



COMISIÓN DEFENSA NACIONAL, ORDEN INTERNO,
DESARROLLO ALTERNATIVO Y LUCHA CONTRA LAS
DROGAS

PRE DICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY 1916/2016-PE, QUE PROPONE LA “LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 2 E INCORPORA EL ARTÍCULO 4-A A LA LEY 28308, LEY QUE REGULA EL USO DEL DESCANSO PRE Y POSTNATAL DEL PERSONAL FEMENINO DE LAS FUERZAS ARMADAS Y POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ”.

COMISIÓN DEFENSA NACIONAL, ORDEN INTERNO, DESARROLLO ALTERNATIVO Y LUCHA CONTRA LAS DROGAS

PRE DICTAMEN 2017/2018

Señor Presidente:

Ha sido remitido para estudio y dictamen el **Proyecto Ley 1916/2016- PE**, presentado por el Poder Ejecutivo, de conformidad con el artículo 107 de la Constitución Política del Perú. El Proyecto **propone modificar el artículo 2 de la Ley 28308, Ley que regula el uso de descanso pre y postnatal del personal femenino de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú.**

En la XXXXX Sesión Ordinaria de la Comisión de Defensa Nacional, Orden Interno, Desarrollo Alternativo y Lucha Contra las Drogas celebrada el XXXXXXX 2017, expuesto y debatido el dictamen fue aprobado por XXXXXXX de los señores congresistas presentes, con el voto a favor de los señores congresistas: (...).

Con la licencia de los señores congresistas (...).

I. SITUACIÓN PROCESAL

I.1 Antecedentes

El **Proyecto de Ley 1916/2016- PE**, ingresó a trámite documental el 25 de septiembre del 2017 y recibida la propuesta legislativa por la **Comisión Defensa Nacional, Orden Interno, Desarrollo Alternativo Y Lucha Contra Las Drogas** el 03 de octubre de 2017. De conformidad con el Decreto de Oficialía Mayor se nos designa como única Comisión Dictaminadora.

I.2 Opiniones solicitadas

Nuestra Comisión no ha solicitado opinión sobre el Proyecto de Ley 1916/2016- PE, al Poder Ejecutivo ni sus dependencias, por tratarse de un proyecto presentado por el referido poder; cabe resaltar Poder Ejecutivo al remitir un proyecto, lo hace con las firmas del Presidente del Consejo de Ministro y del ministro competente; ergo se entiende que el proyecto en estudio ha sido formulado y presentado con el consenso y viabilidad de todos los sectores del Poder Ejecutivo.

II. CONTENIDO DE LA PROPUESTA LEGISLATIVA

La iniciativa del Poder Ejecutivo bajo análisis propone:

PRE DICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY 1916/2016-PE, QUE PROPONE LA “LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 2 E INCORPORA EL ARTÍCULO 4-A A LA LEY 28308, LEY QUE REGULA EL USO DEL DESCANSO PRE Y POSTNATAL DEL PERSONAL FEMENINO DE LAS FUERZAS ARMADAS Y POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ”.

- Propone modificar el artículo 2 de la Ley N° 28308, Ley que regula el uso de descanso pre y postnatal del personal femenino de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú.
- Propone incorporar el artículo 4-A a la Ley N° 28308, Ley que regula el uso de descanso pre y postnatal del personal femenino de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú.
- Se establece una excepción a los Pliegos Ministerio de Defensa y Ministerio del Interior de la prohibición contenida en el artículo 6 de la Ley N° 30518, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2017.
- Se contempla que la aplicación de lo establecido en la presente Ley, se financia con cargo al presupuesto institucional de los Ministerios de Defensa e Interior, sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público.
- Dispone que de manera conjunta el Ministerio de Defensa y el Ministerio del Interior, en un plazo no mayor de treinta días hábiles desde la entrada en vigencia de la presente Ley, adecuan el Reglamento de la Ley N° 28308, Ley que regula el uso de descanso pre y postnatal del Personal Femenino de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2005-DE-SG, así como el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1132, Decreto Legislativo que aprueba la nueva estructura de ingresos aplicable al personal militar de las Fuerzas Armadas y policial de la Policía Nacional del Perú, aprobado mediante Decreto Supremo N° 013-2013-EF, a los alcances de la presente Ley.

III. MARCO NORMATIVO

- Constitución Política del Perú
- Reglamento del Congreso de la República
- Resolución Legislativa N° 30312, Resolución legislativa que aprueba el convenio N° 183 de la organización internacional del trabajo sobre la protección de la maternidad, 2000
- Ley 28308, Ley que regula el uso de descanso pre y postnatal del personal femenino de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú
- Ley 30518, Ley de presupuesto del sector público para el año fiscal 2017
- Ley 30367, Ley que protege a la madre trabajadora contra el despido arbitrario y prolonga su periodo de descanso
- Ley 29992, Ley que modifica la Ley 26644, estableciendo la extensión del descanso postnatal para los casos de nacimiento de niños con discapacidad
- Ley 27337, Aprueba el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes
- Ley 26644, Ley que precisa el goce del derecho de descanso pre-natal y post-natal de la trabajadora gestante

- Decreto legislativo N° 1132, Decreto legislativo que aprueba la nueva estructura de ingresos aplicable al personal militar de las fuerzas armadas y policial de la Policía Nacional del Perú
- Decreto Supremo N° 001-2005-DE-SG, Aprueban Reglamento de la Ley N° 28308, Ley que regula el uso de descanso pre y postnatal del personal femenino de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú
- Decreto Supremo N° 013-2013-EF, Aprueban Reglamento del Decreto Legislativo N° 1132, Decreto Legislativo que aprueba la nueva estructura de ingresos aplicable al personal militar de las Fuerzas Armadas y policial de la Policía Nacional del Perú
- Decreto Supremo N° 011-2016-DE, Aprueban Cuadros de Efectivos del Personal Militar para el Año Fiscal 2017

