



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL  
PIRHUA

# EL PERMISO PARENTAL: UN DERECHO PENDIENTE EN EL PERÚ

Luz Pacheco-Zerga

Lima, 2002

FACULTAD DE DERECHO



Esta obra está bajo una [licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](#)

## EL PERMISO PARENTAL: UN DERECHO PENDIENTE EN EL PERÚ

ABREVIATURAS UTILIZADAS _____	5
Introducción _____	6
1. Familia y trabajo: dos ejes de la vida humana _____	8
<i>1.1. Familia</i> _____	8
<i>1.2 Trabajo</i> _____	14
2. De la maternidad a la parentalidad: la nueva dimensión en las responsabilidades familiares. _____	18
<i>2.1 En el Derecho comparado</i> _____	19
2.1.1 En el Derecho europeo _____	19
2.1.1.1 Protección de la maternidad _____	19
2.1.1.2 Del permiso por paternidad al permiso parental _____	20
2.1.2 En el Derecho español _____	22
2.1.2.1 Conciliación de la vida familiar y la profesional _____	22
2.1.2.2 El permiso por paternidad _____	23
2.1.2.2.1 Naturaleza jurídica _____	24
2.1.2.2.2 Bien jurídico tutelado _____	28
2.1.2.2.3 La titularidad del derecho _____	29
2.1.2.2.4 El régimen de ejercicio del derecho _____	30
a) Aviso oportuno _____	30
b) Plazo del permiso _____	31
c) Remuneración computable _____	33
d) Efectos del permiso sobre el plazo del contrato y el período de prueba _____	34
2.1.2.2.5 La adopción y el acogimiento familiar _____	35
<i>2.2 En el Derecho peruano</i> _____	35
3. La licencia por paternidad en los anteproyectos presentados al Congreso del Perú. ____	39
<i>3.1 Características de las licencias por paternidad</i> _____	39
<i>3.2 Permisos y licencias. La licencia por adopción</i> _____	41
<i>3.3 Titular del derecho</i> _____	43
<i>3.4 Ejercicio del derecho</i> _____	44
a) Aviso oportuno _____	44
b) Plazo del permiso _____	46
c) Trabajadores con jornadas atípicas y/o parciales _____	47
	3



d) Remuneración del permiso _____	47
e) Enfermedad y muerte de cónyuge, hijo y parientes próximos _____	48
4. Conclusiones: Conciliando intereses familiares y profesionales: una propuesta legislativa. _____	49
Anexo I: Cuadro resumen de Anteproyectos _____	56
Anexo II: Cuadro resumen de Licencia por Adopción _____	56
Bibliografía _____	57

### **ABREVIATURAS UTILIZADAS**

AS	Aranzadi Social
CC	Código Civil peruano
CP	Constitución del Perú
ET	Estatuto de los Trabajadores
OIT	Organización Internacional del Trabajo
RCLA	Repertorio Cronológico de Legislación Aranzadi
Rdley	Real Decreto Ley
RJ	Repertorio Judicial
RTCT	Resolución del Tribunal Central de Trabajo
SSTSJ	Sentencias del Tribunal Superior de Justicia
SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia de Tribunal Superior de Justicia



## EL PERMISO PARENTAL: UN DERECHO PENDIENTE EN EL PERÚ

### Introducción

El progreso de un pueblo tiene relación directa con la regulación jurídica del trabajo humano, que es el eje del desarrollo personal y social. Los países en vías de desarrollo, como el Perú, anhelan un nivel de vida acorde con la dignidad humana, pero estos deseos muchas veces se frustran por la corrupción, que adquiere niveles cada vez más profundos en intensidad y extensión. Los valores en alza, para muchos, son los que identifican la calidad de vida con el nivel de bienestar material, predominando el utilitarismo sobre los valores fundamentales, siendo la familia una de las primeras afectadas.

Se puede afirmar que la sociedad actual se estructura desde la empresa porque el valor más cotizado es el monetario. Los acontecimientos familiares –alegres o dolorosos- son relegados por las exigencias de la productividad. El trabajo se ordena a la acumulación de dinero y bienes, pero sin satisfacer las necesidades humanas fundamentales. Es frecuente que en los hogares donde ambos cónyuges trabajan y los niveles de renta familiar se elevan, los hijos terminen por no encontrar el apoyo y la atención gratuita y paciente que necesitan en momentos delicados de su crecimiento y los mismos cónyuges tampoco encuentren el uno en el otro la disponibilidad personal que es constitutiva del ambiente de familia. Así pues, crece el bienestar pero empeora la calidad de vida. Y con ella, la calidad ética de los ciudadanos.

El incumplimiento de las normas laborales, especialmente las referidas a los tiempos de trabajo y descanso, se está convirtiendo en un mal endémico justificado por la competitividad y la productividad. Por otro lado, subsiste una mentalidad que reserva para la mujer las responsabilidades familiares y se refleja en la regulación de los permisos en la relación laboral. Para corregir esta situación es necesario que el auténtico sentido ético guíe el mundo de los negocios, que equivale a decir, el mundo del trabajo<sup>1</sup>. Esta tarea exige fortalecer la institución familiar, facilitando las condiciones para que los padres puedan darles a sus hijos la atención y la educación que desean transmitirles, compaginando estos deberes con las obligaciones laborales<sup>2</sup>. A la vez, es necesario respetar el derecho del empleador de contar con la plantilla adecuada en el momento preciso. Conciliar, pues, la vida familiar con

---

<sup>1</sup> La ética es el estudio de la acción humana, de cómo se forja el hombre por su quehacer para alcanzar la felicidad. Ninguna acción es neutral desde el punto de vista ético. El comportamiento ético es el que permite alcanzar la felicidad. Por eso, las leyes de la economía han de someterse a la ética. Suele afirmarse que “los negocios son los negocios”, pero lo serán sólo si son éticos, de lo contrario, serán malos negocios pues no hay autonomía de la actividad económica, que también debe orientarse al bien del hombre, es decir, a su felicidad. Cf. POLO, Leonardo, *Ética. Hacia una versión moderna de los temas clásicos*, 1a ed., Madrid, AEIDOS & Unión Editorial, S.A., 1996.

<sup>2</sup> Para un estudio actual de este tema Cf. BUTTIGLIONE, Rocco, *La persona y la familia*, ed. Biblioteca Palabra, trans. Antonio Esquivias, 1a ed., Madrid, Palabra, 1999.

la profesional interesa al orden público y a los intereses privados, por eso corresponde al Estado promoverla con los mecanismos a su alcance.

En el Perú, un paso importante en esta materia lo constituye la Ley 27409, que desde el año 2001 permite a los trabajadores de ambos sexos solicitar una licencia con goce de haber por 30 días naturales, cuando adopten a un menor de doce o menos años de edad. Paradójicamente, hasta la fecha no se ha reconocido un derecho similar al padre biológico. El Ordenamiento peruano ha seguido un orden distinto al del Derecho Comparado donde el permiso por paternidad biológica antecede cronológicamente al otorgado por adopción<sup>3</sup>.

Hasta la fecha se han presentado cuatro anteproyectos al Congreso peruano sobre permiso por nacimiento de hijo. Resulta significativo que uno de ellos sea del año 2000 y tres, del 2001. No se encuentran antecedentes en las anteriores legislaturas<sup>4</sup>. El reconocimiento de este derecho *ex opere lege* ayudará a lograr un cambio de mentalidad en la responsabilidad compartida del padre y de la madre en el cuidado y educación de los hijos. Asimismo protegerá a los trabajadores para que puedan cumplir con los deberes familiares que sean prioritarios, sin incumplir con sus obligaciones laborales conforme se reconoce en la Constitución del Perú (Arts. 4 y 23.3)<sup>5</sup>.

Mientras que en la legislación peruana éste es un derecho pendiente, en el Ordenamiento de la mayoría de los países de la Unión Europea cuenta con lustros de antigüedad y las últimas reformas se orientan a la extensión de los días de permiso, a fin de lograr una mejor armonización entre los deberes familiares y profesionales de los trabajadores<sup>6</sup>.

La necesidad de proteger jurídicamente el derecho del trabajador para ausentarse del trabajo, sin pérdida de la remuneración, a fin de atender un deber familiar prioritario, exige que la normativa se adecúe a los deberes de justicia y solidaridad propios del vínculo familiar y a la realidad socio-económica circundante. Por tanto, para determinar si la normativa vigente en el Perú y las propuestas legislativas para otorgar un permiso por paternidad responden

<sup>3</sup> En España, el primer paso fue la equiparación de la adopción a la maternidad natural, asimilando la constitución de la adopción al parto, por exigencias de no discriminación por filiación de acuerdo a la Constitución y al Código Civil. Cf. RIVAS VALLEJO, María del Pilar, *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*, 1a ed., Aranzadi Derecho Laboral, Pamplona, Aranzadi S.A., 1999., 85 y ss.

<sup>4</sup> De acuerdo a la información brindada por el Congreso del Perú en el portal de Internet: <http://www.leyes.congreso.gob.pe/>

<sup>5</sup> En adelante CP. Esta primacía se sigue al orden natural de las cosas y no porque así lo disponga la Constitución, ya que ésta cumple la función, por medio del Derecho, de limitar el poder, afirmando una esfera de derechos y libertades en favor de los ciudadanos. En otras palabras, el Derecho no se reduce a la Constitución sino que la antecede y mide para determinar si su contenido es conforme o no, con lo que en justicia le corresponde a cada ciudadano. Sin embargo, la referencia se justifica porque indica una mayor conciencia de la obligatoriedad jurídica de la cuestión. Sobre la función de la Constitución y su relación con los derechos y libertades: Cf. PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos, *En Defensa de la Constitución*, 1a ed., Colección Jurídica, Piura, Universidad de Piura, 1997., 429 y ss.

<sup>6</sup> Así, en Francia, desde el 1 de enero de 2002, los padres trabajadores pueden disfrutar de un permiso de once días por nacimiento de un hijo y de dieciocho, si el parto es múltiple (**Code du Travail**, Article L122-25-4, inséré par Loi N° 2001-1246, du 21 décembre 2001, art. 55 I Journal Officiel du 26 décembre 2001).



adecuadamente a estos deberes básicos es necesario analizar los dos ejes sobre los que se apoya esta figura jurídica: la familia y el trabajo, así como sus mutuas relaciones. Como acertadamente afirma Rivas Vallejo: si lo que nos interesa es identificar “la esencia de la figura y las razones que han llevado a su creación, no podemos limitarnos al estudio de lo ya *positivado* como punto de partida, sino a las razones teleológicas que persigue la figura en sí misma, con independencia del caso concreto”<sup>7</sup>.

A continuación estableceremos el estado de la cuestión en la protección de la maternidad y la paternidad en el Derecho Comparado, con especial referencia al español. Seguidamente estudiaremos la naturaleza jurídica y el contenido del permiso en los anteproyectos presentados al Congreso, para terminar con una propuesta legislativa sobre la materia.

## 1. Familia y trabajo: dos ejes de la vida humana

### 1.1. Familia

En el Ordenamiento peruano la relación entre matrimonio y familia es manifiesta tanto en el texto constitucional<sup>8</sup> como en el Código Civil<sup>9</sup>. El matrimonio es regulado como el núcleo del cual surge la familia con los consiguientes lazos de parentesco, reconociéndoles a ambos el carácter de instituciones de derecho natural<sup>10</sup>. A diferencia de otros Códigos<sup>11</sup>, el peruano ha definido el matrimonio<sup>12</sup>, pero no a la familia ni al parentesco. Determinar la esencia y fines del matrimonio exige acudir a otras ciencias pues el dato de la ley positiva no es suficiente por sí solo<sup>13</sup>. Este análisis<sup>14</sup> permite concluir que la familia se fundamenta en el

<sup>7</sup> RIVAS VALLEJO, *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos.*, 39.

<sup>8</sup> “La comunidad y el Estado (...) también protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad” (Art. 4)

<sup>9</sup> “La regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú” (Art. 233).

<sup>10</sup> Cf. CP, 4.

<sup>11</sup> Cf. ENNECCERUS, LUDWIG (+)/ KIPP, THEODOR(+), WOLFF, MARTIN, *Tratado de Derecho Civil*, trans. Blas Pérez González y José Alguer (+), 2ª castellana y 20ª alemana ed., V vols., vol. IV, *Derecho de Familia (Vol. I)*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1979., 12.

<sup>12</sup> “El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida común” (Art. 234).

<sup>13</sup> “Una tarea esencial de la Universidad es recuperar el tema de la verdad y la pasión por la verdad, ¡que es la razón originaria de la Universidad! “Nuestra época, en efecto –ha escrito Juan Pablo II-, tiene necesidad urgente de esta forma de servicio desinteresado que es el de proclamar el sentido de la verdad, valor fundamental sin el cual desaparecen la libertad, la justicia y la dignidad del hombre” (Const. Apost. *Ex corde Ecclesiae*, 15.VIII.1990, n.4). Y es que en la Universidad lo que está en juego es el significado de la investigación científica y de la tecnología, de la convivencia social, de la cultura, pero más profundamente todavía, está en juego el significado mismo del hombre (*Ibid*, n. 7)”. RODRÍGUEZ, Pedro, “La responsabilidad de los cristianos en la vida universitaria. Consideraciones acerca de la relación entre naturaleza y cultura.” *Scripta Theologica* XXXIII, no. 1 (2001).

<sup>14</sup> El discurso para llegar a estas conclusiones excede el objeto del presente estudio, por eso remito a CORNEJO CHÁVEZ, Héctor, *Derecho Familiar Peruano*, 9ª ed., II vols., vol. II, Lima, Gaceta Jurídica Editores S.R.L., 1998. ENNECCERUS, *Tratado de Derecho Civil*. BUTTIGLIONE, *La persona y la familia..* II, JUAN PABLO, *Familiaris consortio*, Ciudad del Vaticano, 1982. HERVADA, Javier, *Cuatro lecciones de Derecho*



matrimonio, que es la unión jurídica, plena y total, de un varón y de una mujer en su virilidad y feminidad, que comporta una comunidad indivisible de vida, fundada en el amor y ordenada a la generación y educación integral de los hijos, así como a la mutua ayuda.

Esta precisión es importante para el Derecho del Trabajo porque la conciliación de la vida familiar con la laboral, en orden a fortalecer la capacidad ética de las futuras generaciones, entronca directamente con el concepto de familia que se utilice. Los términos “familia” y “matrimonio” han dejado de ser unívocos. Por eso, es necesario profundizar en los fundamentos antropológicos y filosófico-jurídicos de ambos institutos.

Cuando se afirma que el matrimonio es una institución natural se quiere decir que nace de la naturaleza humana y que su esencia -el vínculo- sus propiedades y sus fines, así como el conjunto de derechos y deberes que comporta, son de ley y derecho naturales. Es decir, responde a la estructura óptica de la persona y no a las disposiciones de la ley positiva<sup>15</sup>. Por esta misma razón, el derecho a contraer matrimonio no es una *concesión del legislador* a los particulares sino una exigencia de justicia fundamentada en la misma naturaleza humana, anterior al Estado, que ningún poder puede ignorar, restringir o despreciar arbitrariamente<sup>16</sup>.

No obstante, en el estado actual de las ciencias sociales, es necesario puntualizar que toda persona está naturalmente (y no socialmente) constituida como varón o como mujer. El varón y la mujer están hechos naturalmente el uno para el otro, lo cual se manifiesta en la mutua atracción entre sexos que experimentan todas las personas normalmente constituidas: esta tendencia comporta una forma específica de unión<sup>17</sup>, que a su vez se ordena también naturalmente a la función reproductora<sup>18</sup>.

---

*Natural. Parte especial*, 4ª ed., Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., 1998. II, *Familiaris consortio*.

<sup>15</sup> La unión del varón y de la mujer que contraen matrimonio se denomina también *conyugal*. Este calificativo resalta la unidad esponsal –no fusión- de los esposos, que es también unidad social y de justicia, que establece un vínculo jurídico entre ambos, fundamentada en “la profundísima unidad que, por la misma naturaleza, está dispuesta entre lo femenino y lo masculino. Y en este sentido, no existe en la naturaleza una unidad tan básica, elemental y natural como aquella que se produce entre los esposos, entre la virilidad y la feminidad entregadas en su totalidad a título de deuda en la alianza [matrimonial]”. VILADRICH, Pedro- Juan, *Agonía del matrimonio legal. Una introducción a los elementos conceptuales básicos del matrimonio*, División Interdisciplinaria para la Familia (DIF), Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., 1984, 157.

<sup>16</sup> “Así quedan fuera de la competencia del legislador *la constitución de la esencia de la unión conyugal, las propiedades esenciales de esta unión, el contenido nuclear de lo conyugal, las líneas básicas del desarrollo de la vida matrimonial y familiar y la esencia del pacto matrimonial*”, *Ibid.*, 179.

<sup>17</sup> Resultan muy ilustrativas a este respecto las consideraciones de CASTILLA Y CORTÁZAR, Blanca, *Persona y género. Ser varón y ser mujer.*, Barcelona, Ediciones Internacionales Universitarias, 1997.

<sup>18</sup> Paternidad y maternidad potenciales son dimensiones naturales de la virilidad y de la feminidad. Varón dice relación a ser padre y mujer dice relación a ser madre. El acto conyugal es el acto natural de fecundación. El matrimonio está naturalmente ordenado a la reproducción pero no se agota en éste pues se trata de personas:



Sin embargo, desde hace varios años asistimos a una revisión del concepto de familia, especialmente en los países de mayor desarrollo industrial<sup>19</sup>, que tiende a modificar la extensión de los derechos laborales relacionados con ella<sup>20</sup>. A la vez, la sociedad actual considera la familia un bien en alza, pero el divorcio, las uniones de hecho, las relaciones prematrimoniales y los nacimientos fuera del matrimonio van teniendo cada vez mayor aceptación. La búsqueda de una equiparación jurídica entre el matrimonio y las uniones de hecho tanto heterosexuales como homosexuales va teniendo cada vez más aceptación en la algunas legislaciones, en la doctrina científica y en la jurisprudencia<sup>21</sup>.

