque de género, incluyendo a quien asume el rol de padre dentro de las relaciones familiares y distribuyendo la responsabilidad entre ambas partes. Una fórmula como la propuesta coloca a la mujer en situación de reconocimiento de las diferencias generadas por la naturaleza humana (en este caso, la gestación, el acto del alumbramiento y el periodo de lactancia). Todo lo demás, entendemos, debería ser compartido y poder ser delegado a la pareja, quien, finalmente, es la que mejor podrá determinar el camino que convenga a sus intereses y al de su nuevo hijo.

Al igual que en el ejercicio de la negociación colectiva en el que el Estado no debe intervenir y dejar todo a la autonomía de las partes colectivas, confiando en su madurez o fomentando la misma, en las relaciones familiares el Estado tampoco debería participar ni mucho menos imponer. Salvo que tenga un propósito de reconocer y garantizar el disfrute efectivo del derecho a los descansos, este Estado del que hablamos debería permitir a las partes involucradas resolver de la manera como ellos deseen la nueva situación que enfrentan, siempre con pedagogía y capacitación, lo cual puede realizarse a través del sistema de inspección del trabajo. Solamente así se podría confirmar que el Perú es un estado social de derecho en el cual se proteja la dignidad de las personas, respetando sus decisiones y haciéndolos partícipes de la vida en sociedad y el desarrollo de la misma. ¶

## REFERENCIAS

- BBC News (22 de diciembre de 2018). "Brecha de Género Global 2018: se necesitan 200 años para lograr la paridad salarial y otros 4 datos asombrosos". En: *BBC News*. Disponible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-46638119>
- Blázquez Agudo, E.M. (mayo de 2019). Trabajo de las mujeres y protección social. En: M.E. Casas Baamonde (presidencia), *XXIX Congreso Anual de la AEDTSS*. Congreso llevado a cabo en Salamanca, España.
- Casas Baamonde, M. (1998). Transformaciones del trabajo, trabajo de las mujeres y futuro del Derecho del Trabajo. En: *Relaciones laborales: revista crítica de teoría y práctica 1*, pp. 30-102.
- Ledesma Iturbide, D. - Reflexiones a partir de la 'Idea básica del Derecho del Trabajo' del profesor Adrián O. Goldin. En: Caparrós, F.; García, H.; y J.P. Mugnolo (coords.) (2017). *El derecho del trabajo en tiempo de cambios. En honor de Adrián Goldin*. Buenos Aires: Ediar, pp. 53-82.
- Freyre Valladolid, M. y E. López Mendoza (2011). *Brechas de género en el uso del tiempo*. Lima: Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (Mimdes).
- Gómez, M. V.; Álvarez, P.; y C. Jan (02 de marzo de 2019). "El Gobierno amplía por decreto ley el permiso de paternidad a 16 semanas". En: *El País*. Disponible en: [https://elpais.com/sociedad/2019/03/01/actualidad/1551442687\\_803563.html](https://elpais.com/sociedad/2019/03/01/actualidad/1551442687_803563.html)
- León XIII (1891). *Rerum Novarum. Encíclica de Nuestro Santísimo Padre el Papa León XIII sobre la condición de los obreros*. Santiago de Chile: Imprenta Cervantes.
- Machuca Castillo, G. (03 de mayo de 2019). "Ricardo Morán: así son los primeros días de su esperada paternidad". En: *Diario El Comercio*. Disponible: <https://elcomercio.pe/somos/historias/ricardo-moran-primeros-dias-paternidad-noticia-ecpm-631146>
- Maqueda, A. (22 de junio de 2019). "El presentismo del hombre ha empeorado la brecha salarial con la mujer". En: *El País*. Disponible en: [https://elpais.com/economia/2019/06/21/actualidad/1561146842\\_711294.html](https://elpais.com/economia/2019/06/21/actualidad/1561146842_711294.html)
- Molero Suárez, M. (2009). Maternidad, paternidad y Estado: Los derechos de conciliación como desarrollo del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres. En: *Ius et Veritas 39*, pp. 224-243.
- Molero Suárez, M. (15 de septiembre de 2016). El subsidio por maternidad y la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. En: *EnfoqueDerecho.com*. Recuperado de: <http://www.enfoquederecho.com/2016/09/15/el-subsidio-por-maternidad-y-la-igualdad-de-oportunidades-entre-mujeres-y-hombres/>
- Monge, Y. (25 de mayo de 2019). "Una polémica embarazosa para Nike". En: *El País*. Disponible

- en: [https://elpais.com/deportes/2019/05/23/actualidad/1558611884\\_769345.html](https://elpais.com/deportes/2019/05/23/actualidad/1558611884_769345.html)
- Morón Prieto, R. (22 de mayo de 2019). De coches y salarios femeninos. En: *Según Antonio Baylos...* Disponible en: <http://baylos.blogspot.com/2019/05/devaluacion-salarial-femenina-proposito.html>
- Organización Internacional de Trabajo (s.f.). Ratificaciones por convenio. En: *Organización Internacional del Trabajo*. Disponible en: <https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12001:0::NO:>
- Plá Rodríguez, A. (2015) *Los principios del derecho del trabajo*. Cuarta edición. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Saez Lara, C. (mayo de 2019). OIT 100 años: La participación de las mujeres en el mercado de trabajo. En: M.E. Casas Baamonde (presidencia), *XXIX Congreso Anual de la AEDTSS*. Congreso llevado a cabo en Salamanca, España.
- Vega Ruiz, M. (mayo de 2019). Trabajo, relación de trabajo y derecho del trabajo ¿crisis o renacimiento? En: M.E. Casas Baamonde (presidencia), *XXIX Congreso Anual de la AEDTSS*. Congreso llevado a cabo en Salamanca, España.
- Vinces, E. (19 de abril de 2018). "Empleo: mujeres ganan 23% menos que los hombres en Lima Metropolitana". En: *Agencia Andina*. Disponible en: <https://andina.pe/agencia/noticia-empleo-mujeres-ganan-23-menos-los-hombres-lima-metropolitana-707235.aspx>