IV. ANÁLISIS DE LA PROPUESTA LEGISLATIVA

4.1 Antecedentes normativas

Respecto del tema materia de la propuesta legislativa, la Comisión considera pertinente revisar las siguientes normas:

- **Ley 30367, Ley que protege a la madre trabajadora contra el despido arbitrario y prolonga su periodo de descanso**

Esta norma contiene disposiciones genéricas que regula la protección a la madre trabajadora contra el despido arbitrario y prolonga su periodo de descanso. Veamos el siguiente artículo:

“Artículo 2. Modificación del artículo 1 de la Ley 26644

Modifícase el primer párrafo del artículo 1 de la Ley 26644, Ley que precisa el goce del derecho de descanso prenatal y postnatal de la trabajadora gestante, en los términos siguientes:

*“Artículo 1. Precísase que es derecho de la trabajadora gestante gozar **de 49 días de descanso prenatal y 49 días de descanso postnatal**. El goce de descanso prenatal podrá ser diferido, parcial o totalmente, y acumulado por el postnatal, a decisión de la trabajadora gestante. Tal decisión deberá ser comunicada al empleador con una antelación no menor de dos meses a la fecha probable de parto (...)”¹*

Desde el 24 de noviembre de 2015 esta norma modifica el plazo de descanso prenatal y postnatal de la trabajadora gestante, ampliándolo de 45 a 49 días.

- **Ley 29992, Ley que modifica la Ley 26644, estableciendo la extensión del descanso postnatal para los casos de nacimiento de niños con discapacidad**

¹ El sombreado es nuestro para resaltar el tiempo del beneficio.

Mediante esta norma se extiende el descanso postnatal para los casos no solo de nacimiento múltiple sino también para los casos de nacimientos de niños con discapacidad.

“Artículo 1. Objeto de la Ley

Modifícase el segundo párrafo del artículo 1 de la Ley 26644, Ley que precisa el goce del derecho de descanso prenatal y postnatal de la trabajadora gestante, modificado por la Ley 27606, en los términos siguientes:

“Artículo 1º (...)

*El descanso postnatal se extiende por treinta (30) días naturales adicionales en los casos de nacimiento múltiple o **nacimiento de niños con discapacidad. En este último caso, la discapacidad es acreditada con la presentación del correspondiente certificado otorgado por el profesional de salud debidamente autorizado.**”²*

- **Ley 28308, Ley que regula el uso de descanso pre y postnatal del personal femenino de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú**

Esta norma regula el uso de descanso pre y postnatal en el ámbito del personal femenino de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú, veamos:

“Artículo 2.- Descanso Pre y Postnatal

*El personal militar femenino de las Fuerzas Armadas y el personal policial femenino de la Policía Nacional del Perú, que se encuentren en estado de gestación, **gozarán de cuarenta y cinco (45) días de descanso previo al alumbramiento y cuarenta y cinco (45) días posteriores al mismo.***

Tratándose de alumbramiento múltiple, gozarán de treinta (30) días adicionales de descanso.

Cuando sea el caso, se podrá acumular al descanso pre y postnatal, el descanso vacacional del referido personal.

Si hubiera adelanto de alumbramiento respecto de la fecha de probable parto, los días adelantados serán acumulados al descanso postnatal. Si el alumbramiento se produce después de la fecha de probable parto, los días de retraso serán considerados como descanso médico por incapacidad temporal y tendrán derecho a su normal remuneración.”³

De su observancia podemos corroborar que, efectivamente, si bien se aprobó la Ley 30367, la cual hemos observado en el apartado anterior, esta no modificó la presente ley 28308, habiéndose incurrido en una omisión.

Así pues, como primera conclusión, esta Comisión estima que ya existe un marco normativo genérico que dispone el plazo de 49 días de descanso prenatal y postnatal,

² Las negritas son nuestras y tienen la finalidad de enfatizar el tema bajo análisis.

³ Las negritas resaltan que la norma vigente solo contempla 45 días de descanso.

conforme lo establece la Ley 30367, Ley que protege a la madre trabajadora contra el despido arbitrario y prolonga su periodo de descanso. De igual manera, se dispuso la extensión del plazo postnatal para los casos de discapacidad, mediante la Ley 29992, Ley que modifica la ley 26644, estableciendo la extensión del descanso postnatal para los casos de nacimiento de niños con discapacidad. Finalmente, este marco normativo genérico que regula el descanso de la madre gestante, no fue considerada su aplicación en la Ley 28308, Ley que regula el uso de descanso pre y postnatal del personal femenino de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú, incurriéndose en una grave omisión.

4.2 Referentes internacionales

La Comisión considera adecuado realizar un análisis comparativo de la protección que brinda las diversas legislaciones a la licencia por maternidad o descanso prenatal y postnatal, con la finalidad de poder observar su importancia en la justificación del Proyecto ley 1916/2016- PE, que propone modificar el artículo 2 de la Ley 28308, Ley que regula el uso de descanso pre y postnatal del personal femenino de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú.