El origen de esta dualidad ética contrastante proviene, en parte, de considerar que la familia es una institución social, producida por causas sociales, y no una institución natural. De este modo, la sociología reduce las relaciones intra-familiares a una dimensión estructural, prescindiendo de la existencial y las identifica como puros roles. El resultado es reducir la comunidad familiar a una especie de "mecano", en el que se oculta el amor, verdadero principio existencial y dinámico de la familia<sup>22</sup>. La familia se concibe como una estructura compuesta por diversos elementos que guardan entre sí determinadas relaciones denominadas paternidad, filiación, fraternidad y conyugalidad, que se identifican con el desempeño de un rol. Es posible, según esta teoría, ejercer sobre ella un trabajo de ingeniería introduciendo alteraciones o cambios en el esquema tradicional, modificando las características de los sujetos que soportan cada rol e, incluso, la índole misma del rol, al menos hasta cierto punto. La familia es así considerada como una pura construcción,

---

además los padres deben recibir a esos hijos en el seno de la comunidad conyugal y cuidarlos y educarlos para cumplir. Cf. por todos HERVADA, *Cuatro lecciones de Derecho Natural. Parte especial*.

<sup>19</sup> Aún cuando no tenga el carácter general que expresan los medios de comunicación. Así, por ejemplo, el *Centro Internazionale Studi Famiglia*, coordinado por Pierpaolo Donati de la Universidad de Bolonia, en su 7º Informe ofrece los siguientes datos sobre la realidad sociológica en Italia:

Solteros no viudos: 3,8% de la población Uniones libres: 1,6 %

Familias "reconstruidas": 2%

Madres solas no viudas: 2,6%

Padres solos no viudos: 0,4%

Total: 10,4% de la población. Lo que refleja que casi el 90% está integrado por las familias tradicionales. Concluye el informe que estos resultados ponen de manifiesto que la "diversificación" de la familia es más bien un mito por tres razones fundamentales:

- a) el ideal de familia sigue siendo el mismo (es el más deseado)
- b) las denominadas "nuevas familias" son más bien condiciones familiares provocadas por la ruptura o fragmentación de la familia
- c) las "uniones libres" en todas sus formas no son una alternativa o equivalente funcional a la familia sino otro tipo, sustancialmente diferente, de relaciones primarias. Citado por CONTRERAS, Diego, "Los "nuevos tipos de familia" en Italia," *ACEPRENSA*, 14.XI.2001 2001.

<sup>20</sup> Cf. MARÍN ALONSO, Inmaculada/ GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, *Familia y trabajo: el régimen jurídico de su armonización*, Murcia, Laborum, 2001.

<sup>21</sup> Cf. entre la múltiple bibliografía sobre el tema cito sólo a FORNÉS, Juan, "Matrimonio y uniones de hecho," *Ius Canonicum* XL, no. 80 (2001). MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, José Luis, "La familia en la Constitución española," *Revista Española de Derecho del Trabajo* 58 (2000). y MARÍN ALONSO, *Familia y trabajo: el régimen jurídico de su armonización*.

<sup>22</sup> «Así como sin amor la familia no es una comunidad de personas, así también sin el amor la familia no puede vivir, crecer y perfeccionarse como comunidad de personas» II, *Familiaris consortio*. nn. 17-21.

generada por múltiples causas contingentes, sin una dinámica intrínseca -natural- sino sólo un valor funcional o instrumental, en donde los fines son introducidos por el individuo, según los intereses de su subjetividad. La ética concomitante a este planteamiento es que se podrá hacer todo aquello permitido por las limitaciones físicas y la armonización de las mutuas esferas de libertad<sup>23</sup>.

La consecuencia es una juridificación completa de la vida social, en el sentido de que el Derecho se convierte en la forma exclusiva de las relaciones entre las personas, invadiendo ámbitos que hasta ahora quedaban reservados para el amor o para el deber ético. Esto es más patente, si cabe, en el ámbito de las relaciones de paternidad y filiación. Por lo que se refiere a la primera, las posibilidades de construcción y la hegemonía del Derecho se incrementan todavía más y se potencian mutuamente: el hijo se considera parte de la calidad de vida. Los padres eligen cuándo<sup>24</sup> y cómo tener al hijo, inclusive sus características genéticas: los abortos con fines eugenésicos son cada vez más frecuentes. El hijo se convierte en un bien útil, asemejándolo a las cosas. De este modo, la distinción más radical que conoce el Derecho, aquella que separa las personas de las cosas, se atenúa fuertemente. Hasta el siglo pasado, las personas podían tener propiedades, pero no ser propiedad. Ahora pueden, al menos, ser “derecho de otro” por las técnicas de fecundación artificial<sup>25</sup>. Así se modifica de modo sustancial la esencia de la familia y se atenta contra una institución básica para el bien social<sup>26</sup>.

Esta “reingeniería social” se fundamenta también en el liberalismo cerrado, que entiende al individuo como aislado en sí mismo, y a su libertad como un absoluto, que

<sup>23</sup> Cf. SERNA BERMÚDEZ, Pedro, "Reivindicación europea de la familia. Una interpretación," *Iustitia* LXXII, no. 3-4 (1994).

<sup>24</sup> Es un derecho de los padres decidir el número de hijos y el tiempo de su concepción, pero no son derechos absolutos, pues si engendran un hijo en fecha no deseada no tienen derecho a quitarle la vida.

<sup>25</sup> Las técnicas de fecundación **in vitro** han permitido a una pareja de lesbianas sordas engendrar –**ex profeso**– una hija sorda, con el fin de compartir su discapacidad. Cf. ACIPRENSA, *Lesbianas tienen hija sorda por fecundación in vitro* (ACIPRENSA, <http://216.239.39.100/search?q=cache:SIenUZ9Kxv8C:www.aciprensa.com/america4.htm+lesbianas+hijos+sordos&hl=es> 2002 [cited 17.4.02 2002]). La injusticia de estas situaciones lleva a plantearse la responsabilidad del Estado, que no puede permanecer neutral, tanto en las técnicas de fecundación **in vitro** como respecto a las uniones de hecho homosexuales. Al Estado le compete “identificar, desalentar y obstaculizar deliberada y públicamente aquello que es dañoso y malo; y debe por medio de sus prohibiciones criminales y sanciones (al igual que por sus otras leyes y políticas), asistir a personas con responsabilidades de padres, para educar a los niños y a la gente joven en la virtud y para desalentar sus vicios. Algo muy distinto es, en cambio, sostener que esa **ratio** requiere o autoriza al Estado a dirigir a la gente hacia la virtud y alejarla del vicio incluso por medio de la penalización de actos viciosos realizados por adultos en secreto y verdaderamente consensuales.” FINNIS, JOHN, "Derecho, moral y "orientación sexual", " *Persona y Derecho*, no. 41 (1999).

<sup>26</sup> “Hoy se reconoce que la familia no es sólo el eje capital del Derecho privado, sino que reviste también importancia considerable para la moralidad pública, para la conservación de la especie, para el aumento de la población, para la trabazón social y para la solidez de la estructura política (...) base insustituible para una organización estable y eficaz”. PÉREZ SERRANO, N. (1984) *Tratado de Derecho Político*, 2ª edición, *Civitas*, Madrid, citado por MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, "La familia en la Constitución española," 12, nota 3.



engendra un deber correlativo por parte de la sociedad. Con este planteamiento se corta el nexo entre la libertad del individuo y el contenido de los valores por los que opta. No interesa cuál sea el contenido de la voluntad: es suficiente el querer. Con estos presupuestos, la consecuencia lógica es considerar que el tratamiento jurídico que privilegia a la familia fundada sobre el matrimonio sobre las demás formas de convivencia *more uxorio* atenta con los principios de no discriminación y tolerancia reconocidos en los Ordenamientos del mundo occidental<sup>27</sup>. El razonamiento en estos casos suele tener la siguiente secuencia lógica: “a) quien rige la sociedad -el Estado- no puede determinar unos valores por encima de otros; b) por respeto a la libertad de cada uno, hay que considerar iguales todas las opciones; c) por tanto cualquier reivindicación tiene fuerza absoluta simplemente porque alguien la quiere y reclama; d) el derecho debe ajustarse a toda reivindicación, si no quiere incurrir en la injusticia de una discriminación en razón de la libertad de las opciones individuales”<sup>28</sup>. El sofisma del razonamiento es descubierto ante la evidencia de que no todos los valores son iguales, “ni todas las opciones de la voluntad se enraízan en un bien que merezca la protección social ni implican relaciones intersubjetivas que entrañen una dimensión de justicia y por tanto menos aún pueden exigir la misma protección social. En realidad, sólo puede hablarse de discriminación injusta cuando a lo que es igual se le otorga sin motivo un tratamiento desigual, no cuando se tratan de manera dispar realidades distintas; en este caso la distinción es justa: más aún, obligada, porque la discriminación estaría precisamente en tratar idénticamente lo diverso”.

La función que cumple el matrimonio -y la familia a la que da origen- es diferente a la de otras formas de convivencia o actos en los que también puede haber procreación de individuos o relaciones *more uxior* y de parentesco. El sentido común nos dice, y la experiencia lo confirma, que no es lo mismo utilizar la sexualidad arbitrariamente, que contraer matrimonio y fundar una familia. Tampoco es lo mismo para la sociedad, tanto por el tipo de relación existente entre los sujetos, como por la importancia que tiene la recepción y educación de los nuevos ciudadanos. En definitiva, como bien dice Bañares, no se trata solamente de una cuestión de moral: son dos contenidos objetivamente distintos, inclusive sin tener en consideración su valoración moral.

Tenemos entonces que la familia fundada en el matrimonio establece relaciones de parentesco directo (las derivadas de la generación -paternidad, maternidad, filiación, fraternidad-) e indirecto (las que provienen del parentesco directo de la otra parte: suegros,

---

<sup>27</sup> Así, por ejemplo la Constitución Política del Perú señala en el Art. 2.2 “Toda persona tiene derecho: (...) a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”. El texto constitucional español, por su parte establece en el artículo 14: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Esta discriminación frente a las personas de otra nacionalidad se atempera con lo preceptuado en el Art. 10 de la misma Constitución, que reconoce los derechos fundamentales a toda persona sin distinción.

<sup>28</sup> BAÑARES, Juan Ignacio, "Derecho, antropología y libertad en las uniones de hecho," *Ius Canonicum* XXXIX, no. 77 (1999).

cuñados, etc.) en las que existe una relación de justicia. Por eso se puede decir que “la conyugalidad es la forma propiamente humana de dar origen a las demás relaciones que se dan en el orden del ser”<sup>29</sup>. Si bien es cierto que tanto la conyugalidad como el parentesco están comprendidos en las llamadas relaciones familiares, también lo es el que la conyugalidad sea el fundamento y origen del carácter familiar a las relaciones de parentesco, por la dimensión personal que entraña.

Por las razones anotadas, al Estado le corresponde dictar normas que protejan el matrimonio y la institución familiar, sin temor a violar el principio de no discriminación o el de tolerancia<sup>30</sup>. Es evidente que en ésta se generan derechos y deberes específicos entre los cónyuges, y de los padres en relación con los hijos, y –consecuentemente también- del Estado en relación al núcleo familiar. Esta protección, recomendada por la doctrina científica desde hace varias décadas, exige una “intervención estatal mediante leyes, las cuales hoy, no sólo han de dirigirse a dar a la familia una estructura interna acorde con las concepciones, las aspiraciones y las posibilidades actuales, misión del Derecho civil, sino que, en el campo del Derecho social, e incluso en el del Derecho Fiscal, tenderán a crear las condiciones más favorables para la subsistencia de ésta”<sup>31</sup>. Desde que fueron escritas esas líneas el Derecho Fiscal ha evolucionado y hoy existen normas que protegen a las familias numerosas y se orientan –indirectamente- a promover el nacimiento de niños para elevar los índices de natalidad en algunos países de la Unión Europea. En América Latina no existe ese problema, pero es evidente que en todos los Ordenamientos las normas tributarias tienen en cuenta la deducción de gastos por cargas familiares. En el campo del Derecho social -hoy comúnmente denominado Derecho del trabajo- las normas laborales se orientan a la mejor conciliación de las obligaciones familiares con las laborales, como tendremos oportunidad de analizar más adelante.

Las reflexiones anteriores no son una cuestión que interese sólo a la Filosofía del Derecho o al Derecho Civil, porque del concepto de familia que se adopte se siguen

<sup>29</sup> “Si bien es cierto que el parentesco es una realidad biológica que se establece como una relación en el orden mismo del ser a través de la generación; (...) a su vez, la dignidad de la persona humana -de los padres, y de los hijos- exige que su fuente sea la conyugalidad, que es la única relación que se da en el orden del ser y que no proviene de un origen biológico sino de un acto específico de libertad por el que una mujer y un varón se constituyen en esposos”. Cf. Ibid.

<sup>30</sup> La tolerancia tiene marcada sus límites por la naturaleza de las cosas: esto es evidente en el plano ecológico donde no todo lo que se puede hacer, se debe hacer, porque el punto de referencia es mantener y preservar el ecosistema. De modo semejante, la manipulación arbitraria de la familia, que se encuentra íntimamente ligada al ejercicio de la sexualidad humana, trae consigo la *degradación del hombre, su deshumanización y, con ella, la de la sociedad que lo cobija*. Cf. VILADRICH, *Agonía del matrimonio legal. Una introducción a los elementos conceptuales básicos del matrimonio*.

<sup>31</sup> LA CRUZ BERDEJO, José Luis; ALBALADEJO, Manuel, *Derecho de Familia. El matrimonio y su economía*, Barcelona, Librería Bosch, 1963, 18.





consecuencias prácticas para el Derecho del Trabajo<sup>32</sup>. Privilegiar al matrimonio en el ámbito de los beneficios laborales es una forma de proteger y alentar su extensión, de modo similar a como la bonificación del cien por ciento para las cotizaciones del personal de reemplazo por maternidad, es un modo de proteger la maternidad y la natalidad y de disminuir la carga social del empresario<sup>33</sup>.

## 1.2 Trabajo

El trabajo es otro de los ejes sobre el cual gira el desarrollo de la persona. El reconocimiento de su valor humano y sobrenatural<sup>34</sup> ha evolucionado lentamente. En esta tarea intervienen instituciones, juristas e investigadores de las ciencias sociales en una tarea interdisciplinaria que sigue abierta. Es preciso destacar el aporte de la Doctrina Social de la Iglesia así como de los Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo para lograr condiciones de trabajo más dignas con una regulación jurídica del trabajo que contribuya a resolver las injusticias sociales, las discriminaciones y a conciliar los deberes profesionales con los familiares.

La persona al trabajar pone en juego sus capacidades físicas, intelectuales, volitivas y afectivas. No sólo se trabaja por dinero aunque la remunerabilidad sea un elemento característico de la relación laboral<sup>35</sup>. El hombre contribuye con su trabajo al desarrollo de las ciencias y de la técnica, es decir, a la elevación cultural, científica y moral de la sociedad en la que vive.

Por estas razones se puede afirmar que el trabajo es una actividad propia del hombre<sup>36</sup>, que se distingue netamente de la que realizan los animales para conseguir lo necesario para su sustento: “solamente el hombre es capaz de trabajar”<sup>37</sup>. Al trabajar el hombre transforma la naturaleza, convirtiéndola en un “mundo” al dotar de sentido y utilidad nuevos la función natural de las cosas<sup>38</sup>. Por el trabajo, el hombre adapta la materia del mundo a sus propias

---

<sup>32</sup> En España las controversias por la extensión de los beneficios reconocidos en la ley y los convenios colectivos en virtud del matrimonio, a las uniones de hecho son numerosas. Cito como ejemplo STSJ Madrid 25 marzo 1998 (AS 1998, 806), que rechaza el permiso por matrimonio a quienes acrediten una unión de hecho. También la negativa a conceder los permisos por enfermedad de parientes por afinidad a las parejas de hecho porque la afinidad presupone el matrimonio Cf. SSTS 18 febrero y 27 mayo 1998 (RJ 1998, 2209 y 4932), entre otras.

<sup>33</sup> Es el caso de España de acuerdo al Rdley 11/1998, de 4 de setiembre.

<sup>34</sup> El valor sobrenatural del trabajo tiene relación directa con la Encarnación del Hijo de Dios, pero recién ha sido “descubierto” en toda su riqueza en el siglo XX. Tanto la Teología del trabajo como la ascética del trabajo se desarrollan en los últimos decenios. Cf. por todos II, JUAN PABLO, *Laborem exercens*, Castelgandolfo, 1981. ESCRIVÁ DE BALAGUER, Josemaría, *Es Cristo que pasa. Homilias*, 21a ed., Madrid, Ediciones Rialp, S.A., 1985. y DONATI, Pierpaolo, "El significado del trabajo en la investigación sociológica actual y el espíritu del Opus Dei," *Romana Estudios* 1985 -1996 (1996).

<sup>35</sup> Cf. por todos ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup> Emilia, *Derecho del Trabajo*, 19 ed., Madrid, Civitas, 2001., 41

<sup>36</sup> Utilizamos este vocablo en su acepción genérica, comprendiendo tanto a la mujer como al varón.

<sup>37</sup> II, *Laborem exercens*.

<sup>38</sup> El simple hecho de entregar una rosa a otra persona en señal de afecto o admiración, ha modificado la función natural de esa flor, enriqueciendo así al mundo y a las personas y dando origen a la cultura. Cf. RODRÍGUEZ,

necesidades, pero no constituye el sentido del mundo, del mismo modo que no lo constituye en el ser. Más bien, desvela y reconoce ese sentido, que es puesto por el Creador. Esta es una de las funciones más nobles del trabajo porque comprendiendo el sentido del mundo, el hombre capta mejor su propio ser. Y ésta es la diferencia esencial entre la actividad humana y la animal, porque si bien es cierto que el hombre transforma el mundo impulsado por su instinto de conservación, a la vez, lo trasciende porque es capaz de experimentar –en el desarrollo de esa actividad- su propia dignidad<sup>39</sup>. Podríamos concluir afirmando que todo trabajo lleva implícito un proyecto personal y, por eso, en la regulación del trabajo no puede desligarse la actividad en sí misma de la persona que la realiza.

Por estas razones el trabajo debe prestarse en condiciones que permitan al trabajador captar el por qué y el para qué de su actividad, que enlaza con el sentido de la propia vida y la de sus semejantes. Y para conseguirlo es necesario que la actividad profesional se subordine a los valores más altos, que son –precisamente- los que orientan y dan sentido a la vida<sup>40</sup>. Se conseguirá esta subordinación en la medida que las condiciones de tiempo y modo de la prestación del servicio, así como la retribución que debe pagar el empleador, sean acordes con las necesidades del trabajador, en primer lugar<sup>41</sup> pero teniendo en cuenta también las necesidades productivas y las utilidades a las que tiene derecho el empresario. Haciéndose eco de esta necesidad la CP ha consagrado el derecho del trabajador a recibir un trato digno, que respete sus derechos fundamentales (Art. 23); que la remuneración sea “equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual” (Art. 24) y que pueda gozar de los necesarios espacios de descanso (Art. 25).