Argentina

En Argentina, la licencia por maternidad contemplada en la Ley de Trabajo N° 20.744 es de 90 días y se divide en 45 días antes y 45 después del parto (esta licencia corresponde también en casos de embarazos de más de un bebé) Además, existen convenios colectivos que fijan plazos más extensos de licencia por maternidad. En caso de que la futura mamá quiera que la licencia antes del nacimiento sea más corta, porque piensa que se siente bien como para seguir trabajando y quiere usar estos días para después del parto, puede pedirlo, eso sí, esta licencia pre-parto no puede ser menor a 30 días. Y si el parto se adelanta, los días que sobren se acumulan para después del nacimiento (siempre se toma la fecha probable de parto que indicó el médico para calcular cuándo debe comenzar la licencia).⁴

Brasil

En Brasil, las trabajadoras del sector público cuentan con 180 días de reposo, en tanto que en el sector privado estos suman 120 días, en ambos casos con cargo al Estado. Las Empresas privadas pueden ampliar la licencia por 60 días más acogiendo de manera voluntaria al Programa de Gobierno Empresa Ciudadana.

Como los 60 días adicionales son de cargo del empleador, el Programa permite descontados después del Impuesto a la Renta.

⁴ <http://www.planetamama.com.ar/nota/licencia-por-maternidad?page=full>

Brasil, gracias a la reforma de ley promovida por el gobierno de Lula Da Silva en 2010, ha pasado a estar casi a la cabeza de Latinoamérica en lo que a la licencias de maternidad se refiere, solo por detrás de Chile, Venezuela o Cuba⁵.

Cuba

El Estado Cubano regula la licencia por maternidad, mediante el Decreto Ley N° 234, siendo que en su artículo 3 se menciona:

*“ARTÍCULO 3: La trabajadora gestante, **cualquiera que sea la actividad que realice**, está en la obligación de cesar en sus labores al cumplir las treinta y cuatro semanas de embarazo o las treinta y dos semanas, en caso de ser múltiple, y tiene derecho a disfrutar de una licencia por un término de dieciocho semanas, que comprende las seis anteriores al parto y las doce posteriores al mismo. Esta licencia es retribuida en la cuantía y forma que se dispone en este Decreto-Ley, siempre que la trabajadora reúna los requisitos en él regulados.”* (Subrayado nuestro)

Chile

El Estado Chileno regula la licencia por maternidad, mediante el Código de Protección de los Trabajadores, el cual en su artículo 194 menciona lo siguiente:

Artículo 194. La protección a la maternidad se regirá por las disposiciones del presente título y quedan sujetos a ellas los servicios de la administración pública, los servicios semifiscales, de administración autónoma, de las municipalidades y todos los servicios y establecimientos, cooperativas o empresas industriales, extractivas, agrícolas o comerciales, sean de propiedad fiscal, semifiscal, de administración autónoma o independiente, municipal o particular o perteneciente a una corporación de derecho público o privado.

Estas disposiciones beneficiarán a todas las trabajadoras que **dependan de cualquier empleador**, comprendidas aquellas que trabajan en su domicilio y, en general, a todas las mujeres que estén acogidas a algún sistema previsional⁶. (Subrayado nuestro)

México

Las mujeres trabajadoras tienen derecho a 12 semanas/84 días de licencia por maternidad pagada y de cualquier extensión si es imposible para la mujer regresar a trabajar a causa de su embarazo o parto.

Para hacer uso de la licencia por maternidad, la trabajadora debe entregar el certificado médico del profesional certificado de un Instituto de Seguridad Social. El certificado médico debe contener el nombre y cédula profesional de la persona que lo emitió, fecha y estado de salud de la trabajadora.

⁵ <https://gestion.pe/economia/chile-y-brasil-paises-mas-dias-licencia-maternidad-region-2140801>

⁶ <http://dspace.udla.edu.ec/bitstream/33000/2338/1/UDLA-EC-TAB-2015-08.pdf>

Si el pequeño nace con alguna discapacidad o necesita cuidados hospitalarios, la licencia puede ser extendida por dos semanas. Si la mujer no puede trabajar durante el embarazo o después del nacimiento de su hijo, tiene derecho al 50% de su salario por un período no mayor a sesenta días.

Las trabajadoras también tienen derecho a 6 semanas de licencia pagada en caso de adopción a partir del día en que reciben al niño⁷.

Uruguay

Esta prestación económica ampara a la trabajadora durante su licencia maternal. El subsidio es sustitutivo del salario y cubre los 98 días de licencia (pre y post parto).

Las parejas del mismo sexo tienen derecho al subsidio por maternidad (la gestante) y al subsidio por paternidad (su cónyuge o concubina).

Cuando uno de los integrantes de la pareja (de igual o distinto sexo) participa del proceso biológico de reproducción pero ninguno participa en la gestación, se deberá hacer opción de roles. En estos casos, el subsidio por maternidad cubrirá las 8 semanas posteriores al parto. A la mujer gestante que interviene en el proceso de reproducción y tiene actividad válida, le corresponde el subsidio por maternidad común (98 días de licencia).⁸

Venezuela

El reposo prenatal y postnatal en Venezuela, se rige por la Ley Orgánica del Trabajo, Los Trabajadores y Las Trabajadoras (LOTTT), que da a la mujer embarazada beneficios para tener un pre y post natal satisfactorio. Los descansos de maternidad son irrenunciables⁹.

En su artículo 336 y 338 estipula lo siguiente:

“Artículo 336: La trabajadora embarazada tendrá el derecho a un descanso prenatal de seis (6) semanas antes del parto y veinte (20) semanas después del parto, este periodo puede aumentar según dictamen médico.

Artículo 338: Si la trabajadora no hace uso de todo el descanso prenatal, ya sea por autorización médica, se adelanta el parto o por cualquier otra circunstancia, el tiempo que no se utilizó se sumará al período de descanso postnatal.”

España

En España, la baja por maternidad consta de 16 semanas que se deben disfrutar ininterrumpidamente y, como ya se ha comentado, la ley permite que la madre ceda hasta un máximo de diez semanas de permiso al padre, siempre y cuando las seis

⁷ <https://misalario.org/main/conocetusderechos/maternidadytrabajo>

⁸ <http://www.bps.gub.uy/4804/subsidio-por-maternidad.html>

⁹ <http://www.actualidad-24.com/2010/12/reposo-prenatal-y-postnatal-venezuela.html>

primeras semanas posteriores al parto las disfrute la madre. Además, a partir del 1 de enero de 2017, el permiso de paternidad por nacimiento o adopción de hijo pasa de dos a cuatro semanas, una ampliación que ya estaba prevista en la Ley de Igualdad de 2007.

Otra opción que tienen las mamás es hacer uso de la baja maternal a tiempo parcial (excepto las seis primeras semanas), decidiendo la trabajadora las horas diarias que desea trabajar hasta agotar el permiso. En este caso, sin embargo, debe existir acuerdo con el empresario.

Durante la baja maternal, la trabajadora cobrará el 100% de lo que su empresa cotice por ella que, generalmente, es la totalidad de su sueldo, aunque esta prestación está sujeta a las siguientes condiciones: haber cotizado al menos 180 días durante los últimos siete años, o 360 días en toda la vida laboral.¹⁰

Francia

El periodo mínimo de descanso maternal es de 112 días (16 semanas) repartidas en 42 días antes del parto (6 semanas) y 70 días (10 semanas) después del parto, sin embargo, se aumenta a 182 días (26 semanas) si la trabajadora tiene 2 hijos anteriores propios o bien se encuentran a su cuidado a lo menos otros 2 niños, de manera que el pre natal queda en 56 días (8 semanas) de pre natal y 126 días (18 semanas) para el post natal. En el caso de embarazos múltiples la cantidad de día varía según el número de niños, si estos son 2, la licencia queda en 238 días (34 semanas), 84 días de pre natal (12 semanas) y 154 días de post natal (22 semanas), si los niños son 3 o más la licencia queda en 322 días (46 semanas), de las cuales 168 días (24 semanas) son para prenatal y 154 días (22 semanas) de post natal. Además de lo anterior, la trabajadora tiene derecho a una autorización de ausencia para realizarse los exámenes médicos que requieran el embarazo y el post parto. Estas ausencias no implican disminución de la remuneración y se asimilan a un periodo de trabajo efectivo. A petición de la trabajadora y previa autorización del médico tratante, el prenatal puede reducirse a una duración máxima de 21 días (3 semanas), traspasando al post natal las otras semanas restantes. Cuando el parto se produce antes de la fecha presunta, el permiso post natal de maternidad puede prolongarse¹¹.

Italia

En Italia, la licencia maternal se extiende por 150 días (5 meses), 60 días (2 meses) de prenatal y 90 días (3 meses) de post natal. Si el parto se adelanta, el tiempo de prenatal no se pierde y se suma al tiempo del post natal, a diferencia de Chile en que este no se suma al post natal¹².

¹⁰<http://www.webconsultas.com/embarazo/vivir-el-embarazo/aspectos-legales-del-embarazo/permiso-de-maternidad-2330>

¹¹ Estudio del Proyecto de Ley N° 2116-2012/CR

¹² Ibídem

Nueva Zelanda

Las licencias por maternidad/paternidad incluyen las siguientes licencias sin goce de haberes: a) Licencia por maternidad por 14 semanas seguidas que puede comenzar hasta seis semanas antes de la fecha estimada de parto o adopción. Para tomar esta licencia tienes que enviar notificación por escrito a tu empleador con por lo menos tres meses de antelación. En algunos casos la licencia puede comenzar antes por indicación de un médico o partera. Tu empleador también puede solicitarte que comiences tu licencia antes de tiempo si considera que no puedes realizar tu trabajo de manera segura o adecuada. Si este es el caso, tienes derecho a tomarte ocho semanas luego de la fecha estimada de parto. Si te pones de acuerdo con tu empleador, puedes tomarte la licencia en cualquier momento antes de la fecha estimada de parto, b) Licencia especial por hasta 10 días por razones relacionadas con el embarazo (por ejemplo los controles previos al parto), c) Licencia de paternidad de la pareja de una semana o dos semanas. Puede tomarse a partir de 21 días antes de la fecha prevista de parto y hasta 21 días después de la fecha de parto. Si te pones de acuerdo con tu empleador puedes tomarte la licencia en cualquier momento, d) Licencia extendida por hasta 52 semanas para empleados con 12 meses de servicio. Está disponible en los 12 meses posteriores al nacimiento o la fecha en que el empleado asume la custodia del menor en adopción. La licencia extendida puede ser compartida entre ambos padres, pero el total no puede superar las 52 semanas (incluyendo la licencia por maternidad o paternidad). Ambos padres pueden tomar la licencia al mismo tiempo o uno primero y luego el otro¹³.

Reino Unido

En el Reino Unido, el descanso maternal es de 364 días (52 semanas), conformado por un periodo ordinario de 182 días (26 semanas) y un periodo extraordinario de otros 182 días (26 semanas). El descanso maternal es flexible, sin embargo es obligatorio descansar a lo menos 2 semanas antes del parto y 4 semanas antes si se trabaja en una fábrica. El empleador debe conceder tiempo libre dentro de la jornada laboral para asistencia a cuidados que se requieran durante el embarazo, por ejemplo, control de embarazo y clases de pío parto, siempre que los cuidados sean entregados por un profesional médico reconocido. En el primer periodo, el empleador está obligado a mantener todos los beneficios del contrato de trabajo, no así en las siguientes 26 semanas; esto último dependerá de los beneficios de cada empresa y de las negociaciones que se realizan. La trabajadora sigue manteniendo la calidad de empleada por los 364 días que dura el permiso.¹⁴

Estado Unidos

En 1993, se aprobó la Ley de Ausencia Familiar y Médica (FMLA, por sus siglas en inglés: Family and Medical Leave Act). Bajo esta normativa, la mayoría de los empleados (tanto mujeres como varones) pueden usar hasta 12 semanas de licencia

¹³ <http://www.holanuevazelanda.com/2012/08/la-licencia-por-maternidadpaternidad.html>

¹⁴ Estudio del Proyecto de Ley N° 2116-2012/CR

por motivo del nacimiento o la adopción de un hijo. Es importante resaltar que el tiempo que otorga la FMLA no es pago ni tampoco aplica para empleados en pequeñas empresas, freelancers, contratistas independientes o emprendedores.¹⁵

Convenios internacionales

En la Octogésima Octava Reunión (88°), realizada en Ginebra, el 30 de mayo del año 2000, se adoptó el denominado "Convenio N° 183 de la Organización internacional del Trabajo OIT sobre la Protección de la Maternidad, 2000".