Conseguir estas condiciones es un reto siempre actual para el Derecho del Trabajo que, desde sus orígenes, ha velado por dignificar las condiciones de vida de los trabajadores asalariados<sup>42</sup>. Una cuestión que no podemos dejar de mencionar es que tradicionalmente el Derecho del Trabajo ha regulado sólo el trabajo dependiente<sup>43</sup>. Los servicios profesionales independientes o autónomos se rigen por otras ramas del Ordenamiento. Sin embargo, en

---

"La responsabilidad de los cristianos en la vida universitaria. Consideraciones acerca de la relación entre naturaleza y cultura..."

<sup>39</sup> Cf. BUTTIGLIONE, *La persona y la familia.*, 168 y ss.

<sup>40</sup> “En cierto sentido, se podría decir que mediante el trabajo el hombre se hace más hombre. Precisamente por eso, la laboriosidad es una virtud. Pero para que la laboriosidad permita efectivamente al hombre hacerse más hombre es preciso que vaya siempre unida al orden social del trabajo. Sólo de esta manera se salvaguardan la dignidad inalienable de la persona y el valor humano y social de la actividad laboral.” II, JUAN PABLO, *Día del Trabajo 1 mayo 2002* [<http://www.zenit.org>] (ZENIT.org, 6.V.2002 2002 [cited 6.V.2002 2002]).

<sup>41</sup> La CP en su primer artículo proclama que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Cf. nota a pie de página n. 1 de este trabajo.

<sup>42</sup> Cf. por todos MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del Trabajo*, 21 ed., Madrid, Tecnos, 2000. y el Preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo.

<sup>43</sup> Por todos en la doctrina española Cf. ALONSO OLEA, *Derecho del Trabajo*. y en la peruana, NEVES MUJICA, Javier, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 1ª ed., Lima, Ara Editores, 1997.



los últimos decenios los fenómenos de la globalización, de la descentralización productiva, la flexibilidad en la contratación y el despido han llevado a cuestionar las fronteras de protección del Derecho del Trabajo, proponiendo unos su reducción y otros, su expansión a la prestación de servicios autónomos o por cuenta propia<sup>44</sup>. Por otro lado, las diferencias en el régimen laboral de los Sectores Público y Privado tienden a desaparecer, tanto en el Perú como en otros países. A la vez, existe una unificación de normas facilitadas, en el caso europeo, por las Directivas comunitarias que facilitan la mejor conciliación de la vida familiar con la profesional<sup>45</sup>.

La armonización entre las obligaciones laborales y familiares no debe hacer perder de vista que el trabajador ha de laborar con diligencia las horas pactadas, lo cual exige el cumplimiento puntual del horario de trabajo, pues lo contrario podría justificar su despido<sup>46</sup>. Sin embargo, “esa férrea rigidez –que podría transformarse en aborrecible- debe atemperarse con las propias necesidades humanas que alteran el normal desarrollo de la relación laboral pero sin afectar a su supervivencia. Entre tales circunstancias, se encuentran los permisos, que exoneran de la obligación de trabajar, y no liberan al empleador de abonar la retribución durante su disfrute” (STSJ Navarra 11 octubre 1993<sup>47</sup>).

Es así como los permisos contribuyen a la conciliación de la vida familiar con la profesional y constituyen un reconocimiento a la calidad de titular de derechos fundamentales que tiene el trabajador<sup>48</sup>. Para que el derecho –y deber- de atender a la propia familia se ejercite en armonía con los derechos del empleador es necesaria la intervención de la Seguridad Social, que debe asumir aquella carga que corresponde, más bien, a la sociedad en general, por la función social de la maternidad y la paternidad.

Si bien es cierto que la suspensión del contrato de trabajo por estas causales inicialmente tuvieron un matiz “negativo”, en cuanto eran una excepción a la extinción del contrato (el empleador no podía basarse en ellas para despedir al trabajador), en la actualidad la doctrina jurídica considera que la suspensión –por razón de maternidad y paternidad, entre otras- no es un mal menor frente a la posibilidad de extinción. Más bien, la propia dinámica del contrato –su ejecución continuada- es la fuente de tal medida. La suspensión opera *ex lege* cuando aparece un evento al que el Ordenamiento concede primacía sobre la ejecución de la prestación y, por tanto, permite que se deje de prestar temporalmente el trabajo y la

---

<sup>44</sup> Teniendo en cuenta las diferencias socio-económicas entre Europa y América del Sur son especialmente ilustrativas las consideraciones de GOLDÍN, Adrián O., "Las fronteras de la dependencia," *Relaciones Laborales* 2001, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel, "El Derecho del Trabajo a fin de siglo," *Relaciones Laborales* II/1999 (1999).

<sup>45</sup> Cf. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel, "La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (II)," *Relaciones Laborales* II/1999 (1999).

<sup>46</sup> En el Perú esta obligación se deduce **contrario sensu** del Art. 25h) de Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL). En España se desprende de los Arts. 5ª), 34.5 y 54.2 a) del Estatuto de los Trabajadores (ET).

<sup>47</sup> AS 1993, 4260

<sup>48</sup> Cf. MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo.*, 309.



obligación de remunerarlo o, en algunos supuestos especiales, manteniendo la obligación de pagar la remuneración<sup>49</sup>. La jurisprudencia española ha precisado acertadamente que “la existencia de estos permisos se justifica por la necesidad de que el trabajador pueda compaginar su débito laboral con otro deber legal o moral, con el que aquél pueda eventualmente entrar en colisión, en los casos enunciados, con criterio de “*numerus clausus*” en el ordenamiento jurídico laboral”<sup>50</sup>.

En otras palabras, debido a la naturaleza personalísima de la prestación característica del contrato de trabajo y a su tipicidad, consistente en una puesta a disposición continuada de la misma persona, esta puesta a disposición debe ser limitada diaria y semanalmente así como en otros momentos específicos, por puras razones de humanidad, para que el trabajo sea compatible con el esparcimiento individual y familiar y con el ejercicio de otros derechos o con el cumplimiento de otros deberes sociales.

La primacía de los deberes familiares, en determinadas circunstancias de la vida, frente a los laborales tuvo expresión legal desde los primeros años del siglo pasado en el permiso por paternidad<sup>51</sup>. Su evolución en los países de la Unión europea demuestra que es un mecanismo que sirve para alentar la presencia de ambos progenitores en el hogar familiar, cuyas riquezas de personalidad -femenina y masculina<sup>52</sup>- propician el crecimiento y maduración intelectual y afectiva de los hijos. Su consolidación en el llamado permiso parental pone de manifiesto que si un sistema de trabajo impide cumplir con los deberes básicos de solidaridad familiar, la calidad ética de los ciudadanos se descompone.

El permiso por paternidad contribuye al fortalecimiento de la familia y del hijo recién nacido porque la presencia física del padre es necesaria en el hogar familiar<sup>53</sup>. La atención de la madre con motivo del parto y del hijo, en los primeros días que siguen al nacimiento,

<sup>49</sup> Cf. RIVAS VALLEJO, *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos.*, 34 y ss.

<sup>50</sup> STSJ La Rioja, 7 septiembre 1992, AS 1992, 4266.

<sup>51</sup> Cf. 2.1.2.2 del presente estudio

<sup>52</sup> Ser hombre y mujer son dos dimensiones complementarias de la autoconciencia y de la autoderminación y como dos conciencias complementarias del significado del cuerpo. Las cualidades y virtudes, siendo humanas, y por tanto comunes a los dos sexos, admiten matices característicos, por eso en cada uno de los sexos hay una inclinación o una mayor espontaneidad hacia algunas de ellas, Además, cada uno las encarna de un modo peculiar: la delicadeza, la ternura, etc. Remito, para más detalles, al completo estudio de CASTILLA Y CORTÁZAR, *Persona y género. Ser varón y ser mujer.*

<sup>53</sup> La presencia del padre ayuda al niño a tomar conciencia de su propia identidad autónoma y la de su madre: él no es la madre y la madre no es él. El padre “separa” al niño de su madre. Buttiglione destaca cómo el padre representa para el niño “el momento de la ley, la ley del intercambio de los equivalentes. Mientras que la madre le enseñó la gratuidad porque le da sin merecer, el padre le enseña que nadie tiene derecho a recibir algo a cambio de nada, cada uno debe ganarse la satisfacción, siempre parcial y limitada, de los propios deseos, a través del trabajo. Le ayuda a darse cuenta que no es único ni está solo: es uno entre muchos (...), que su derecho es análogo al de sus hermanos y a los de los demás hombres. La presencia del padre en la formación de la conciencia de la ley, del límite entre lo justo y lo injusto es fundamental”. BUTTIGLIONE, *La persona y la familia.*, 127



demandan del padre una dedicación completa, que justifica se le libere de la obligación de laborar, sin incurrir en incumplimiento contractual ni perder el derecho a la remuneración, pues existe una colisión de deberes y una imposibilidad física para atender las obligaciones familiares y las laborales. En cambio, en la etapa puerperal y de los primeros años de vida del hijo, esta atención es compatible, en principio, con las exigencias de un horario de trabajo, que respete los máximos legales. Sin embargo, pueden darse circunstancias que exijan una mayor dedicación al cuidado del hijo y por eso es importante que el Ordenamiento reconozca el derecho a suspender el contrato de trabajo para cumplir con estos deberes familiares, garantizando la permanencia en el empleo<sup>54</sup>.

De modo semejante, el deber del padre de cuidar a su hijo enfermo prima sobre los deberes laborales y debe encontrar una protección legal suficiente para que se ejerza sin temor a perder el puesto de trabajo o la remuneración. Por esta razón, el permiso por paternidad debe extenderse a los dos extremos de la vida humana -el nacimiento y la muerte- y a las situaciones que conducen a esta última, como son la enfermedad y el accidente, en los casos que revistan gravedad. Este permiso debe ser otorgado a quienes sean padres por naturaleza o adopción y regulado en forma tal, que facilite la unión y convivencia entre los cónyuges entre sí y entre los padres y sus hijos.

Finalmente, los deberes familiares en estas circunstancias no se agotan en la relación padres-hijos en sentido descendente, porque existen deberes ineludibles para con los propios padres –en orden al cuidado de la vida y la salud-, así como frente a los hermanos y cónyuge, que deben ser igualmente protegidos por el Ordenamiento para preservar su cumplimiento, por las razones anotadas.

## **2. De la maternidad a la parentalidad: la nueva dimensión en las responsabilidades familiares.**

La protección de la maternidad y la paternidad en el Derecho europeo se ha materializado a nivel constitucional y legal, así como en los convenios colectivos.

En los últimos decenios se observa una evolución en la concepción de la misión del varón y la mujer dentro del ámbito familiar y, consecuentemente, de la armonización de estos deberes y derechos con los que surgen de las relaciones laborales. Es así como junto a permisos por paternidad y maternidad existen ahora en los países de la Unión Europea, los llamados permisos parentales, orientados a la mejor atención de los familiares en determinados supuestos, que exigen la cercanía física, y por tanto, obligan a ausentarse del

---

<sup>54</sup> En el Derecho español existen las figuras de la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de hijo y la excedencia por cuidado de hijos (Estatuto de los Trabajadores, 45-47). Cf. RIVAS VALLEJO, *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos.*, 221-264.

centro de trabajo o a no prestar los servicios pactados, en los casos que se realice la labor sin asistencia al establecimiento de la empresa.

Hemos elegido como punto de referencia para el presente estudio el Derecho español, por su cercanía cultural y jurídica, tanto en el ámbito civil como en el laboral. La experiencia europea es una referencia importante, teniendo en cuenta las diferencias socio-económicas existentes, para plantear la regulación de permisos relacionados con los deberes familiares de los trabajadores, en especial, el de paternidad.

## ***2.1 En el Derecho comparado***

### **2.1.1 En el Derecho europeo**

#### **2.1.1.1 Protección de la maternidad**

Uno de los primeros conflictos en la conciliación de los deberes familiares y profesionales fue el originado por la maternidad, por eso su protección es uno de los derechos sociales más antiguos y que ha devenido en clásico<sup>55</sup>. En la primera Conferencia General de la Organización Internacional de Trabajo<sup>56</sup>, realizada en Washington, el 24 de octubre de 1919, se adoptaron cinco Convenios Internacionales<sup>57</sup> y seis Recomendaciones<sup>58</sup>, entre ellos, el Convenio 3<sup>59</sup> denominado también “sobre la protección a la maternidad”. La protección se extendió a las mujeres que trabajasen en una empresa industrial o comercial, fuese pública o privada y podían ser ejercitados sea cual fuere su nacionalidad, edad y estado civil, en los casos en que diesen a luz a un hijo legítimo o no. Esta protección comprendió básicamente cuatro derechos:

- a) Prohibición del trabajo de la mujer las seis semanas posteriores al parto.
- b) Autorización para abandonar el trabajo seis semanas antes de la fecha probable del parto, con la condición de certificar médicamente su estado de gravidez.
- c) Recibir, con cargo al Tesoro Público o a un seguro privado, prestaciones para su manutención personal y la del hijo en los períodos anteriormente señalados, así como a la atención gratuita de un médico o comadrona.
- d) En caso de amamantar a su hijo, el derecho a dos descansos de media hora para la lactancia.

<sup>55</sup> Cf. *Ibid.*, 65.

<sup>56</sup> En adelante OIT

<sup>57</sup> Relativos a las horas de trabajo (industria); desempleo, protección de la maternidad, trabajo nocturno (mujeres), edad mínima (industria) y trabajo nocturno e menores (industria).

<sup>58</sup> Sobre desempleo, reciprocidad de trato, carbunco, saturnismo (mujeres y niños), inspección del trabajo (servicios de higiene) y fósforo blanco.

<sup>59</sup> Entró en vigor en 1921 y fue ratificado por 29 países, entre ellos nueve americanos. El Perú no lo ratificó



El Convenio 103<sup>60</sup>, de 1952, reconoció nuevos derechos en torno a la maternidad:

- a) Amplió la cobertura a las trabajadoras de toda clase de empresas o establecimientos, incluyendo las que realizan trabajo doméstico.
- b) El descanso por maternidad debía ser mínimo de doce semanas en total. Necesariamente seis semanas deben gozarse después del parto. Se autorizó a que el descanso prenatal pudiera acumularse al post natal.
- c) Se distinguió entre prestaciones médicas y en dinero, que tiene derecho a recibir la madre, con cargo a los seguros públicos, siempre que reúnan las condiciones que se establezcan en cada país. Si no reuniese las condiciones exigidas por los Estados, tendría derecho a recibir atención con cargo a la asistencia pública. El subsidio en dinero no debe ser inferior a los dos tercios de la remuneración promedio, utilizada como base de cálculo.
- d) Se precisó que, en ningún caso, el empleador está obligado a costear las prestaciones debidas a las mujeres que él emplee.
- e) El permiso por lactancia debía computarse como tiempo de trabajo.

### **2.1.1.2 Del permiso por paternidad al permiso parental**

Ninguno de los Convenios antes mencionados hace referencia al derecho del progenitor de ausentarse del trabajo en caso de nacimiento de un hijo, porque su finalidad era proteger el hecho biológico de la maternidad y el cuidado del recién nacido. Sin embargo, en las legislaciones nacionales y en los convenios colectivos de los países europeos se encuentran, desde los primeros decenios del siglo pasado, disposiciones –a nivel legal y convencional- que otorgan permiso retribuido al padre para atender a la madre y al niño en esos primeros momentos<sup>61</sup>. En 1981 los Estados miembros de la OIT adoptan el Convenio 156<sup>62</sup>, en el cual declaran la necesidad de “modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia” y de promover un cambio de actitud frente a las responsabilidades familiares, por ser una tarea conjunta de ambos progenitores, poniendo para ello en marcha disposiciones que favorezcan una mejor armonización de las responsabilidades familiares con las profesionales, tanto para el hombre como para la mujer. Y, ante la discriminación -más o menos encubierta- en perjuicio de la mujer trabajadora declaran “la necesidad de instaurar

---

<sup>60</sup> Vigente desde 1955, ha sido ratificado por 27 países, siete de ellos americanos. El Perú tampoco ratificó este Convenio y Venezuela lo denunció posteriormente.

<sup>61</sup> En España se encuentra reconocido en las Leyes de Contrato de Trabajo de 1931, artículo 80.1, el permiso remunerado por una jornada en caso de alumbramiento de esposa y de muerte o entierro de padre o abuelo, hijo o nieto, cónyuge o hermano, así como en caso de enfermedad grave de padres, hijos o cónyuge.

<sup>62</sup> “Convenio sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares”. Vigente desde 1981. Ha sido ratificado por 19 países, cuatro americanos, entre ellos, el Perú. Del mismo año es la Recomendación 165, que desarrolla el mismo tema.

la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre los trabajadores de uno y otro sexo con responsabilidades familiares, al igual que entre estos y los demás trabajadores”.

El Convenio comprometió a los Estados a promover el desarrollo de una corriente de opinión favorable para la solución de los conflictos que pudiesen surgir en el trabajo para atender las responsabilidades familiares, de tal modo que éstas no constituyesen de por sí una causa justificada para poner fin a la relación laboral. Más aún, estableció el derecho de estos trabajadores a recibir la orientación y formación profesional necesaria para integrarse y permanecer en el empleo, así como a reintegrarse tras una ausencia debida a dichas responsabilidades. Señala el Convenio y la Recomendación, que sus disposiciones se podrán aplicar por etapas y que las organizaciones de empleadores y trabajadores tendrán derecho a participar en la elaboración y aplicación de las medidas que se adopten para estos efectos.

A partir de ese momento se advierte un cambio en la legislación de los países miembros de la OIT, que concilia las responsabilidades familiares con las del empleo, protegiendo el acceso y la permanencia en éste, así como las adecuadas condiciones de seguridad social para los trabajadores de ambos sexos que se encuentren en estas circunstancias. En la Unión Europea, la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, adoptada en Estrasburgo el 9 de diciembre de 1989, hace expresa referencia a la obligación de “desarrollar medidas que permitan a hombres y mujeres compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares” (16,2).