El Convenio 183° cuenta con la ratificación de 25 Estados. Consta de 21 artículos y tiene como objetivo la protección de la maternidad en la legislación y la práctica nacionales. Este Convenio ha sido aprobado y ratificado por nuestro país mediante Resolución Legislativa 30312, del 5 de marzo de 2015.

Entre los aspectos que aborda el Convenio 183° está la Licencia por Maternidad, que determina "una duración de al menos 14 semanas." En otros términos, se le otorga a la trabajadora gestante un descanso mínimo de 98 días.

Es así que, en virtud del artículo 4 del citado Convenio, y observando la modificación legislativa realizada la Ley 30367, Ley que protege a la madre trabajadora contra el despido arbitrario y prolonga su periodo de descanso, es necesario modificar el primer párrafo del artículo 2 de la Ley 28308 Ley que regula el uso de descanso pre y postnatal del personal femenino de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú, a fin de adecuar la omisión legislativa en la que se incurrió al no realizarse la modificación oportuna a esta norma.

4.3 Relación con el Acuerdo Nacional

La Comisión ha observado que la presente iniciativa legislativa guarda concordancia con lo estipulado por el Acuerdo Nacional, el cual establece en su Política de Estado II: Equidad y Justicia Social, en su objetivo N° 16 “Fortalecimiento de la Familia, Promoción y Protección de la Niñez, la Adolescencia y la Juventud”, lo siguiente:

*“Nos comprometemos a fortalecer la familia como espacio fundamental del desarrollo integral de las personas, promoviendo el matrimonio y **una comunidad familiar respetuosa de la dignidad y de los derechos de todos sus integrantes.** Es política de Estado prevenir, sancionar y erradicar las diversas manifestaciones de violencia que se producen en las relaciones familiares. **Nos proponemos, asimismo, garantizar el bienestar, el desarrollo integral y una vida digna para los niños, niñas, adolescentes y jóvenes, en especial de aquellos que se encuentran en situación de riesgo, pobreza y exclusión.** Promoveremos espacios institucionales y entornos barriales que permitan la convivencia pacífica y*

¹⁵ <http://mamabeaute.com/licencia-maternidad-usa-maternity-leave/>

la seguridad personal, así como una cultura de respeto a los valores morales, culturales y sociales.

Con este objetivo el Estado: (a) garantizará programas educativos orientados a la formación y al desarrollo de familias estables, basados en el respeto entre todos sus integrantes; (b) promoverá la paternidad y la maternidad responsables; (c) fortalecerá la participación y el liderazgo de las niñas, niños y adolescentes en sus centros educativos y otros espacios de interacción; (d) garantizará el acceso de las niñas, niños y adolescentes a una educación y salud integrales, al enriquecimiento cultural, la recreación y la formación en valores, a fin de fortalecer su autoestima, personalidad y el desarrollo de sus habilidades; (e) prevendrá todas las formas de violencia familiar, así como de maltrato y explotación contra niños, niñas y adolescentes, aportando a su erradicación; (f) prevendrá el pandillaje y la violencia en los jóvenes y promoverá programas de reinserción de los adolescentes infractores; (g) desarrollará programas especiales de atención a niños, niñas, adolescentes y jóvenes que sufren las secuelas del terrorismo, (h) fortalecerá el ente rector del sistema de atención a la niñez y a la adolescencia, las redes de Defensorías del Niño y Adolescente en municipalidades y escuelas, y los servicios integrados para la denuncia, atención especializada y sanción de casos de violencia y explotación contra aquéllos; (i) fomentará programas especiales de recreación, creación y educación productiva y emprendedora de los más jóvenes; (j) implementará servicios de atención integral para adolescentes embarazadas, jefas de hogar menores de edad y parejas jóvenes; (k) fortalecerá sistemas de cuidado infantil diurno desde una perspectiva multisectorial; (l) apoyará la inversión privada y pública en la creación de espacios de recreación, deporte y cultura para los jóvenes, en especial de zonas alejadas y pobres; (m) promoverá que los medios de comunicación difundan imágenes positivas de la niñez, adolescencia y juventud, así como contenidos adecuados para su edad; (n) promoverá la educación sexual respetando el derecho de los padres de brindar la educación particular que crean más conveniente para sus hijos; (o) implementará programas de becas, capacitación u otras formas de apoyo que ayuden a una mejor formación intelectual y profesional de la juventud; (p) institucionalizar políticas multisectoriales para la reducción de la violencia familiar y juvenil; y (q) promoverá la institucionalización de foros juveniles sobre los asuntos de Estado¹⁶”.

4.4 Análisis de la propuesta.

Determinación del problema

Mediante la Ley 26644, Ley que precisa el goce del derecho de descanso pre-natal y post-natal de la trabajadora gestante, se establece, en sustancia, el derecho de la trabajadora gestante gozar de 45 días de descanso pre-natal y 45 días de descanso post-natal, contados desde la fecha probable de parto.

¹⁶ Las negritas son nuestras.

La Ley 28308, Ley que regula el uso de descanso pre y postnatal del personal femenino de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú; regula el uso del derecho descrito en el párrafo anterior aplicado al ámbito de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.

Amparando lo señalado en el “Convenio N° 183 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la protección de la Maternidad, 2000” se publica la Ley 30367, Ley que protege a la madre trabajadora contra el despido arbitrario y prolonga su periodo de descanso. Mediante esta ley se amplía el plazo de descanso de 45 a 49 días tanto para el periodo prenatal como postnatal.

Mediante la Ley 29992, Ley que modifica la ley 26644, estableciendo la extensión del descanso postnatal para los casos de nacimiento de niños con discapacidad.

La Comisión ha considerado conveniente examinar la descripción de las modificaciones legislativas realizadas respecto a la regulación del descanso prenatal y postnatal. De ello se desprende:

- a) Que, debió establecerse un marco de regulación general sobre el derecho de descanso prenatal y postnatal de la trabajadora, en el cual se amparen las particularidades del trabajo realizado en el ámbito de las fuerzas armadas y policiales, sin embargo se dictaron dos leyes que en sustancia regulan lo mismo, nos referimos a la Ley 26644 y 28308, dándosele a esta última carácter de ley especial.
- b) Que, se publicó la Ley 30367, mediante la cual se amplía el plazo de descanso a 49 días, sin embargo en esta se omite modificar la Ley 28308, dado que solo se aplica para la ley 26644, conforme podemos observarlo de su artículo 2. Esta omisión, probablemente, se debió al problema descrito en el punto a).
- c) Que, la misma omisión descrita en el punto b), se presenta con la aplicación de la Ley 29992, dado que se omite modificar la Ley 28308, ciñéndose solo a la ley 26644.

Respecto a lo descrito, la Comisión considera que el problema se ha generado por existir una legislación dispersa sobre la misma materia “descanso prenatal y postnatal”. De igual manera, que se han presentado omisiones legislativas en no considerar las modificaciones aplicables, también, para la Ley 28308, Ley que regula el uso de descanso pre y postnatal del personal femenino de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú.

Aplicación del principio de igualdad

Como anotan los juristas Walter Gutiérrez Camacho y Juan Manuel Sosa Sacio al comentar la Constitución, en lo que se refiere a la igualdad constitucional señalan:

“Tal como ya se anotó, la igualdad constitucional puede encararse desde dos perspectivas: como principio rector del ordenamiento jurídico, al que habrá que dotarlo de contenido en cada caso, siendo en este sentido una regla básica que el Estado debe garantizar y preservar; y como un derecho fundamental de la persona, es decir, exigible en forma individual, por medio del cual se confiere a todo sujeto el derecho de ser tratado con igualdad ante la ley y a no sufrir discriminación alguna”¹⁷.

El Tribunal Constitucional, al explicar a la igualdad como principio y como un derecho señala lo siguiente:

“(Como principio) implica un postulado o proposición con sentido y proyección normativa o deontológica, que por tal, constituye parte del núcleo del sistema constitucional de fundamento democrático”. “(como derecho) comporta el reconocimiento de la existencia de una facultad o atribución conformante del patrimonio jurídico de una persona, derivada de su naturaleza, que consiste en ser tratada igual que los demás en relación a hechos, situaciones o acontecimientos coincidentes; por ende, como tal deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias”. (STC Exp. N° 0018-2003-AI/TC)

En el ámbito internacional, goza de protección por parte de diversos instrumentos *verbigracia* la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁸, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁹, la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁰, entre otros.

En el ámbito nacional, podemos apreciar que inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política vigente, reconoce el derecho de igualdad, disponiendo que:

“Toda persona tiene derecho: (...) 2. A la igualdad ante la ley. Nadie deber ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”.

¹⁷ OBRA COLECTIVA. (2005). *CONSTITUCIÓN COMENTADA* (Primera ed., Vol. I). Lima: Gaceta Jurídica. pág. 82.

¹⁸ Artículo 7: “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

¹⁹ Artículo 26: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, 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 índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

²⁰ Artículo 1: 1. “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna 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.

Es importante rescatar lo señalado por la Corte Constitucional italiana, según la cual menciona: *“el principio de igualdad es violado, también cuando la ley, sin un motivo razonable, haga un tratamiento diverso de ciudadanos que se encuentren en una situación igual.”*²¹

Es así que en atención a lo expuesto, la Comisión considera que este principio y derecho a la igualdad se vulnera al desconocer la ampliación del derecho al descanso prenatal y postnatal al personal femenino de las fuerzas armadas y personal femenino de la Policía Nacional del Perú.

Aplicación del principio del Interés Superior del Niño

En Doctrina se suele afirmar respecto a este principio lo siguiente:

*“Al interés superior puede atribuírsele dos significados: 1) el interés superior como regla de procedimiento y 2) el interés superior como garantía de que este principio será aplicado siempre que se deba tomar una decisión concierna a un niño o a un grupo de niños. (...) En cuanto a su función de garantía, si bien debido a la indeterminación de este principio no puede saberse a ciencia cierta cuál es el interés superior de un niño en particular o de un grupo de niños, sí existe la obligación estatal de que los intereses de los niños y adolescentes sean evaluados siempre que se esté frente a un caso que los concierna. Así, los Estados deben facilitar mecanismos para que tal consideración sea empleada en todo nivel.”*²²

Nuestra máxima norma la Constitución Política, establece en su artículo 4, lo siguiente:

“Artículo 4.- La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad. (...)”