Consecuentemente, las organizaciones interprofesionales europeas de carácter general (UNICE, CEEP y CES) celebraron un Acuerdo marco, comprometiéndose a “establecer disposiciones mínimas sobre el permiso parental y la ausencia del trabajo por motivos de fuerza mayor como medio importante para conciliar la vida profesional y familiar y promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres” (preámbulo del Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado el 14 de diciembre de 1995). La Directiva 96/34/CEEE, del Consejo, de 3 de junio de 1996 dispuso que los diversos Estados deberían incorporar el contenido del Acuerdo en su respectivo Ordenamiento, en un plazo determinado, que venció el 3 de junio de 1998.

Los países de la Unión, una vez reconocidos legalmente los derechos de descanso por maternidad y paternidad con motivo del nacimiento y adopción de un hijo, han procedido a regular los permisos parentales. Estos permisos o licencias facultan, tanto al padre como a la madre trabajadora, a solicitar la suspensión del contrato de trabajo para atender el cuidado de cada hijo que nazca o adopten. Las características comunes a estos permisos son:

- a) Plazo: periodo mínimo de tres meses y máximo de ocho años por cada hijo que nazca o se adopte.



- b) Preaviso al empleador: indicando la fecha de inicio y término del permiso.
- c) Es un derecho individual y no transferible, a fin de evitar la discriminación por razón del sexo.
- d) Durante el permiso los trabajadores tendrán derecho a percibir las prestaciones por seguro de enfermedad y, en la medida de lo posible, las demás de la Seguridad Social, durante el tiempo mínimo de la licencia.
- e) El permiso parental se configura como una suspensión del contrato de trabajo, con derecho a reserva del puesto de trabajo y/o del empleo según la duración del mismo.

La protección a la maternidad y a la paternidad ha evolucionado hasta privilegiar los deberes de atención a los familiares, en casos en enfermedad grave, respecto a las obligaciones laborales, conforme está previsto en el Convenio 156 de la OIT<sup>63</sup>. Actualmente, en varios países de la Unión los trabajadores de ambos sexos pueden ausentarse del trabajo para atender a otros parientes próximos directos a su cargo, con las limitaciones y condiciones establecidas en el Ordenamiento de cada país<sup>64</sup>. Una consecuencia indirecta de esta regulación es que disminuye la discriminación por razón de sexo en perjuicio de las mujeres.

## 2.1.2 En el Derecho español

### 2.1.2.1 Conciliación de la vida familiar y la profesional

En España la conciliación de la vida familiar con la profesional se ha plasmado en las siguientes instituciones jurídicas:

- a) Permisos retribuidos para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto<sup>65</sup>.
- b) Derecho a suspensión del contrato de trabajo cuando exista riesgo para el embarazo<sup>66</sup>.
- c) Suspensión del contrato de la madre trabajadora por maternidad, con pago de subsidios y atención hospitalaria por la Seguridad Social, con una duración mínima de seis semanas después del parto. En caso de fallecimiento de la madre, el padre tiene derecho a la suspensión de su contrato de trabajo por el íntegro del

<sup>63</sup> “Las disposiciones del presente Convenio se aplicarán también a los trabajadores y a las trabajadoras con responsabilidades respecto de otros miembros de su familia directa que de manera evidente necesiten su cuidado o sostén” ( Art. 1.2)

<sup>64</sup> A los mínimos legales se han sumado los pactos colectivos que, en el caso de España, tienen abundantes referencias al respecto. Cf. SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen, *Los permisos retribuidos del trabajador*, Pamplona, Aranzadi, S.A., 1999., 117-126.

<sup>65</sup> ET, 37. 3 f). Esta disposición plasma la Directiva 92/85/CE del 19 de octubre de 1992, que estableció medidas para promover la mejora de la seguridad de la salud de la trabajadora embarazada que haya dado a luz o se encuentre en periodo de lactancia y que, a su vez, dieron origen a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. Cf. *Ibid.*, 175 y ss.

<sup>66</sup> ET, 48.4.

- descanso por maternidad. Si la madre vive puede ceder a favor del padre las últimas diez semanas del descanso<sup>67</sup>.
- d) Las cotizaciones empresariales por Seguridad Social por la trabajadora –o el trabajador- que goce de descanso por maternidad tienen una bonificación del 100%, así como para el personal contratado de reemplazo<sup>68</sup>.
  - e) Permiso diario retribuido para lactancia del niño, que, puede ser cedido a favor del padre cuando ambos padres trabajen y la lactancia, evidentemente, sea artificial<sup>69</sup>.
  - f) Permiso retribuido al padre trabajador para atender el nacimiento o la adopción de un hijo, que varía entre los dos y los cuatro días<sup>70</sup>.
  - g) Excedencia para el cuidado de los hijos, con derecho a determinadas prestaciones de la Seguridad Social y a reintegrarse en el puesto y/o en el empleo, según la duración de la misma. La excedencia puede ser solicitada por cualquiera de los padres en los casos de filiación natural, adoptiva y acogimiento<sup>71</sup>.
  - h) Permisos retribuidos –de dos a cuatro días- para el cuidado de parientes enfermos de gravedad, que pueden ser solicitados tanto por el trabajador varón como por la mujer<sup>72</sup>.
  - i) Reducción de la jornada de trabajo para quien tenga la guarda legal de un menor de seis años o un minusválido, que se encuentre bajo cuidado directo de un trabajador o trabajadora. La reducción será hasta de media jornada, con el descuento proporcional de la remuneración. El mismo derecho asiste a los trabajadores cuando tienen el cuidado directo de un familiar que no pueda valerse por sí mismo y es pariente hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad<sup>73</sup>.
  - j) Nulidad del despido de trabajadores durante la licencia parental, salvo que se pruebe que el despido responde a una causa distinta<sup>74</sup>.
  - k) Procedimiento laboral específico en caso que el empleador se niegue a conceder uno de estos permisos<sup>75</sup>.

Esta normativa materializa el principio de no discriminación e igualdad de trato al otorgar, tanto al varón como a la mujer, permisos para atender sus responsabilidades familiares. Asimismo, se les facilita la reinserción laboral en caso de solicitar excedencias para el cuidado de sus hijos.

### 2.1.2.2 El permiso por paternidad

<sup>67</sup> ET, 48.4.

<sup>68</sup> Rdley 11/1998, de 4 de setiembre,

<sup>69</sup> ET, 37.4.

<sup>70</sup> ET, 37.3 b)

<sup>71</sup> ET, 45.3.

<sup>72</sup> ET, 37.3 b)

<sup>73</sup> ET, 37.5

<sup>74</sup> ET 53.4 y 55.5

<sup>75</sup> Ley Procesal del Trabajo, 189.1





El bien jurídico tutelado en las instituciones jurídicas precedentes es, en las primeras normas laborales, la salud biológica de la madre, por esta razón eran permisos exclusivos de la madre trabajadora. Progresivamente se advirtió que también el hijo tenía derecho a gozar de la presencia y ayuda del padre y de que es un derecho fundamental, tanto del hombre como de la mujer, formar una familia y proveer a su cuidado<sup>76</sup>. Por estas razones, apreciamos que parte del permiso por maternidad se ha convertido en un permiso parental y que los permisos y excedencias para el cuidado de hijos y familiares próximos pueden ser solicitados indistintamente por el varón o la mujer. Paulatinamente, se han ampliado los plazos del permiso por maternidad como de paternidad, con intervención de la Seguridad Social, a fin de no gravar al empresario con el pago de la remuneración ante una ausencia prolongada del trabajador y de liberarlo de las cotizaciones de Seguridad Social por ese personal y por el de reemplazo que deba contratar<sup>77</sup>.

Para efectos de la presente investigación interesa analizar con más detalle el permiso por nacimiento de hijo, regulado en el Estatuto de los Trabajadores (37.3 b).

Procederemos a tipificar la naturaleza jurídica, el bien jurídico tutelado, la titularidad del derecho y el régimen de su ejercicio, para terminar con una referencia a la adopción y al acogimiento familiar.

#### **2.1.2.2.1 Naturaleza jurídica**

El primer punto a considerar es si el permiso por paternidad es una interrupción del contrato o una suspensión del mismo. El Estatuto de los Trabajadores no hace referencia a la interrupción del contrato con esta denominación: éste es un término acuñado por la doctrina y la jurisprudencia. En cambio, la referencia a la suspensión es expresa en la sección tercera del Capítulo III de esa norma.

El permiso por paternidad se encuentra regulado dentro de la sección quinta del segundo capítulo del ET, relativo al tiempo de trabajo. En el artículo 37 se regulan los descansos semanales, las fiestas y los permisos. Estos tres institutos han sido calificados por la doctrina jurídica y la jurisprudencia como interrupciones del contrato de trabajo porque son situaciones en las que permaneciendo vigente el vínculo contractual, la prestación laboral no es exigible por el empresario y, sin embargo, subsiste la obligación de pagar la

---

<sup>76</sup> Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, artículo 16

<sup>77</sup> La literatura jurídica sobre esta materia es muy abundante en España: excedería a la finalidad de este trabajo una remisión detallada. Remito por tanto, a modo de resumen a SEMPERE NAVARRO, Antonio V., "La Ley 3/1989, sobre maternidad e igualdad de trato de la mujer trabajadora. Nota crítica," *Relaciones Laborales* 1989/II (1989).; GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, "La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras," *Relaciones Laborales* 1999/II (1999). y RIVAS VALLEJO, *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*.



remuneración<sup>78</sup>. Estas interrupciones –a tenor del artículo mencionado– pueden ser periódicas, denominadas así por materializarse en fechas determinadas o determinables, como son los días festivos y las vacaciones. Los permisos han sido calificados como interrupciones no periódicas, por ser imprevisibles, además responden a circunstancias que afectan al trabajador y no a las del servicio en sí mismo considerado.

Podemos definirlas dogmáticamente recurriendo a una obra de Alonso García, publicada hace casi cuarenta años, pero que mantiene perenne actualidad: “las interrupciones no periódicas son ausencias temporales y retribuidas del trabajo, reconocidas por la ley como un derecho del trabajador, cuando se da alguna de las causas determinantes de las mismas, y cuya duración se extiende al período de tiempo que, para cada caso, se encuentre fijado por la norma”<sup>79</sup>.

Las interrupciones no periódicas previstas en el ET tienen categoría de mínimos, que pueden ser mejorados por norma sectorial<sup>80</sup> y pueden solicitarse:

- Por *circunstancias familiares* como son: matrimonio, nacimiento de hijo, enfermedad grave o fallecimiento de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, lactancia del hijo menor de nueve meses y la realización de exámenes prenatales y técnicos de preparación del parto.
- Por *cumplimiento de deberes públicos*, que tengan el carácter de inexcusables, sean públicos y exijan la presencia del trabajador. Entre ellos se incluyen el ejercicio del sufragio activo, la comparecencia obligada ante órganos oficiales y la realización de funciones públicas por lapsos breves de tiempo.
- Para *cumplir con las funciones sindicales o de representación del personal*.
- Por el *ejercicio de derechos educativos*, que deben ser regulados por la convención colectiva.
- Para atender *circunstancias conexas con la prestación laboral* como son el traslado por razones de modalidad geográfica y por buscar nuevo empleo en caso de despido por causas objetivas.
- Por *traslado del domicilio habitual* por voluntad del trabajador, a diferencia del caso anterior.
- Las normas sectoriales contemplan *otras interrupciones adicionales* como los permisos para la consulta médica en la Seguridad Social, etc.

<sup>78</sup> Cf. VIDA SORIA, José, *La suspensión del contrato de trabajo, Estudios de Trabajo y Previsión*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1965., 27; GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, *Las excedencias en Derecho del Trabajo, Estudios de Derecho del Trabajo*, Granada, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, 1998., 13.

<sup>79</sup> ALONSO GARCÍA, Manuel, *Curso de Derecho del Trabajo*, 2a ed., Barcelona, Ariel, 1967., 406.

<sup>80</sup> Cf. Alfredo MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, o., 440 y ss.



Existen otras interrupciones del contrato que responden a *circunstancias imputables al empresario*, como el no dar ocupación efectiva al trabajador, quien en estos casos mantiene su derecho a cobrar la remuneración.

Entre las interrupciones por circunstancias familiares se encuentra el permiso de “dos días por nacimiento de hijo o por el fallecimiento, accidente o enfermedad grave u hospitalización de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad”. Este plazo se amplía a cuatro días cuando el trabajador necesite hacer un desplazamiento (ET, 37.3 b). Como ya se ha afirmado, la doctrina jurídica califica este permiso como una interrupción no periódica del contrato de trabajo<sup>81</sup>, distinguiéndolo de las suspensiones. ¿En qué radica esta distinción?

La diferencia esencial es que la suspensión del contrato de trabajo implica la cesación temporal de las prestaciones básicas del contrato, es decir, de la obligación de trabajar y del pago del salario, perviviendo algunos deberes, como es el de la buena fe y dando lugar a otros, como las prestaciones de la Seguridad Social<sup>82</sup>. La suspensión afecta las prestaciones básicas y, por tanto, al mismo contrato en sí mismo, que sin embargo subsiste y sigue operando para algunas obligaciones accesorias<sup>83</sup>.

Además de esta diferencia esencial entre el permiso y la suspensión, Montoya Melgar destaca que la legislación aplica “el régimen de mera interrupción del trabajo (y no del salario) a los ceses de corta duración, mientras que aplica el de la suspensión de toda la relación jurídica (trabajo y salario) cuando el cese temporal es de mayor duración”<sup>84</sup>. La razón de fondo de la distinción entre interrupción y suspensión parece ser mantener el derecho retributivo del trabajador cuando determinadas vicisitudes le impiden cumplir con la realización de su trabajo.

Finalmente, es necesario deslindar su diferencia con la excedencia, que es una institución jurídica proveniente del Derecho administrativo, concretamente del régimen funcional<sup>85</sup>. La excedencia puede ser de tres tipos: voluntaria forzosa y para el cuidado de hijos<sup>86</sup>. La forzosa es una causal de suspensión del contrato de trabajo (ET 45.1 k), con derecho a la reserva del puesto, que sólo puede solicitarse cuando el trabajador es designado o elegido para desempeñar un cargo público, que imposibilite la asistencia al trabajo (ET 46.1). La excedencia voluntaria (ET 46.2 y 46.5) se diferencia de la anterior en que no es causada sino que responde a la autonomía de la voluntad del trabajador, quien debe acreditar

---

<sup>81</sup> Cf. por todos Ibid., 438 y SÁNCHEZ TRIGUEROS, *Los permisos retribuidos del trabajador.*, 28.

<sup>82</sup> Cf. MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo.*, 430.

<sup>83</sup> Cf. RIVAS VALLEJO, *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos.*, 44

<sup>84</sup> MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo.*, 439

<sup>85</sup> Cf. Ibid., 434; GORELLI HERNÁNDEZ, *Las excedencias en Derecho del Trabajo.*, 4 y ss.; y ARGÜELLES BLANCO, Ana Rosa, *La excedencia laboral voluntaria, Monografías*, Pamplona, Aranzadi, 1997., 26.

<sup>86</sup> Cf. TORTUERO PLAZA, José Luis, "Las excedencias," *Revista Española de Derecho del Trabajo* II, no. 100 (2000).

tener una antigüedad de cuando menos un año en la empresa. El excedente, en este caso, sólo tendrá un derecho preferente a ser readmitido en caso de haber una vacante en la empresa (ET 46.2 y 46.5).

La excedencia para el cuidado de un hijo (ET 46.3) se distingue claramente de la forzosa y la voluntaria por tener un régimen propio<sup>87</sup>. A la vez, tiene en común con el permiso y la suspensión del contrato por nacimiento de hijo (ET 48.4) el ser institutos ordenados a proteger la opción del trabajador cuando se encuentra ante un conjunto de deberes conexos de carácter jurídico-personales en colisión, cuyo ejercicio simultáneo es imposible. Estos deberes son, de una parte los familiares y de otra, los laborales<sup>88</sup>. Nos encontramos ante lo que Rivas Vallejo denomina “la incompatibilidad de obligaciones o de situaciones simultáneas”, en las que el legislador ha determinado, por su trascendencia social, el derecho a optar por las obligaciones familiares, otorgando -en el caso de la suspensión y la excedencia- unas prestaciones de la Seguridad Social y el derecho a ser readmitido en el puesto o en el empleo, según sea la duración de la suspensión<sup>89</sup> y a la readmisión forzosa, en caso de la excedencia<sup>90</sup>.

No obstante las diferencias anotadas, se aprecia un paralelismo sustancial en las tres figuras: la no exigibilidad de la prestación laboral con la consiguiente suspensión del contrato de trabajo, por eso, puede afirmarse que *los permisos son una modalidad de las suspensiones y excedencias* con dos características propias: su duración más breve y su carácter retribuido<sup>91</sup>. Es decir, que pueden incluirse dentro de un gran supuesto -las suspensiones- pero con unas diferencias específicas -corta duración y goce de la remuneración-. En cualquier caso, la doctrina acepta mayoritariamente que la distinción entre interrupción y suspensión no siempre es válida pues existen supuestos en los que la suspensión va acompañada de ciertas retribuciones y se diluye el criterio distintivo: esta dificultad ha sido comentada desde antiguo por la doctrina jurídica<sup>92</sup>.

<sup>87</sup> Cf. Ibid.

<sup>88</sup> La doctrina jurídica consideró inicialmente que la finalidad de las excedencias era la estabilidad en el empleo, pero actualmente, con el desarrollo de las Ciencias Sociales y la revalorización de los deberes familiares y el principio de igualdad, se entiende que su finalidad es “favorecer que el trabajador atienda determinadas circunstancias personales que así lo requieren” (ARGÜELLES BLANCO, *La excedencia laboral voluntaria*., 41).

<sup>89</sup> Cf. RIVAS VALLEJO, *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*., 40.

<sup>90</sup> Cf. TORTUERO PLAZA, “Las excedencias.”

<sup>91</sup> ALONSO OLEA, *Derecho del Trabajo*., 295.

<sup>92</sup> Cf., SÁNCHEZ TRIGUEROS, *Los permisos retribuidos del trabajador*., 26; MATÍA PRIM, Javier, “Descanso semanal y anual. Permisos,” in *Diecisiete lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales*, ed. Universidad de Madrid (Madrid: Universidad de Madrid - Facultad de Derecho, 1977)., 308; VIDA SORIA, *La suspensión del contrato de trabajo*., 22.