Nuestro Tribunal Constitucional, al pronunciarse sobre el referido principio, menciona lo siguiente:

*El principio del interés superior del niño se caracteriza por irradiar sus efectos de manera transversal. Así, el deber de considerar sus alcances, cada vez que se adopten decisiones que los tengan como destinatarios, comprende a toda institución privada o pública, esto es, **al Congreso de la República**, órganos de la administración pública y tribunales de justicia. Y exige de cualquiera de estos una actuación “garantista”, de acuerdo con la cual cualquier decisión que involucre a un menor deba adoptarse considerando al menor como un sujeto de derecho al que es*

²¹ RODRIGUEZ-PIÑERO, M. (1979). El Principio de Igualdad y las Relaciones Laborales. *Revista de Política Social* (121), pág. 390.

²² ALIAGA GAMARRA, J. (2013). *EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y ADOLESCENTE EN LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN EL PERÚ*. Lima: PUCP. Pág. 230.

*preciso garantizar la satisfacción integral de sus derechos*²³. (EXP N° 1665-2014-PHC/TC)

Alex Plácido con claridad menciona que las regulaciones discriminatorias están proscritas en nuestro ordenamiento jurídico, y esta ópera ante un trato distinto en similares condiciones, sin que medie una causa objetiva y razonable:

“De acuerdo con ello, no podrían introducirse en el ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley. Sin embargo, no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana. Por lo que solo es discriminatoria una distinción cuando carece de justificación objetiva y razonable. Existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse, legítimamente, en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que esto contraríe la justicia. Más aún, tales distinciones pueden ser un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran. Siendo así, “no habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho, sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamental conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana”²⁴.

Por lo tanto la Comisión considera que es obligación del Estado, con mayor razón para el Congreso de la República, adoptar decisiones que optimicen el cumplimiento de principio de interés superior de niño, motivo por el cual resulta no solo viable sino obligatoria la adopción de la presente propuesta legislativa ya que no existe razón objetiva que justifique un trato diferenciado y desventajoso al personal de las fuerzas armadas y policial, en el que no se le reconozca a gozar al igual que todo trabajador femenino y que se encuentre en estado de gestación, del derecho al descanso prenatal y postnatal. Por ende, la Comisión estima que con la permanencia de esta omisión legislativa se estaría vulnerando el derecho y principio de igualdad.

V. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

El análisis costo beneficio sirve como método de análisis para conocer en términos cuantitativos los impactos y efectos que tiene una propuesta normativa sobre diversas

²³ Las negritas son nuestras y tienen la finalidad de enfatizar el tema bajo análisis

²⁴ Idem, OBRA COLECTIVA, 2005.

variables que afectan a los actores, la sociedad y el bienestar general, de tal forma que permite cuantificar los costos y beneficios.

La Comisión, colige que la propuesta legislativa analizada no aumenta el gasto público debido a que los presupuestos anuales asignados a los Pliegos Ministerio de Defensa e Interior, consideran el financiamiento que permite atender el pago equivalente a la Remuneración Consolidada más la bonificación que estuviere percibiendo la beneficiaria, sea esta la "bonificación por desempeño efectivo por cargo de responsabilidad" o la "bonificación por función administrativa y de apoyo operativo efectivo", establecidas en los literales a) y b) del artículo 8 del Decreto Legislativo N° 1132, respectivamente; concordante con el artículo 9 del reglamento del citado dispositivo legal aprobado por Decreto Supremo N° 013-2013-EF, a favor del personal militar y policial femenino en situación de actividad, que goce del descanso pre y postnatal por maternidad, las mismas que son excluyentes entre sí. Conforme lo señala el Poder Ejecutivo en su propuesta legislativa.

Adicionalmente, deberá considerarse que su entrada en vigencia permitirá:

- Acceder al derecho del incremento del período de descanso pre y postnatal del personal militar y policial femenino, de cuarenta y cinco (45) a cuarenta y nueve (49) en condiciones de igualdad con las trabajadoras gestantes a nivel nacional, independientemente del régimen laboral.
- Acceder al derecho del incremento del período de descanso postnatal por treinta (30) días naturales adicionales al personal militar y policial femenino, en caso de nacimiento de niños con discapacidad, en condiciones de igualdad con las trabajadoras gestantes a nivel nacional, independientemente del régimen laboral.
- No dejar de percibir durante los mencionados períodos, una de las bonificaciones establecidas en los literales a) y b) del artículo 8 del Decreto Legislativo N° 1132, en estricta observancia del principio del interés superior del niño²⁵.

Finalmente, debemos decir que siendo una iniciativa del Poder Ejecutivo está ya ha considerado que la reglamentación y evaluación de la aplicación de la presente ley, no resulta ser un gasto adicional; sino forma parte de sus responsabilidades inherente a los ministerios de acuerdo a sus competencias.

VII. CONCLUSIÓN

Por lo expuesto, la Comisión de Defensa Nacional, Orden Interno, Desarrollo Alternativo y Lucha contra las Drogas recomienda, de conformidad con lo establecido en el literal b) del artículo 70° del Reglamento del Congreso de la República, propone la **APROBACIÓN** del dictamen recaído en el **Proyecto de Ley 01916/2017-PE, “LEY**

²⁵ Estudio del Proyecto de Ley N° 2116-2012/CR

PRE DICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY 1916/2016-PE, QUE PROPONE LA “LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 2 E INCORPORA EL ARTÍCULO 4-A A LA LEY 28308, LEY QUE REGULA EL USO DEL DESCANSO PRE Y POSTNATAL DEL PERSONAL FEMENINO DE LAS FUERZAS ARMADAS Y POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ”.

QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 2 E INCORPORA EL ARTÍCULO 4-A A LA LEY 28308, LEY QUE REGULA EL USO DEL DESCANSO PRE Y POSTNATAL DEL PERSONAL FEMENINO DE LAS FUERZAS ARMADAS Y POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ”.