### 2.1.2.2.2 Bien jurídico tutelado

El permiso por paternidad ha estado unido, desde sus orígenes legislativos en 1931 hasta la fecha, a otros sucesos ligados íntimamente con la vida humana: la enfermedad y la muerte. En un solo bloque normativo encontramos el permiso por muerte o entierro de hijos, padres y otros familiares expresamente señalados, así como por la enfermedad grave de dichos parientes y el alumbramiento de la esposa tanto en la actual legislación como en la anterior de 1944<sup>93</sup>. Es evidente, pues, que el legislador desde los comienzos del Derecho del Trabajo optó por proteger y dar primacía al cumplimiento de los deberes familiares frente a los profesionales en los casos límite referidos al comienzo y al mantenimiento de la vida.

Al entrar en vigencia el Estatuto de los Trabajadores (ET)<sup>94</sup>, en 1980, el artículo 37.3 b) recogió el permiso que venimos comentando, con importantes modificaciones, que cristalizaron en la actual redacción: “El trabajador, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo con derecho a remuneración, por algunos de los motivos y por el tiempo siguiente:

b) Dos días en los casos de nacimiento de hijo o enfermedad grave o fallecimiento de parientes hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad. Cuando, con tal motivo, el trabajador necesite hacer un desplazamiento al efecto, el plazo será de cuatro días”.

De la comparación de ambas redacciones observamos que mientras el permiso anterior al ET protegía estos deberes familiares en los casos de “muerte o entierro” de los familiares directos mencionados, la norma vigente se refiere al fallecimiento de parientes, sin distinguir entre “muerte o entierro”. La nueva terminología, más amplia, - “por razón de fallecimiento”- incluye tanto el trance de la muerte como el del enterramiento. Por tanto, el bien jurídico tutelado es el mismo en este punto. En cambio, al haber sustituido la enumeración de familiares comprendidos por la genérica de “parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad”, por un lado ha ampliado los límites de la protección a los parientes por afinidad (cuñados) pero, a la vez, debido la actual confusión sobre la verdadera naturaleza de la familia<sup>95</sup>, son cada vez más frecuentes los litigios planteados para exigir la homologación de beneficios a favor de las uniones de hecho<sup>96</sup>. Finalmente,

---

<sup>93</sup> “El trabajador, avisando con la posible anticipación, podrá faltar al trabajo, con derecho a percibir el salario únicamente por alguno de los motivos y durante los períodos de tiempo siguiente: 1º Por tiempo que no exceda de una jornada de trabajo en los casos de muerte o entierro de padre o abuelo, hijo o nieto, cónyuge o hermano; enfermedad grave de padres, hijos o cónyuge; alumbramiento de esposa” (Ley de Contrato de Trabajo de 1944, 67.1).

<sup>94</sup> Ley 8/1980, de 10 de marzo (B.O.E de 14 de marzo de 1980)

<sup>95</sup> Cf. 1.1. **ut supra**.

<sup>96</sup> No obstante que la jurisprudencia ordinaria y constitucional concilia dos criterios, aparentemente opuestos, como el que la convivencia *more uxorio* trae consigo determinadas consecuencias jurídicas, no se pueden equiparar a realidad matrimonial. Esta distinción es clara especialmente en las demandas por pensiones de

debemos resaltar la ampliación del plazo del permiso de una jornada a dos días de duración.

En lo que respecta al permiso para el cuidado del hijo (nacimiento, enfermedad o muerte) desde sus orígenes la norma laboral ha protegido a éste con independencia del tipo de filiación. En cambio, la protección debida a la madre de la criatura que –en principio sería la cónyuge del trabajador- se ha debilitado porque la actual normativa omite el permiso “por alumbramiento de la esposa”, así como el permiso por “enfermedad grave del cónyuge”. Estas omisiones han llevado a la doctrina a desarrollar los alcances del permiso por nacimiento de hijo señalando que “la expresión “nacimiento” debe entenderse en sentido amplio y no exigir el nacimiento de una persona en el sentido estricto del artículo 30 del Código Civil (*Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno*)”<sup>97</sup>. Asimismo, la jurisprudencia al establecer que cuando la madre alumbró a un feto muerto tendrá derecho al descanso obligatorio<sup>98</sup>, abre la puerta para aplicar el mismo criterio para conceder al padre, ya sea el permiso por paternidad o por causa de fallecimiento de hijo, en estos casos. No resulta tan clara la obligación del empresario de otorgar el permiso aduciendo la enfermedad de pariente próximo ya que la esposa o la madre de la criatura no es pariente del trabajador, ni por el matrimonio ni por el hijo tenido en una relación de convivencia estable u ocasional.<sup>99</sup>.

Resumiendo lo expuesto podemos afirmar que el bien jurídico tutelado con este permiso es doble: el cuidado del hijo en tres momentos de su vida: al nacer, cuando se enferma y en el momento de la muerte. Y, en segundo lugar, la atención y ayuda a la madre en los primeros momentos que siguen al parto, ya sea que el hijo nazca vivo o muerto.

### 2.1.2.2.3 La titularidad del derecho

El titular del derecho es el trabajador varón, padre biológico de la criatura. Por el carácter extraordinario de los sucesos que dan lugar a este permiso, no se exige al trabajador un tiempo mínimo de labor para el otorgamiento del permiso. Es suficiente que acredite el hecho causante y su calidad de trabajador para que el empleador se encuentre obligado a

---

viudedad y en el campo de la Seguridad Social. Cf. SÁNCHEZ TRIGUEROS, *Los permisos retribuidos del trabajador.*, 77 y ss.

<sup>97</sup> Cf. ALONSO OLEA, Manuel/ BARREIRO GONZÁLEZ, Germán, *El Estatuto de los Trabajadores. Texto, comentarios, jurisprudencia.*, ed. Comentarios Breves, 4ª ed., Madrid, Civitas, S.A., 1995., 177.

<sup>98</sup> Repertorio Cronológico de Legislación Aranzadi (RCLA) 1967, 2097

<sup>99</sup> Los cónyuges no son parientes entre sí (Art. 915 y ss. del CC). Cf. las reflexiones que sobre este tema realiza SÁNCHEZ TRIGUEROS, *Los permisos retribuidos del trabajador.*, 108-109.



concederle el permiso remunerado correspondiente. No es exigible, por tanto, un tiempo mínimo de servicios.

El sexo de la criatura es indiferente para el goce del permiso: esta afirmación -que tiene visos de perogrullo- es una concesión a quienes parecen haber olvidado que el género masculino –en el idioma castellano- se utiliza para englobar tanto el femenino como el masculino, sin que esto implique demérito para ninguno de ellos<sup>100</sup>.

Es un derecho de todo trabajador con independencia de la naturaleza y duración del contrato. Por lo tanto, el plazo del contrato –indefinido o a plazo fijo-, así como la extensión de la jornada son irrelevantes para su ejercicio.

#### **2.1.2.2.4 El régimen de ejercicio del derecho**

##### **a) Aviso oportuno**

La organización del trabajo es responsabilidad y competencia del empleador, quien tiene derecho a disponer del personal contratado a su servicio para los fines empresariales<sup>101</sup>. Por esta razón, la concesión del permiso bajo comentario exigió al trabajador, desde 1931, dar el aviso oportuno. En cambio, la posterior justificación no estaba regulada en la norma, pero la doctrina y la jurisprudencia confirmaron la práctica empresarial de exigir la comprobación de la causal invocada para el permiso<sup>102</sup>.

Antes de la vigencia del ET, el aviso debía presentarse con la “oportuna antelación”. La actual redacción exige que tanto el aviso como la justificación sean previos. Sin embargo, siendo el trabajador sujeto de derechos fundamentales y debiendo ejecutarse el contrato dentro de las reglas de la buena fe, en algunos casos el aviso será posterior al hecho causante y la justificación, en cuanto le sea posible (con anterioridad o posterioridad al disfrute del

---

<sup>100</sup> Profundizando aún más en esta distinción terminológica encontramos autores como d’Ors que ahonda en sus raíces antropológicas y afirma que la mujer es semejante al hombre, más aún, fue creada a “modo de sublimación del género humano. No hay razón que obligue a hablar constantemente de hombre y mujer como si fueran distintos, pues la relación es la de género y especie, y ésta se comprende en aquél. Sólo una moda injustificada de nuestro tiempo parece exigir que se hable constantemente de “hombre y mujeres”, como si la omisión del segundo término fuera algo menos honroso para la mujer, siendo así que en el género “hombre” o “humano” se halla siempre comprendida la especie “mujer”, y no es necesario referirse a ella expresamente excepto cuando se trata de distinguir, por el sexo, entre varones y hembras (...)” D’ORS, Alvaro, *Derecho y sentido común. Siete lecciones de derecho natural como límite del derecho positivo.*, Cuadernos, Madrid, Civitas, 1995., 134. Por su belleza literaria y profundidad filosófica son especialmente útiles las consideraciones del autor contenidas en las páginas 31-32 sobre la mujer como especie enriquecedora del género humano.

<sup>101</sup> Cf. ET 1.2; 5 a) y c)

<sup>102</sup> Cf. ALONSO GARCÍA, *Curso de Derecho del Trabajo.*, 462.



permiso)<sup>103</sup>. Es decir, que la exigibilidad debe matizarse de acuerdo a la imprevisibilidad de los acontecimientos<sup>104</sup>. La ley no exige una formalidad determinada para cumplir con estas obligaciones por lo que es válido cualquier medio que sirva para poner en conocimiento del empleador el adecuado uso del permiso. La formalidad será útil, en caso de litigio, para efectos de prueba. La doctrina judicial reciente no se pronuncia sobre la intensidad con que estos requisitos deben observarse, sino más bien, si se ha cumplido con ellos o no, para validar la denegación del permiso o de su compensación económica<sup>105</sup>.

Como bien ha destacado la doctrina científica, la redacción condicional del artículo bajo comentario (“*el trabajador podrá ausentarse del trabajo con derecho a remuneración*”), no supone una facultad discrecional del empresario sino un verdadero derecho a dejar de trabajar y recibir, no obstante, la remuneración habitual<sup>106</sup>.

### **b) Plazo del permiso**

La duración del permiso es de dos días, que pueden prolongarse a cuatro si el trabajador necesita hacer un desplazamiento. Los días computables son naturales<sup>107</sup>: por negociación colectiva se ha mejorado esta disposición aumentando el número de días de goce del descanso<sup>108</sup>. Para establecer qué radio de acción justifica la ampliación del permiso se deberá realizar una evaluación integradora de los elementos que justifiquen la solicitud, a fin de lograr que estos permisos contribuyan efectivamente a una mejor armonización de los deberes familiares con los profesionales. De este modo se evitará también una casuística burocrática y formalista, como bien lo señaló la STCT del 18 de octubre de 1988: “sólo con una *explicación razonablemente integradora que cohoneste la finalidad del permiso, según la necesidad, y la real atención* de éste puede encontrarse el baremo resolutivo”<sup>109</sup>.

Cuando el trabajador labora a tiempo parcial, para respetar la igualdad de derechos de estos trabajadores respecto a los de tiempo completo, según lo establecido en RD 2317/1993, de 29 de diciembre, Art. 19, los días han de computarse de acuerdo con su jornada habitual de trabajo: serán dos días naturales de descanso, que pueden equivaler a ocho horas

<sup>103</sup> En este sentido se inclina la mayoría de la doctrina. Cf. MONTOYA MELGAR, Alfredo; GALIANA MORENO, Jesús M.; SEMPERE NAVARRO, Antonio V.; RÍOS SALMERÓN, Bartolomé, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, ed. Monografías Aranzadi, 4ª ed., *Aranzadi Derecho Laboral*, Elcano, Aranzadi, 2001., 163; SÁNCHEZ TRIGUEROS, *Los permisos retribuidos del trabajador.*, 106.

<sup>104</sup> Cf. CABEZA PEREIRO, Jaime, "Descanso semanal, fiestas, permisos y reducción de jornada por lactancia y guarda legal," *Revista Española de Derecho del Trabajo*, no. 100 (2000).

<sup>105</sup> Cf. SSTSJ del País Vasco de 5 de diciembre de 1997 y de Galicia de 11 de febrero de 1998

<sup>106</sup> Cf. MONTOYA MELGAR, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores.*, 163.

<sup>107</sup> Es la interpretación realizada por la jurisprudencia y la doctrina científica ante la falta de precisión legal.

Cf.

<sup>108</sup> Cf. SÁNCHEZ TRIGUEROS, *Los permisos retribuidos del trabajador.*, 100.

<sup>109</sup> Cf. RTCT 1988, 485.



o menos de labor. La proporcionalidad ha de buscarse en la remuneración, que será la que hubiera recibido el trabajador a tiempo parcial, en caso de haber laborado<sup>110</sup>. Lo contrario significaría realizar una discriminación contra esos trabajadores y se atentaría contra el principio de aplicación de la norma más favorable.

En los casos de enfermedad del hijo o de un pariente hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, aquella deberá ser grave para poder hacer uso del permiso: no basta la simple hospitalización ni la intervención quirúrgica sin más teniendo en cuenta que hoy en día son frecuentes las hospitalizaciones para cura de adelgazamiento o por stress. El requisito es la gravedad del estado de salud, que al igual que en el caso anterior deberá evaluarse en cada caso, de acuerdo a criterios médicos y teniendo en cuenta las reglas de la buena fe, que han de normar las relaciones entre las partes<sup>111</sup>. En el caso que ambos padres trabajen para la misma empresa alguna sentencia [STSJ Andalucía (Sevilla) de 23 enero 1996<sup>112</sup>] opina que es suficiente otorgar el permiso a uno de ellos para cumplir con el fin de la norma. Sin embargo, esta postura es discutible ya que se la interpretación es la menos favorable para el trabajador y se restringe el derecho y el deber fundamental de atender al hijo en caso de necesidad grave.

La legislación no ha previsto ampliación del plazo del permiso cuando surgen complicaciones en el parto o un proceso patológico puerperal: son los convenios colectivos los que han cubierto esta laguna con permisos extraordinarios<sup>113</sup>. Tampoco se han establecido en caso de nacimientos múltiples: este es un beneficio que corresponderá normar en los Convenios Colectivos, de acuerdo a los intereses y experiencias de las partes.

Los pactos colectivos suelen mejorar los mínimos legales, pero con diferentes criterios, con la consecuencia en algunos casos de ser menos favorables aisladamente considerados, pero en el cómputo anual resultan más convenientes a los trabajadores. Por esta razón, la jurisprudencia considera que no deben reputarse como ilegales aquellos convenios que establezcan una regulación de los permisos por debajo de los límites del ET, siempre que en el conjunto de sus disposiciones resulten más favorables al trabajador<sup>114</sup>.

---

<sup>110</sup> Existe jurisprudencia contraria a esta postura: STSJ Asturias, 17 de septiembre 1993, que consideró que las trabajadoras a tiempo parcial de ese colectivo debían gozar de los días de permiso proporcionales al tiempo de trabajo. Sin embargo, esta sentencia se encuentra en contradicción con ET, 37, que no condiciona el permiso a una previa o correlativa prestación de actividad.

<sup>111</sup> Cf. MONTOYA MELGAR, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, 257.

<sup>112</sup> AS 1996,877

<sup>113</sup> Cf. SÁNCHEZ TRIGUEROS, *Los permisos retribuidos del trabajador.*, 105 y, por ejemplo, CONVENIOS, "VII Convenio Colectivo Nacional de Centros de Enseñanza Privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado," (BOE núm. 127, de 28 de mayo de 2002, 2002).

<sup>114</sup> Cf. SSTS de 15 de noviembre de 1985; de 21 de abril y 29 de diciembre de 1986 y 30 de noviembre de 1994, entre otras.



¿Cómo se computan los días de permiso? A partir del hecho desencadenante: debe existir una razonable inmediación, como ha afirmado la jurisprudencia<sup>115</sup>, entre el hecho causante y el disfrute del permiso. Cualquier modificación o ampliación de plazos no será exigible legalmente si no, dependerá en último caso, del acuerdo al que lleguen el trabajador y el empleador.

Respecto al parto por cesárea no existe unanimidad en su calificación: alguna sentencia judicial considera que se encuentra dentro de los parámetros de normalidad, sin rasgos de gravedad, que permitan equipararlo a los supuestos de enfermedad grave (STSJ de Cataluña de 16 de octubre de 1997). En cambio, otra sentencia, con criterio contrario, considera que sí reviste tal gravedad (STSJ de Cantabria de 29 de julio de 1998). Son los convenios colectivos los que han perfilado mejor estos supuestos, incluyendo como causal del permiso la hospitalización de parientes dentro del segundo grado, incluyendo a la cónyuge o pareja de hecho. En estos casos, le correspondería al padre de modo sucesivo el permiso por hospitalización de su cónyuge y el de por nacimiento de hijo.

Cabe preguntarse a cuántos permisos sucesivos puede tener derecho un trabajador. La respuesta no es sencilla porque se deben armonizar los intereses personales del trabajador con las necesidades de producción de toda organización<sup>116</sup>. Debería considerarse la acumulación de permisos con criterio restrictivo a fin de evitar el abuso: en todo caso, el trabajador tiene la posibilidad de solicitar la excedencia por cuidado de hijos, en los casos que requiera dar una atención mayor a su familia (ET 46.3).

### c) Remuneración computable

La falta de precisión de la norma legal para determinar el importe de la remuneración que tiene derecho a recibir el trabajador<sup>117</sup>, han llevado a la jurisprudencia y a la doctrina a determinar que debe ser la real o habitual, incluyendo el salario y los complementos salariales

<sup>115</sup> STCT 29 agosto 1983.

<sup>116</sup> En este sentido se pronuncia la STCT 29 de agosto 1983 (RTCT 1983, 7307) “No puede limitarse el disfrute de estos permisos a uno al año por cada pariente (...) pues esto significa establecer un periodo de carencia que ni el Estatuto ni el Convenio han impuesto y desvirtuar el fundamento de estas ausencia autorizadas, que consiste en permitir la presencia del trabajador junto al pariente gravemente enfermo, por lo que el límite temporal que se puede imponer a la licencia viene determinado por la propia enfermedad, entendida en sentido genérico, como alteración grave de la salud, y el trabajador tendrá derecho a un permiso por cada situación de salud grave del pariente, cualquiera que sea su duración y la causa que la origine”.

<sup>117</sup> Tradicionalmente se ha concordado el Art. 37 con el 26.1 del ET considerando entonces que le corresponde al trabajador la retribución de “los periodos de descanso computables como de trabajo”, realizando así una equiparación entre dichos descansos y todos los permisos. Cf. SÁNCHEZ TRIGUEROS, *Los permisos retribuidos del trabajador.*, 58.



promediados<sup>118</sup>. Se excluyen, más bien, las partidas extrasalariales como las dietas y suplidos, así como el plus de nocturnidad, que se ordena a compensar el trabajo efectivamente realizado de noche<sup>119</sup>. El deber remunerativo del empresario en estos casos, ha sido calificado como uno de protección al trabajador, “donde el deber de buena fe alcanza su límite (...) porque el trabajador se niega a realizar su prestación al ser incompatible con el cumplimiento de sus deberes familiares”<sup>120</sup>. Más aún, podríamos afirmar que este deber es uno de solidaridad social, que el Ordenamiento privilegia a favor de la parte contractual más débil y cuya práctica se ha demostrado conveniente para la salud social.

#### **d) Efectos del permiso sobre el plazo del contrato y el período de prueba**

Interesa destacar a este respecto:

d.1) Que la interrupción del contrato temporal no implica la de prolongar su plazo. La razón medular es que en los contratos temporales no se pacta la prestación de determinados días de trabajo sino la vigencia de un vínculo laboral durante el plazo pactado. Por esta razón las causales de suspensión no modifican la vigencia del contrato sino únicamente el deber de prestar servicios y de pagar la remuneración<sup>121</sup>. Con mayor razón la mera interrupción del contrato no puede modificar el plazo de duración puesto que la ejecución del contrato es una cuestión diferente al de su duración.

d.2) La suspensión del contrato de trabajo por las causales enumeradas en ET 14.3.2<sup>122</sup> no interrumpe el cómputo del período de prueba, salvo que medie acuerdo entre las partes. Si la no prestación del servicio en esos supuestos deja inalterado el plazo del contrato, en los casos de interrupciones– como el permiso por paternidad– se concluye que tampoco, porque donde existe la misma razón existe también el mismo derecho.

---

<sup>118</sup> Cf. entre otros a MONTOYA MELGAR, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores.*, 163; SÁNCHEZ TRIGUEROS, *Los permisos retribuidos del trabajador.*, 58-65. La jurisprudencia es abundante en este sentido, así por ejemplo, STCT 28 abril 1981 (RTCT 1981, 2928) y STS 20 mayo 1992 (AS 1992, 3581).

<sup>119</sup> Cf. SSTCT 20 febrero, 7 de marzo, 28 de junio y 4 de noviembre 1985 (RTCT 1985, 1445, 2243, 4396 y 6621) y 25 enero 1989 (RTCT 1989, 39).

<sup>120</sup> JIMÉNEZ-ASENJO GÓMEZ, Eduardo, "Las interrupciones no periódicas por nacimiento hijo, enfermedad grave o fallecimiento de familiares," *Tribuna Social*, no. 65 (1996).

<sup>121</sup> Cf. RIVAS VALLEJO, *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos.*, 106-107

<sup>122</sup> “Las situaciones de incapacidad temporal, maternidad, y adopción o acogimiento, que afecten al trabajador durante el período de pruebas interrumpe el cómputo del mismo siempre que se produzca acuerdo entre ambas partes”

### 2.1.2.2.5 La adopción y el acogimiento familiar

Tanto la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, como la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, equiparan la paternidad natural y la adoptiva y su aplicación en el ET es manifiesta en el Art. 48.4 donde se establece como causal de suspensión del contrato de trabajo tanto la adopción como el acogimiento familiar preadoptivo o permanente. Sin embargo, no se ha reconocido un permiso en estos supuestos: corresponderá a los convenios colectivos llenar esta laguna. Existen propuestas para incluir estos supuestos en el permiso por paternidad<sup>123</sup>. Sin embargo, parece más conveniente una regulación específica, dentro de ET, 37.3 concediendo un permiso parental, del que serían titulares tanto la mujer como el varón que trabajen, diferenciándolo del permiso por paternidad, observando el principio de igualdad y evitando la discriminación por razón de sexo.

## 2.2 En el Derecho peruano

La protección de la maternidad es –al igual que en España- tradicional en el Perú y ha tenido el mismo proceso: las normas iniciales fueron de prohibición de trabajo para la mujer embarazada, para luego normar beneficios de descansos remunerados y protección en caso de despido injustificado. Las Leyes de Indias del siglo XVI constituyen un precedente legislativo poco conocido pero de gran interés. Estas leyes prohibían el trabajo de las mujeres indias a partir del cuarto mes de embarazo, para que no fueran forzadas a trabajar en las minas y en las haciendas, pudiendo realizar sólo trabajos domésticos hasta que el hijo cumpliera tres años<sup>124</sup>. La doctrina jurídica laboral realiza muy pocas o ninguna referencia al Derecho indiano, sin embargo, las instituciones contenidas en ellas resultan sorprendentes teniendo en cuenta la situación del trabajador español y del europeo de la misma época<sup>125</sup>.

Esta protección a favor de la mujer continuó en las leyes laborales de la República pero, a diferencia de la legislación anterior, omitió referirse al ámbito agrícola y minero, regulando más bien el industrial y comercial. Sin haber ratificado los Convenios 3 ni el 103, la legislación peruana reconoció los siguientes derechos a la madre trabajadora:

<sup>123</sup> Cf. CABEZA PEREIRO, "Descanso semanal, fiestas, permisos y reducción de jornada por lactancia y guarda legal." .

<sup>124</sup> Cf. Ley 18 de las Leyes de Burgos de 1512 y la Ley 1 de las Ordenanzas de Valladolid de 1513.

<sup>125</sup> Cf. RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato, "La legislación social indiana: su recepción y fundamentación," *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, no. XV (1993).



- a) Derecho a descanso mínimo 20 días antes y 40 días después del parto. El empleador estaba obligado a pagarle el 60% de su remuneración durante ese tiempo<sup>126</sup>.
- b) En caso de despido durante el período pre y post natal, el empleador debía abonar los salarios correspondientes a dicho descanso<sup>127</sup>.
- c) Cuando se creó el Seguro Social Obrero<sup>128</sup> en 1936 este organismo asumió el pago de un subsidio durante 36 días antes del parto y 36 días posteriores y otorgó las prestaciones asistenciales. El subsidio era del 50% del salario.
- d) El mismo Seguro otorgó el derecho al subsidio por lactancia.
- e) Para las prestaciones asistenciales y económicas se exigía un mínimo de cotizaciones anteriores a la fecha del parto.

Es fácil deducir que esta protección a la mujer tuvo un efecto perjudicial para su contratación, ya que la maternidad resultaba una carga excesivamente onerosa para el empleador hasta que se creó el Seguro Social, que asumió el pago del subsidio por maternidad.

En la actualidad estos derechos han sido modificados y pueden resumirse en:

- a) Suspensión del contrato de trabajo por descanso pre y post natal por un total de 90 días, que se pueden gozar desde el día del parto o desde 45 días antes del mismo (Ley de Productividad y Competitividad Laboral, 12 c). Este descanso se ampliará en 30 días naturales si el parto es múltiple (Ley 27606). Es un descanso no transferible al cónyuge o padre del hijo.
- b) Subsidio durante los 90 días de goce del descanso por alumbramiento. Es pagado por el Seguro Social, del promedio de las remuneraciones percibidas en los últimos cuatro meses (Leyes 26790 y 27056). Su fin –según la norma en cuestión– es resarcir el lucro cesante que origina esta contingencia, que impide trabajar.
- c) Posibilidad de acumular el descanso vacacional no gozado al descanso post natal cursando un preaviso al empleador (Ley 26644).
- d) Gozar de una hora diaria de permiso por lactancia hasta que el hijo cumpla un año de edad. La hora se considerará como efectivamente trabajada para todo efecto legal (Leyes 27240 y 27591). Este permiso no es transferible al padre.
- e) Subsidio por lactancia, que se otorga a favor del recién nacido, siendo titulares tanto el padre como la madre, que sean asegurados regulares (D.S. 001-98-SA, 1). Corresponde a la madre su tramitación: únicamente si fallece o se encuentra en estado de abandono podrá ser cobrado por el padre o por quien tenga al recién nacido a su cuidado (Ac. 59-22-ESSALUD-99, 1, e)<sup>129</sup>.
- f) Licencia con goce de haber en caso de adopción de un menor de 12 años de edad. Son titulares tanto la mujer como el varón, pero en caso que los padres

<sup>126</sup> Ley 2851 de 23 de noviembre de 1918

<sup>127</sup> Ley 2851, 18.

<sup>128</sup> Ley 8433 de 12 de agosto de 1936

<sup>129</sup> Esta norma contiene una disposición discriminatoria para la mujer al establecer que en caso que la madre sea menor de edad, soltera y sin título oficial que la autorice a ejercer una profesión u oficio, la prestación se pagará a través de su padre o tutor, excluyendo a la madre de la menor de esta potestad.

- trabajadores peticionarios de adopción sean cónyuges, la licencia debe ser tomada por la mujer necesariamente (Ley 27409, 4)<sup>130</sup>.
- g) Los trabajadores de la Municipalidad Provincial del Callao tienen derecho a una licencia por paternidad con goce de remuneraciones de tres días hábiles, contados desde el nacimiento del hijo. Tienen derecho los trabajadores cuya paternidad se origina en uniones de hecho y, se sobreentiende, que también los casados. Se exceptúa, por tanto a los solteros. Este beneficio fue concedido por el Decreto de Alcaldía No 000014 del 24.7.2000.
  - h) En el sector público existen dos tipos de licencias relativos a los derechos parentales, que se comprenden dentro de las licencias de índole personal:
    1. Licencia para atender al cónyuge, hijos y parientes próximos, que se encuentren gravemente enfermos (D.S. 005-90-PCM de 17.I.1990, art. 110 c). Los días de permiso se descuentan del descanso vacacional, lo cual desvirtúa la naturaleza de estos permisos y viola también las disposiciones relativas al descanso vacacional<sup>131</sup>.
    2. Cinco días de permiso remunerado en caso de fallecimiento de cónyuge, hijos, padres y hermanos, ampliable en tres días más si el deceso tiene lugar en una ubicación geográfica distinta a la del lugar de trabajo del servidor (D.S. 005-90-PCM, Art. 112).

No se encuentran legalmente reconocidos ni en el ámbito privado ni en el público:

- a) Los permisos remunerados para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto.
- b) Permiso remunerado por cuenta del empleador a favor del padre trabajador, cuando nace un hijo
- c) Suspensión del contrato durante un tiempo determinado para atender el cuidado de los hijos, con derecho a determinadas prestaciones de la Seguridad Social y a reintegrarse en el puesto y/o en el empleo, a solicitud del padre o la madre trabajadora.
- d) Permisos retribuidos para el cuidado de parientes próximos que estén enfermos gravemente por unos días, así como el de suspensión del contrato de trabajo cuando el permiso se agote.
- e) Posibilidad de ceder, a favor del padre trabajador, las horas y/o los días de descanso por maternidad y lactancia.
- f) Reducción de la jornada de trabajo para atender a un menor y/o a parientes que dependan del trabajador (a) y no pueda valerse por sí mismo.
- g) En el sector privado no se otorgan permisos retribuidos en caso de fallecimiento de hijos, cónyuge, padres y/o hermanos; éstos son exclusivos de los funcionarios públicos.

<sup>130</sup> Esta disposición es también discriminatoria en perjuicio de la mujer y atenta contra el derecho de los cónyuges a decidir cuál de ellos conviene que se encargue más directamente del hijo adoptado.

<sup>131</sup> Son las contenidas en el Convenio 52 de la O.I.T. y en el Dec. Leg. 713.



Estos derechos u otros similares deben normarse en el Perú para cumplir con el Convenio 156, que es parte del Ordenamiento nacional, al haber sido ratificado mediante Resolución Legislativa 24508 del 28 de mayo de 1986 y para unificar la protección al ejercicio de los derechos fundamentales de los trabajadores en sector privado y en el público.

La necesidad de adecuar el Ordenamiento nacional para proteger el derecho fundamental de los trabajadores de fundar una familia y proveer a su cuidado en libertad<sup>132</sup> ha quedado más de manifiesto aún al conocerse la opinión institucional expresada por un importante gremio empresarial a uno de los proyectos de permiso por paternidad (el N° 36/2001), que ha sido comunicada al Congreso del Perú el pasado 16 de noviembre del 2001. “Se trata –señala el comunicado de la Cámara de Comercio de Lima- de otro proyecto no adecuado a nuestra realidad. Consideramos que no debe establecerse este tipo de licencias, sino como hasta ahora, con carácter facultativo. El derecho al descanso pre y post natal es exclusivo de la madre, por razones biológicas, el padre trabajador tiene un compromiso con el empleador y la legislación laboral le concede a éste el beneficio de vacaciones, por ejemplo, período que perfectamente puede hacer coincidir con el nacimiento del hijo. No estamos de acuerdo con el proyecto”.

El rechazo de la Cámara de Comercio a conceder una licencia por paternidad a los trabajadores pone de manifiesto que para ese gremio empresarial:

- a) Los deberes laborales tienen siempre prioridad sobre los familiares (al menos para los trabajadores dependientes);
- b) Los padres trabajadores deben “programar” el nacimiento de sus hijos para la fecha en que gocen de vacaciones, que -a su vez- es fijada por el empleador. Por tanto, los hijos -en última instancia- nacerán en la fecha que decidan los empleadores;
- c) Y –puede concluirse de los puntos anteriores- la atención y solución de las responsabilidades familiares son competencia exclusiva de la mujer, teniendo el padre una responsabilidad “externa” en la vida familiar.

El régimen de trabajo que se pretende consolidar en el Perú es similar al de las épocas de servidumbre de la antigüedad y vulnera derechos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales, como podremos apreciar más adelante. Este planteamiento hace más urgente la necesidad de reconocer legalmente el derecho de los trabajadores a gozar de un permiso por paternidad biológica que, además de ser la más frecuente, es el paradigma de la paternidad jurídica (por adopción). Su reconocimiento legal será un medio importante para lograr que la familia sea –operativa y no sólo declarativamente- el ámbito natural de nacimiento, crecimiento y desarrollo de la persona.

---

<sup>132</sup> CP, 6.

### 3. La licencia por paternidad en los anteproyectos presentados al Congreso del Perú.

#### 3.1 Características de las licencias por paternidad

Del análisis realizado en los apartados anteriores concluimos que la misma naturaleza del contrato de trabajo –de ejecución continuada en el tiempo- exige la suspensión de sus efectos cuando sus obligaciones colisionan con los deberes conexos de carácter jurídico personal del trabajador, como son los familiares o cívicos. Para la atención del hijo recién nacido y de la madre es necesaria la presencia física del padre trabajador, por eso el Ordenamiento califica como inimputable el incumplimiento de la obligación de trabajar por causa del nacimiento de un hijo. Asimismo, el desarrollo de las ciencias sociales ha puesto de manifiesto la necesidad de que el padre y la madre atiendan a sus hijos no sólo en esos primeros momentos, sino en otros que sean especialmente importantes para su normal desarrollo personal. Por eso, los Ordenamientos de países con una mayor tradición democrática han reconocido la necesidad de conciliar mejor los deberes familiares con los profesionales, dando mayor flexibilidad en los horarios de trabajo, otorgando la posibilidad de solicitar la suspensión del contrato con derecho a reserva del puesto para atender el cuidado de hijos, etc.

En el caso de España el padre tiene derecho a gozar de permiso remunerado por el nacimiento de un hijo y tanto él como la madre pueden solicitar sendos permisos en caso de que aquél enferme gravemente o fallezca. Ambos progenitores pueden solicitar la excedencia (equivalente a la suspensión del contrato de trabajo en el Perú) para el cuidado de hijos, que les confiere el derecho a reserva del puesto hasta por un año, con subsidios de la Seguridad Social. Y podrán reintegrarse en el mismo empleo en una categoría profesional equivalente pasado el primer año y hasta por un máximo de tres.

En nuestro país únicamente gozan de derecho a solicitar una licencia remunerada por 30 días los trabajadores que adopten a un menor de edad (Ley 27409<sup>133</sup>). Paradójicamente no existe el mismo derecho cuando se trata de la paternidad biológica. No obstante, esta licencia por adopción es un reconocimiento a la primacía de los deberes familiares en circunstancias especiales, como es la paternidad y maternidad jurídicas. Por tanto, existe un precedente importante para reconocer el mismo derecho a quienes engendren un hijo y provean a su cuidado. No obstante, sería aconsejable modificar los términos de la licencia por adopción porque resulta no sólo discriminatoria por razón del sexo, sino también una carga excesivamente onerosa para el empleador y, a la vez, un derecho fácilmente negable al

---

<sup>133</sup> Cf. Anexo I





trabajador, ya que la ley, *contrario sensu* permite que el empleador no la otorgue amparándose en motivos justificados, que no han sido delimitados.

La Comisión de Trabajo del Congreso tiene en su poder cuatro anteproyectos referidos al permiso por paternidad. El primero de ellos tiene fecha 9 de agosto de 2000 y los últimos tres fueron presentados en los meses de julio, agosto y octubre de 2001 (Cf. Anexo II), no habiendo recibido ninguno de ellos un dictamen favorable hasta la fecha. Debemos entonces preguntarnos ¿qué características ha de tener la licencia por paternidad para que responda adecuadamente a la situación cultural y socio-económica del Perú? La respuesta exige un análisis de los anteproyectos presentados, tomando como punto de referencia la regulación en el Derecho Comparado debido a la escasa bibliografía nacional sobre este tema. Hemos elegido, como ya se había anunciado, la normativa española por razones de cercanía histórica y jurídica.

La primera cuestión es la diferente naturaleza jurídica que ambos Ordenamientos otorgan al permiso por paternidad. Así, mientras para el Derecho peruano este permiso es una causal de suspensión del contrato, para el Derecho español es una interrupción del mismo<sup>134</sup>. No obstante, esta diferencia es formal y no sustantiva, ya que en el Perú la suspensión del contrato de trabajo puede ser perfecta (cuando cesa la obligación de trabajar y de remunerar el trabajo) e imperfecta (en los casos que el empleador siga obligado a pagar la remuneración aunque no se hayan prestado los servicios)<sup>135</sup>. Dentro de las causales de suspensión se encuentran tipificados los permisos y licencias que otorgue el empleador, que a su vez, pueden ser remunerados o sin goce de haber<sup>136</sup>. Por tanto, los permisos por paternidad se tipifican como una suspensión imperfecta en el Derecho peruano y equivalen a una interrupción no periódica del contrato, en el Derecho español.