El Congreso de la República.

Ha dado la Ley siguiente:

TEXTO SUSTITUTORIO

LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 2 E INCORPORA EL ARTÍCULO 4-A A LA LEY 28308, LEY QUE REGULA EL USO DEL DESCANSO PRE Y POSTNATAL DEL PERSONAL FEMENINO DE LAS FUERZAS ARMADAS Y POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ

Artículo 1. Modificación del artículo 2 de la Ley N° 28308, Ley que regula el uso de descanso pre y postnatal del personal femenino de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú

Modifícase el artículo 2 de la Ley N° 28308, Ley que regula el uso de descanso pre y postnatal del personal femenino de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú, con el texto siguiente:

"Artículo 2. Descanso Pre y Postnatal

- 2.1. El personal militar femenino de las Fuerzas Armadas y el personal policial femenino de la Policía Nacional del Perú, que se encuentren en estado de gestación, gozan de **cuarenta y nueve días de descanso prenatal y cuarenta y nueve días de descanso postnatal.***
- 2.2. El goce de descanso prenatal puede ser diferido, parcial o totalmente, y acumulado con el postnatal, a decisión del personal militar femenino gestante de las Fuerzas Armadas y el personal policial femenino gestante de la Policía Nacional del Perú, para lo cual debe acompañar el informe médico que certifique que dicha postergación no afectaría en modo alguno a la gestante o al concebido, a la Dirección de Personal de la Institución Armada o a la Dirección de Recursos Humanos de la Policía Nacional del Perú correspondiente, con una antelación no menor de dos meses a la fecha probable de parto.*
- 2.3. El descanso postnatal se extiende por treinta días naturales adicionales en los casos de nacimiento múltiple o nacimiento de niños/as con discapacidad. En este último caso, la discapacidad es acreditada con la*

presentación del correspondiente certificado otorgado por el profesional de salud debidamente autorizado.

2.4. El personal militar femenino gestante de las Fuerzas Armadas y el personal policial femenino gestante de la Policía Nacional del Perú tiene derecho a que el periodo vacacional pendiente de goce se inicie a partir del día siguiente de vencido el descanso postnatal, debiendo comunicar ello a la Dirección de Personal de la Institución Armada o a la Dirección de Recursos Humanos de la Policía Nacional del Perú correspondiente, con una anticipación no menor de quince días calendario a la fecha de inicio del goce vacacional.

2.5. Si hubiera adelanto de alumbramiento respecto de la fecha probable del parto, los días adelantados son acumulados al descanso postnatal. Si el alumbramiento se produce después de la fecha probable del parto, los días de retraso **son** considerados como descanso médico por incapacidad temporal y **tienen** derecho a su normal remuneración.

2.6. Las Instituciones de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, así como la Entidad en la que presta servicios el personal militar femenino y personal policial femenino, son responsables de planificar y programar los servicios, a fin de no afectar su funcionamiento durante el periodo que dure el descanso pre y postnatal del referido personal."

Artículo 2. Incorporación del artículo 4-A a la Ley N° 28308, Ley que regula el uso de descanso pre y postnatal del personal femenino de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú

Incorpórese el artículo 4-A a la Ley N° 28308, Ley que regula el uso de descanso pre y postnatal del personal femenino de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú, con el texto siguiente

"Artículo 4-A. Pago por goce efectivo de descanso Pre y Postnatal

Corresponde al personal militar femenino de las Fuerzas Armadas y al personal policial femenino de la Policía Nacional del Perú, en uso del goce del descanso pre y postnatal, percibir como ingreso durante los meses en que hace efectivo el derecho, el monto equivalente a la Remuneración Consolidada más la bonificación que estuviere percibiendo, el día previo al que ejerce el descanso, sea esta la "bonificación por desempeño efectivo por cargo de responsabilidad" o la "bonificación por función administrativa y de apoyo operativo efectivo", establecidas en los literales a) y b) del artículo 8 del Decreto Legislativo N° 1132, Decreto legislativo que aprueba la nueva estructura de ingresos aplicable al personal militar de las fuerzas armadas y policial de la policía nacional del Perú, respectivamente."



COMISIÓN DEFENSA NACIONAL, ORDEN INTERNO,
DESARROLLO ALTERNATIVO Y LUCHA CONTRA LAS
DROGAS

PRE DICTAMEN RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY 1916/2016-PE, QUE PROPONE LA “LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 2 E INCORPORA EL ARTÍCULO 4-A A LA LEY 28308, LEY QUE REGULA EL USO DEL DESCANSO PRE Y POSTNATAL DEL PERSONAL FEMENINO DE LAS FUERZAS ARMADAS Y POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ”.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

Primera. Excepción

Para efecto de la aplicación del artículo 2 de la presente Ley, exceptúese a los Pliegos Ministerio de Defensa y Ministerio del Interior de la prohibición contenida en el artículo 6 de la Ley N° 30518, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2017.

Segunda. Financiamiento

La aplicación de lo establecido en la presente Ley, se financia con cargo al presupuesto institucional de los Ministerios de Defensa e Interior, sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público.

Tercera. Adecuación

Adecúese los reglamentos de la Ley N° 28308, Ley que regula el uso de descanso pre y postnatal del Personal Femenino de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú y del Decreto Legislativo N° 1132, Decreto Legislativo que aprueba la nueva estructura de ingresos aplicable al personal militar de las Fuerzas Armadas y policial de la Policía Nacional del Perú; en un plazo no mayor de treinta días, el cual está a cargo de los Ministerios de Defensa e Interior coordinadamente.

Dese cuenta.

Sala de sesiones.

Lima, octubre de 2017