Interesa destacar que el Estado tiene el deber de dictar normas que faciliten a los trabajadores con responsabilidades familiares conciliar mejor éstas con las exigencias profesionales, al haber ratificado el Convenio 156 de la OIT, que es parte del Derecho interno del país<sup>137</sup>. A tenor de este Convenio el permiso parental debe otorgarse gradualmente y la Seguridad Social debe proteger a los trabajadores que lo soliciten, debiendo paralelamente evitar que su disfrute sea causal de discriminación y despido. A mayor abundamiento, la Cuarta Disposición Final de la Constitución del Perú establece que las normas relativas a los derechos y a las libertades reconocidas en el texto constitucional se deben interpretar de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos. Este instrumento reafirma que la familia es un elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado (16), que la duración del trabajo debe estar sujeta a una limitación razonable (23.4) y que tanto la maternidad como la infancia tienen derecho a

---

<sup>134</sup> Cf. *ut supra*, 2.1.2.2.1

<sup>135</sup> LPCL, 10

<sup>136</sup> LPCL, 12 k)

<sup>137</sup> Cf. también la Recomendación 165, en especial los Arts. 17, 22, 23 y 27.



cuidados y asistencia especiales (25.2). Es evidente que el Estado peruano no puede permanecer inactivo en un tema que atañe tan directamente a la protección de la maternidad y la infancia, como es el permiso por paternidad.

Procederemos al análisis de los anteproyectos sobre licencia por paternidad en base a los siguientes puntos: permisos y licencias, titular del derecho, ejercicio del derecho y remuneración.

### 3.2 Permisos y licencias. *La licencia por adopción*

Hemos apreciado la evolución del permiso por paternidad en el Derecho español. El permiso por nacimiento de hijo se ha extendido, por aplicación de las Directivas Comunitarias, a la atención y cuidado en caso de enfermedades o accidentes graves y hospitalización de los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y afinidad<sup>138</sup>. Este permiso, previsto en el Estatuto de los Trabajadores, difiere del permiso parental, que se otorga para facilitar la crianza y educación del hijo natural o adoptado, posibilitando la conciliación de responsabilidades profesionales y familiares de los padres que trabajan y se regula como causal de suspensión del contrato de trabajo<sup>139</sup>, existiendo una clara diferencia dogmática entre ambas figuras<sup>140</sup>.

En España el permiso por paternidad es calificado como un supuesto de interrupción no periódica del contrato de trabajo, que libera al trabajador de la prestación de sus servicios, pero mantiene el deber de remunerar al empleador y que puede calificarse de ejecución ordinaria<sup>141</sup>. El permiso parental es, más bien, una suspensión del contrato de trabajo con una duración mínima de tres meses, en la que se libera al empresario de pagar la remuneración y surge, más bien, la obligación de la Seguridad Social de subsidiar al trabajador que hace uso de ella.

En el Perú tanto el permiso como la licencia son causales de suspensión del contrato de trabajo. El término “permiso” suele utilizarse, por los operadores del Derecho, para referirse a la autorización que el empleador da al trabajador para que se ausente durante un corto intervalo de tiempo. El permiso puede ser de unas horas o días. En cambio, el vocablo “licencia” se utiliza para designar las ausencias prolongadas del trabajador. En ambos casos pueden ser con o sin goce de remuneración.

<sup>138</sup> En aplicación del Convenio 156 de la OIT y de la Directiva Comunitaria 96/34.

<sup>139</sup> ET, 45 e), 46.3 y 48.4.

<sup>140</sup> Cf. SÁNCHEZ TRIGUEROS, *Los permisos retribuidos del trabajador.*, 88-91.

<sup>141</sup> Cf. GORELLI HERNÁNDEZ, *Las excedencias en Derecho del Trabajo.*, 13.



La legislación actual considera como causal de suspensión del contrato de trabajo tanto el permiso como la licencia. Emplea en cuatro oportunidades (LPCL, 12 e, f y k) el término “licencia” refiriéndose a las que se otorgan para:

- desempeñar cargo cívico
- cumplir con el Servicio Militar Obligatorio
- el desempeño de cargos sindicales
- lo que se acuerde con el empleador

En cambio, el vocablo “permiso” es utilizado como distinto a la licencia pero, a la vez, ubicándolo dentro de la misma causal suspensiva. En el caso de los cargos sindicales se utiliza una conjunción copulativa<sup>142</sup> y en los concedidos por el empleador, encontramos una conjunción disyuntiva<sup>143</sup>, lo que pone de manifiesto la similitud de naturaleza jurídica de ambas figuras y, a la vez, la diferencia, que como ya hemos anotado, se refiere a la menor duración del permiso respecto a la licencia.

La Ley 27409 ha establecido el derecho a una licencia remunerada de treinta días para el trabajador –varón o mujer- que adopte a un hijo. ¿Puede el trabajador solicitar sólo parte de dicha licencia? ¿Estaría renunciando a un derecho indisponible? La redacción del primer artículo de la norma en cuestión hace pensar que efectivamente el derecho no es divisible. Sin embargo, al establecer en el Art. 3 que el plazo máximo anual de la licencia es de 30 días naturales, con independencia del número de procedimientos de adopción, puede deducirse que sí es divisible, en atención a futuras adopciones o, simplemente, por una decisión de la autonomía de la voluntad.

La falta de aviso al empleador, dentro del plazo fijado en la ley, impide al trabajador peticionario de adopción, el goce de la licencia. Se entiende que, debiendo obrar las partes con buena fe, no puede dejarse desprotegido el bien jurídico tutelable y sería conveniente establecer que, podrá gozar de la licencia una vez transcurrido el preaviso y realizada la adopción.

Al establecer la ley que la negativa injustificada del empleador a otorgar la licencia es un acto de hostilidad equiparable al despido, indirectamente abre el camino a la facultad discrecional del empresario. La negativa del empleador puede basarse en motivos de producción y, en este caso, nuestro Ordenamiento incumple con el deber de proteger y facilitar el cumplimiento de los deberes familiares de los trabajadores. Un derecho que

---

<sup>142</sup> LPCL, 12 f) “El permiso y la licencia para el desempeño de cargos sindicales”.

<sup>143</sup> LPCL, 12 k) “El permiso o licencia concedidos por el empleador”.

responda en última *instancia ex opere voluntatis* del empleador y no *ex opere legis* será difícilmente exigible.

El empleador debe asumir la remuneración por los 30 días, lo cual resulta excesivamente oneroso, teniendo en cuenta no sólo que no se exige un tiempo mínimo de servicios, sino que se pretende que sea aquél quien cubra un costo social, que correspondería a la Seguridad Social<sup>144</sup>. Tema distinto es un permiso de pocos días para acoger en el hogar familiar al hijo adoptado, que no ha sido regulado por la norma.

Finalmente, la ley ordena que en caso que los trabajadores peticionarios de adopción sean cónyuges, la licencia debe ser tomada por la mujer. Se debe entender que los trabajadores están al servicio del mismo empleador, pues de lo contrario no tendría razón de ser esta limitación. Esta disposición es discriminatoria para la mujer y atenta contra el derecho a la libre determinación de los cónyuges en un tema que les compete sólo a ellos decidir: sólo en el caso que no se pusieran de acuerdo se podría establecer, supletoriamente, esta obligación<sup>145</sup>.

### 3.3 Titular del derecho

Tres de los anteproyectos establecen el derecho del padre, con independencia de su estado civil, para ausentarse del trabajo unos días, con motivo del nacimiento de un hijo<sup>146</sup>. El cuarto precisa que debe ser casado o conviviente<sup>147</sup>. Para definir quién debe ser titular de este derecho es necesario recordar cuál es el bien jurídico tutelado y la responsabilidad del Estado al regular este permiso. Sabemos que la Constitución ordena a los poderes públicos la protección de la familia, la promoción del matrimonio y la protección integral de los hijos, con independencia de su filiación (dentro o fuera del matrimonio), así como de las madres<sup>148</sup>. Por tanto, el bien jurídico tutelado comprende varios aspectos: la salud psico-física y afectiva

<sup>144</sup> Los permisos parentales que se reconocen en los países de la Unión Europea son subsidiados por la Seguridad Social y no por los empresarios: Cf. los casos de Francia, Alemania, Italia, etc.

<sup>145</sup> En España sólo uno de los cónyuges puede solicitar reducción de jornada por guarda legal de menor. La doctrina critica la redacción del ET haciendo notar que la exigencia de que sólo uno de los padres ejerza el derecho parece congruente si es para el mismo empresario, pero insoluble si es para distinto.

Si es para el mismo empresario y los cónyuges no se ponen de acuerdo, los autores opinan que se debe dar prioridad a quien atiende de hecho el cuidado del hijo, que es la madre. Cf. ALONSO OLEA, *El Estatuto de los Trabajadores. Texto, comentarios, jurisprudencia.*, 179.

<sup>146</sup> Haremos referencia a los anteproyectos con la numeración registrada en el Congreso. En este caso son, respectivamente, 131, 422 y 953.

<sup>147</sup> 036.

<sup>148</sup> CP, 4 y 6. Este último hace referencia al “deber y derecho de los padres de alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos”.



del hijo; de la madre, que vive uno de los momentos más cruciales y dolorosos –a la vez que gozosos- de su vida; y, finalmente, el derecho y deber del padre de brindarles asistencia y seguridad a ambos al momento de nacer el hijo, fortaleciendo así los vínculos familiares.

Para conseguir estos objetivos, teniendo en cuenta que muchos niños nacen en el Perú al margen del matrimonio, es conveniente otorgar el permiso por paternidad al padre, con independencia de su estado civil, por tres días naturales. Y, como una medida de promoción al matrimonio, a quienes acrediten el estado matrimonial podrán gozar hasta de dos días naturales adicionales, que serán subvencionados por la Seguridad Social. En caso que el padre demuestre que la madre o el niño necesitaron hospitalización con mayores cuidados de los ordinarios, el plazo mínimo podrá extenderse al máximo, con independencia del estado civil del padre.

Por ser un derecho que entronca directamente con los derechos fundamentales de la persona debe ser reconocido tanto en el régimen privado como en el público. Asimismo, el plazo del contrato de trabajo y su modalidad, así como la jornada de trabajo deben ser indiferentes para efectos de otorgamiento del permiso, de conformidad con el principio de no discriminación (CP, 2.2 y 26.1) y la legislación laboral vigente (LPCL, 79)<sup>149</sup>. Finalmente, son una excepción a esta regla los contratos intermitentes o por temporada: en estos casos el permiso procede sólo para los días en que exista obligación de laborar, ya que las jornadas en que no es exigible el trabajo son de libre disposición del trabajador. En cambio, por la naturaleza del permiso, no se justifica la exigencia de un número previo de días u horas trabajadas, sino únicamente el nacimiento del hijo.

Este permiso debe otorgarse tanto al padre biológico como a quien adopte un niño. En este último caso, serán titulares tanto el padre como la madre, aún cuando trabajen en la misma empresa, por las razones de preeminencia de las obligaciones familiares, que se ha comentado a lo largo de la presente investigación.

### *3.4 Ejercicio del derecho*

#### **a) Aviso oportuno**

---

<sup>149</sup> “Los trabajadores contratados conforme al presente Título tienen derecho a percibir los mismos beneficios que por Ley, pacto o costumbre tuvieron los trabajadores vinculados a un contrato de duración indeterminado, del respectivo centro de trabajo y a la estabilidad laboral durante el tiempo que dure el contrato, una vez superado el periodo de prueba”.

Dos anteproyectos<sup>150</sup> exigen que el trabajador solicite la licencia con 15 días de anticipación al parto: no precisan si la solicitud debe presentarse por escrito o en forma verbal. Otro<sup>151</sup>, exige que se presente un certificado médico indicando la fecha del parto con 45 días de antelación. Y sólo uno de ellos ha omitido la referencia a este requisito<sup>152</sup>. Sorprende que no se haya tenido en cuenta la dificultad de precisar con exactitud la fecha del parto. Como ya se ha comentado anteriormente, la pluralidad de bienes jurídicos tutelados unidos al principio de buena fe, que debe regir todos los contratos, justifica que el trabajador avise al empleador con la antelación suficiente de acuerdo al tipo de nacimiento que se trate<sup>153</sup>. El aviso debe ser previo, en principio, para que el empleador pueda organizar debidamente el trabajo. Sin embargo, en algunos casos extraordinarios deberá tenerse en cuenta el conjunto de circunstancias que impidieron dar el aviso oportuno. En cualquier caso será necesario siempre acreditar el nacimiento del hijo<sup>154</sup>.

La norma podría hacer referencia al preaviso pero sin establecer un mínimo de días, ya que muchas veces es difícil establecer con exactitud la fecha del parto. Lo importante es dar aviso en cuanto le sea posible, por cualquier medio, ya sea personalmente o por intermedio de un tercero.

En cualquier caso, el permiso debe configurarse como una auténtica facultad jurídicamente exigible por el trabajador, cuya concesión no se deja a discreción del empresario; por el contrario, el nacimiento del hijo es causa legal suficiente para que deba otorgarlo necesariamente<sup>155</sup>. Por tanto, se trata de una suspensión imperfecta irrenunciable del contrato, si se verifica el hecho desencadenante. Por eso, la propuesta del anteproyecto 0422 de compensar el permiso con horas de trabajo, desnaturaliza la institución.

Adicionalmente, se puede precisar que si el concebido es sujeto de derecho para todo lo que le favorece<sup>156</sup> y que el Ordenamiento protege a éste en cuanto debe ser asistido por su padre, no es requisito que el hijo nazca vivo para poder gozar del permiso<sup>157</sup>.

---

<sup>150</sup> 131 y 036.

<sup>151</sup> 422

<sup>152</sup> 953.

<sup>153</sup> En el caso de una cesárea programada el trabajador podrá avisar con antelación mayor que si el nacimiento sucede de improviso, aún cuando exista una fecha probable de parto

<sup>154</sup> Es evidente que si el permiso es utilizado para otro fin, la ausencia del trabajador será una falta que puede ser sancionada de acuerdo al perjuicio ocasionado con su ausencia. En el Derecho comparado Cf. SÁNCHEZ TRIGUEROS, *Los permisos retribuidos del trabajador.*, 39 y ss.

<sup>155</sup> Cf. MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo.*, 439.

<sup>156</sup> Cf. CC, 1

<sup>157</sup> La doctrina y la jurisprudencia del Ordenamiento español es abundante. Cf. los comentarios al ET 37 de ALONSO OLEA, *El Estatuto de los Trabajadores. Texto, comentarios, jurisprudencia.* y MONTOYA MELGAR, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores.*



## b) Plazo del permiso

c)

La duración del permiso en los anteproyectos presentados es diversa: los plazos oscilan entre tres a siete días, ampliables a 15 en caso de parto múltiple. Los días se proponen hábiles en algunos anteproyectos y, en otros, únicamente naturales. Uno de los anteproyectos<sup>158</sup> considera otros supuestos para ampliar el plazo: hospitalización y muerte de la madre. En estos casos se propone que el permiso sea de 15 y 30 días naturales, respectivamente.

En el Derecho español la controversia sobre días hábiles o naturales, a falta de pronunciamiento expreso de la legislación, se ha inclinado por la segunda opción tanto a nivel jurisprudencial como doctrinal<sup>159</sup>. Esto quiere decir que si se superponen los días de permiso con los de descanso obligado, el permiso sigue corriendo, sin poder posponer su goce, porque iría contra la finalidad del mismo<sup>160</sup>. En cualquier caso el disfrute de los días ha de dedicarse al fin que justifica la ausencia: lo contrario sería una infracción al deber de buena fe, sancionable por el empleador<sup>161</sup>.

La ampliación del plazo hasta 30 días por cuenta del empresario, propuesta por el anteproyecto que venimos comentando, resulta excesiva aún cuando la razón que la motiva sea elogiada. Parece más acorde con la realidad de las cosas, el regular un permiso subvencionado por la Seguridad Social, que exigirá, para otorgar los subsidios el mínimo de aportaciones requerido para el que se otorga por incapacidad temporal<sup>162</sup>. Esta licencia, requiere pues una normativa específica y no una mera referencia, como se observa en el anteproyecto mencionado.

El permiso ha de ser coetáneo al motivo que lo origina, pero es razonable también que su duración pueda ampliarse por convenio individual o colectivo. Las propuestas legislativas coinciden en precisar que el plazo del permiso debe computarse desde el nacimiento o parto. Esta exigencia puede ser perjudicial para el trabajador que desee, más bien, acompañar a su esposa el día anterior al parto (o dos días antes, si existe alguna complicación), lo cual no estaría amparado en estos anteproyectos. Por esta razón, puede ser

<sup>158</sup> El 0953.

<sup>159</sup> Cf. MONTOYA MELGAR, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores.*, 164.

<sup>160</sup> Cf. SÁNCHEZ TRIGUEROS, *Los permisos retribuidos del trabajador.*, 50.

<sup>161</sup> Cf. STSJ Baleares 22 noviembre 1996 (que por las circunstancias no amerita el despido disciplinario, pero sí una sanción proporcional) y TC de 27 enero 1982 y DIÉGUEZ, Gonzalo, *Derecho del Trabajo*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 1999., 121.

<sup>162</sup> “Los afiliados y sus derecho-habientes tienen el derecho a las prestaciones del Seguro Social de Salud siempre que aquellos cuenten con tres meses de aportación consecutivos o con cuatro no consecutivos dentro de los seis meses calendario anteriores al mes en que se inició la causal. En caso de accidente basta que exista afiliación” (Ley 26790, art. 10).

”. AC. 59-22-ESSALUD-99, 4 b).

suficiente con establecer el plazo del permiso pero sin esta limitación y así el trabajador, según las necesidades de cada caso, hará un uso discrecional del mismo.

En el caso de partos múltiples sólo uno de los anteproyectos propone ampliar el permiso a 15 días: esta extensión no se justifica en los Considerandos ni encontramos ninguna fundamentación científica para su concesión. La atención del niño recién nacido, si bien es cierto requiere de la colaboración del padre, es evidente que requiere la inmediatez de la madre en una forma distinta. Por eso, es razonable ampliar el descanso por maternidad cuando el parto es múltiple<sup>163</sup> pero no existe el mismo fundamento en el permiso por paternidad. En cambio, no se ha previsto la necesidad de ampliación por desplazamiento ni en el caso de surgir complicaciones en el parto.

### **c) Trabajadores con jornadas atípicas y/o parciales**

En el caso de trabajadores con jornadas atípicas el permiso debe extenderse y contarse por días naturales, a partir del hecho causante. Por tanto, el permiso sólo corresponde por las jornadas de trabajo efectivo, ya que en las otras jornadas el trabajador tiene libertad para dedicar las horas del día a la actividad que le parezca conveniente.

Los trabajadores a tiempo parcial deben gozar también de este beneficio, porque no pueden ser discriminados por las horas de labor efectuadas. La extensión del permiso no debe computarse en proporción a las jornadas efectivas que realiza el trabajador, sino por días naturales y compensar el menor trabajo con la menor remuneración a la que habitualmente tienen derecho.

### **d) Remuneración del permiso**

En todos los anteproyectos se establece que la remuneración es de cargo del empleador. Dos de ellos se refieren a “un descanso con goce de haberes”<sup>164</sup>; otro, a “un descanso remunerado”<sup>165</sup> y el cuarto, omite la referencia a la remuneración indicando, más bien, que “se puede pactar compensar el permiso con otras horas de labor”<sup>166</sup>. Esta última

---

<sup>163</sup> Así lo establece el ET 48.4, que amplía el descanso en estos casos en dos semanas adicionales por cada hijo, a partir del segundo. La legislación peruana amplía el descanso post natal para la madre en caso de parto múltiple (Ley 27606).

<sup>164</sup> Los 0131 y 0953.

<sup>165</sup> El 0036.

<sup>166</sup> El 0422.





propuesta –como ya hemos adelantado- no debería ampararse porque propone una fórmula que desnaturaliza el concepto y la razón de ser del permiso. Es evidente que si la norma ofrece esta posibilidad, los empresarios difícilmente otorgarán el permiso sin exigir el trabajo compensatorio por las horas dejadas de laborar.

Los otros tres anteproyectos no precisan tampoco los conceptos remunerativos que se deben incluir, lo cual será motivo de litigios y probables vaivenes jurisprudenciales. Siendo el permiso un descanso en alguna forma equiparable a las vacaciones<sup>167</sup> en las que se recibe la retribución sin haber prestado trabajo efectivo, convendría unificar criterios y emplear los que están prescritos para estos efectos. Sería aplicable, entonces lo establecido en el Dec. Leg. 713, Art. 15 y su Reglamento, D. S. 012-92-TR, Art. 16. Concordando ambas disposiciones, el trabajador tendrá derecho a percibir “la que hubiera percibido habitual y regularmente en caso de continuar laborando”, debiéndose aplicar analógicamente los criterios establecidos para determinar la remuneración computable para la Compensación por Tiempo de Servicios (Dec. Leg. 650). Esta remisión facilita concretar que el trabajador tendrá derecho a recibir la remuneración básica y todas las cantidades que regularmente perciba, ya sea en dinero o en especie, en contraprestación de su labor, sea cual fuere la denominación que se les dé, siempre que sean de su libre disposición (Art. 9). Se tendrá en cuenta la remuneración vigente al momento de hacer el pago. Para determinar la regularidad que justifica la incorporación de un pago a la remuneración computable, el Art. 16 de esta norma precisa que basta con haber percibido esa cantidad complementaria, de naturaleza variable e imprecisa, por lo menos tres meses en los seis meses anteriores. Para determinar el costo de la remuneración en especie y otros detalles, bastará con remitirse a las disposiciones del Dec. Leg. 650, recogido en el D.S. 001-97-TR y su Reglamento.

#### **e) Enfermedad y muerte de cónyuge, hijo y parientes próximos**

Ninguno de los anteproyectos hace referencia a solicitar permiso en caso de enfermedad grave y/o fallecimiento del hijo: consideramos que será un hito importante lograr este reconocimiento del deber parental. La enfermedad grave debe incluir los supuestos de accidente y hospitalización que revistan gravedad. Asimismo, por las razones anotadas en anteriores apartados de la presente investigación, debería otorgarse este permiso, tanto al varón como a la mujer en caso de enfermedad, accidente y hospitalización que revistan gravedad y por fallecimiento de padres, cónyuge y hermanos.

La experiencia del Derecho comparado demuestra que es preferible, por razones de seguridad jurídica y equidad, otorgar este derecho al cónyuge y no a la pareja de hecho, pues

---

<sup>167</sup> Cf. SÁNCHEZ TRIGUEROS, *Los permisos retribuidos del trabajador.*, 59.

las controversias laborales van en aumento sobre los alcances de este último término, al margen de las consideraciones antropológicas y sociológicas, que desaconsejan su utilización<sup>168</sup>.

#### **4. Conclusiones: Conciliando intereses familiares y profesionales: una propuesta legislativa.**

El derecho a gozar de un permiso por paternidad debe extenderse a todo aquél que sea padre de una criatura, sin distinción de su estado civil, puesto que el bien jurídico tutelado tiene un triple contenido: la atención de la madre, la atención del hijo y el deber y derecho del padre con respecto a ellos. La obligación del padre no se agota en la atención brindada en el momento del nacimiento: esta responsabilidad se antepone a cualquier otra si la vida del hijo corre peligro por enfermedad o accidente y, más aún, si se encuentra en trance de muerte. Por estas razones el permiso por paternidad debe incluir el derecho de ausentarse del centro de trabajo también en esas ocasiones.

El Convenio 156 ha comprometido al Estado peruano a poner los medios necesarios a fin de “modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia” y de promover un cambio de actitud frente a las responsabilidades familiares, por ser una tarea conjunta de ambos progenitores, poniendo para ello en marcha disposiciones que favorezcan una mejor armonización de las responsabilidades familiares con las profesionales, tanto para el hombre como para la mujer. Asimismo, ante la discriminación - más o menos encubierta- en perjuicio de la mujer trabajadora ha adquirido el compromiso de “instaurar la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre los trabajadores de uno y otro sexo con responsabilidades familiares, al igual que entre estos y los demás trabajadores”.

Han pasado más de quince años sin que el Estado haya promulgado normas que hagan efectivos estos pronunciamientos. En esta nueva etapa de la vida nacional interesa poner los fundamentos para una mejor conciliación de los deberes familiares con los profesionales. Por eso, convendría legislar integralmente el permiso por paternidad, incluyendo otros supuestos íntimamente relacionados con este tema, cumpliendo así el deber del Estado de proteger y promover el matrimonio y la familia.

El permiso parental, atendiendo a la realidad del desarrollo socio-económico, del país debe comprender:

---

<sup>168</sup> Cf. 1.1 de la presente investigación



- a) Permiso subsidiado por la Seguridad Social en caso de nacimiento de hijo. Su objeto es atender a la madre y al niño recién nacido. No existe un criterio científico para determinar el plazo de este permiso. Teniendo en cuenta la experiencia del Derecho comparado puede fijarse en tres días para todos los trabajadores y hasta de cinco, en el caso que acrediten estar casados con la madre de su hijo y/o que existen complicaciones que ponen en peligro la vida del niño o de su madre. Los días serán naturales. Esta ampliación a favor de quienes han contraído matrimonio es un mecanismo para cumplir con el mandato constitucional de promover esta institución y proteger a la familia (Art. 4)<sup>169</sup>. También podrá ampliarse el plazo a cinco días si el trabajador requiere desplazarse, con independencia de su estado civil. La Seguridad Social abonará un subsidio equivalente a la remuneración habitual del trabajador durante el permiso. El pago del subsidio será realizado directamente por el empleador, conforme a lo establecido para los subsidios por incapacidad temporal. El trabajador debe recibir durante los días de permiso la misma remuneración que le hubiese correspondido en caso de seguir trabajando, de acuerdo a las normas que determinan la remuneración vacacional. El permiso opera *ex opere legis* cuando ocurre la situación de hecho, que es el alumbramiento de la criatura e incluye -de ser el caso- el día en que se hospitaliza a la madre por este motivo. El aviso al empleador debe exigirse dentro de las reglas de la buena fe que han de impregnar las relaciones laborales. Por tanto, en algunos casos será imposible que sea previo o que se haga con muy poca antelación. Lo importante será dar a conocer al empleador el hecho a la brevedad posible y por cualquier medio. La justificación del permiso, por tanto, puede ser anterior o posterior al hecho<sup>170</sup>.
- b) Permiso subsidiado por la Seguridad Social por enfermedad, accidente u hospitalización en casos que revistan gravedad y por fallecimiento de hijo, cónyuge, hermanos y padres de tres días naturales. Este permiso se debe conceder tanto al varón como a la mujer, sin exigencia de tiempo mínimo de servicios. El trabajador debe avisar previamente al empleador, pero con criterios de razonabilidad bastará con exigir el aviso inmediatamente que se tiene conocimiento del hecho causante, por cualquier medio. En caso que laboren para el mismo empleador trabajadores que soliciten permiso para atender al mismo pariente enfermo, el empleador estará obligado a otorgar el permiso a uno de ellos, salvo que el familiar se encuentre en estado de extrema gravedad. El permiso debe ser otorgado necesariamente por el empleador pero si el trabajador no acredita, posteriormente, la gravedad de la enfermedad, del accidente o de la hospitalización perderá el derecho a la remuneración y si se demuestra que hubo falsedad en la información, podrá ser sancionado según las circunstancias y la gravedad del perjuicio causado. El permiso incluye

---

<sup>169</sup> Cf. Ibid.

<sup>170</sup> La jurisprudencia española ha establecido que no cabe imponer sanción al trabajador que disfrutó el permiso, pero no siguió los cauces establecidos para la entrega del justificante (STS 14 marzo 1988 [R] 1988,1919). Cf. también MONTOYA MELGAR, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores.*, 256-257.

acompañar al pariente a la consulta médica cuando se puede deducir la gravedad de la situación del pariente. Para determinar la remuneración a que tiene derecho el trabajador, se tendrán en cuenta los criterios establecidos para el permiso por nacimiento de hijo. En todos los casos, incluyendo el fallecimiento, el permiso se ampliará a cinco días si es necesario realizar algún desplazamiento. Los dos días adicionales serán subsidiados por la Seguridad Social en forma similar al del permiso por nacimiento de hijo.

Por otro lado, la licencia por adopción no ha encontrado acogida favorable en el empresariado ni en los trabajadores. Los primeros porque resulta sumamente onerosa y los segundos, porque no están en condiciones de exigir una licencia de tan extensa duración, en la que corresponde al empleador decidir la procedencia de la misma. No obstante, es necesario encontrar una regulación adecuada para que los trabajadores adoptantes de menores puedan disponer del tiempo mínimo necesario para cumplir con sus deberes en los casos detallados para el permiso por paternidad.

En el Perú no sería viable, en las actuales circunstancias, un permiso parental de mayor duración: es más importante consolidar el ejercicio de los derechos fundamentales que permiten armonizar la vida familiar con la profesional. De este modo, se fortalecerá la vida familiar y los padres podrán transmitir con el ejemplo de su vida y en el diálogo familiar, los valores que necesita nuestro país para superar la crisis que enfrenta. El trabajo dignifica a la persona y a la sociedad, decíamos al empezar este trabajo, cuando a través de él es posible descubrir el sentido de la propia vida; en cambio, cuando se reduce a un factor de producción, envilece y aísla. El permiso parental con las características antes propuestas es un primer paso en el cambio de mentalidad sobre las responsabilidades familiares y profesionales: el trabajo tiene que dejar de ser masculino y la familia, femenina: ambas instituciones son una tarea conjunta de hombres y mujeres.

Resumiendo lo expuesto proponemos la presentación del siguiente anteproyecto al Congreso del Perú:



## LEY DE PERMISO PARENTAL

**Artículo 1: Definición:** El permiso parental es una suspensión del contrato de trabajo que autoriza al trabajador a ausentarse del trabajo por alguna de las causales previstas en artículo 3 de la presente norma, a fin de atender sus responsabilidades familiares, sin incurrir en comisión de falta laboral y manteniendo el derecho a percibir un subsidio de la Seguridad Social, equivalente a su retribución habitual.

**Artículo 2: Ámbito de aplicación:** Tienen derecho a gozar del permiso parental todos los trabajadores del sector privado y público, con independencia de la jornada de trabajo pactada, de la modalidad y plazo del contrato y del tiempo de servicios prestados.

Se incluye a los trabajadores que laboran bajo regímenes especiales de todo el territorio de la República.

**Artículo 3: Causales del permiso:** El trabajador tiene derecho a la suspensión de su contrato de trabajo por:

- a) Nacimiento de hijo;
- b) Adopción de hijo menor de doce años;
- c) Fallecimiento, enfermedad, accidente y hospitalización, en los casos que revistan gravedad, de hijo, cónyuge y padres.

**Artículo 4: Titulares del permiso:** Son titulares del permiso contemplado en los incisos b) y d) del artículo anterior los trabajadores varones y mujeres.

En el caso que los progenitores o más de un pariente del familiar enfermo a que se refiere el inciso c) del artículo anterior, laboren para el mismo empleador, éste deberá otorgar permiso sólo a uno de ellos, salvo que se acredite la extrema gravedad del enfermo.

**Artículo 5: Plazo del permiso:**

5.1 El permiso parental será de tres días naturales por nacimiento de hijo del trabajador, sin distinción de estado civil, que podrá extenderse hasta cinco días naturales en cualquiera de los siguientes supuestos:

- a) Que requiera realizar algún desplazamiento fuera de la ciudad en la que se encuentra el centro de trabajo;
- b) Que se presenten complicaciones que pongan en peligro la vida del niño o de su madre;
- c) Que acredite estar casado con la madre de su hijo.

5.2 En los casos de adopción de menores de doce años el hecho que justifica el permiso es la expedición de la resolución administrativa de Colocación Familiar y la suscripción de la respectiva acta de entrega del niño de acuerdo a las normas de la Ley 26891. En el caso de ser un trabajador peticionario del derecho de adopción, que tenga vínculo matrimonial con la madre del niño o el adolescente por adoptar o sea pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño o adolescente pasible de adopción [Ley 27337, Art. 28, incisos a) y b)], el hecho causante será la resolución judicial de adopción, en cuanto quede consentida o ejecutoriada.

5.3 Los trabajadores de ambos sexos tienen derecho a un permiso parental de tres días naturales por fallecimiento, enfermedad, accidente y hospitalización, en los casos que revistan gravedad, de hijo, cónyuge, hermanos y padres. En cualquiera de estos casos el permiso se extenderá a cinco días calendarios, si el trabajador requiere hacer un desplazamiento al efecto. En los casos de enfermedad del cónyuge y de parientes, el plazo del permiso es máximo para cada ocurrencia, pudiendo hacer uso de menos días, de acuerdo a las circunstancias del caso. En cada año calendario el máximo de días de permiso parental, por cualquiera de las causales invocadas será de quince días naturales. Puede pactarse por convenio individual o colectivo un plazo mayor.

**Artículo 6: Remuneración del permiso:** El permiso será subsidiado por la Seguridad Social, que deberá pagar el equivalente a la remuneración que hubiese percibido el trabajador en caso de continuar trabajando. En caso que el trabajador no hubiese adquirido el derecho a gozar del subsidio tendrá derecho a la suspensión perfecta de su contrato de trabajo hasta por el máximo de días establecido en el artículo anterior.

El monto del subsidio será la remuneración ordinaria más cualquier otra suma que, en forma regular perciba el trabajador y que sea de su libre disponibilidad. Se aplicarán en forma analógica los criterios establecidos para determinar la remuneración vacacional, de acuerdo al Dec. Leg. 713, Art. 15. Se excluye la sobretasa por trabajo nocturno o por turno, ya que ésta se generan sólo por el trabajo efectivamente realizado en los horarios bonificados por ley o convenio colectivo.



**Artículo 7: Ejercicio del derecho:** El permiso opera *ex legis*, es decir, cuando ocurre la situación de hecho. En el caso de nacimiento de hijo el permiso puede incluir -de ser el caso- el día en que se hospitaliza a la madre por este motivo y en los supuestos de enfermedad de cónyuge y parientes, el acompañamiento a la consulta médica. El trabajador está obligado a dar aviso previo al empleador dentro de las reglas de la buena fe. En caso que no sea posible, deberá dar aviso al empleador a la brevedad posible y por cualquier medio.

La justificación del permiso podrá ser anterior o posterior al hecho invocado. Si el trabajador no acredita el hecho causante del permiso perderá el derecho al subsidio y la ausencia será considerada injustificada. Además, será sancionado de acuerdo a las circunstancias y a la gravedad, por quebrantamiento de la buena fe laboral, en caso de haber brindado información falsa.

**Artículo 8: Nulidad de despido:** Será nulo el despido de los trabajadores que hayan solicitado los permisos a que se refiere esta norma o que estén disfrutando de ellos. Corresponderá al empleador probar que la causa del despido no se relaciona con el ejercicio del derecho a los permisos señalados.

**Artículo 9: Protección la Seguridad Social:** Inclúyase en el inciso 3.5 del artículo 3 de la Ley 27056 y en el artículo 12 de la misma norma, el subsidio por permiso parental.

El período mínimo de aportación y modalidad de pago del subsidio por permiso parental serán los mismos que se exigen para la contingencia por incapacidad temporal, excepto en el monto del subsidio a pagar, que será el señalado en el artículo 6 de la presente Ley.

**Artículo 10: Socios de cooperativas de trabajadores:** Los socios de cooperativas de trabajadores tendrán derecho al permiso parental establecido en esta Ley.

**Primera Disposición Adicional: De la vigencia de la ley:** La presente ley empezará a regir al día siguiente de su publicación y los derechos en ella reconocidos serán exigibles desde esa fecha, excepto los subsidios de la Seguridad Social, que empezarán a otorgarse en el plazo máximo de seis meses contados a partir de la entrada en vigor de la presente norma.

**Segunda Disposición Adicional: De las prestaciones de Seguridad Social:** La legislación y normativa de la Seguridad se adaptarán a lo dispuesto en la presente Ley en el plazo máximo de seis meses contados a partir de la entrada en vigencia de esta ley. Para el otorgamiento de los subsidios por paternidad y fallecimiento bastará con presentar la partida de nacimiento o fallecimiento correspondiente. Para los casos de enfermedad de familiares será suficiente la presentación de un certificado médico refrendado por un médico colegiado y por otro designado por el empleador.

**Tercera Disposición Adicional:** El Estado en el marco de sus competencias, y de acuerdo con los agentes sociales, impulsará campañas de sensibilización pública a fin de de



conseguir que los hombres asuman la responsabilidad familiar que les corresponde y se acojan a las nuevas posibilidades que les ofrece esta ley para compartir el permiso parental.

**Cuarta Disposición Adicional:** Inclúyase el permiso parental con las características otorgadas en la presente Ley, dentro de las causales de suspensión del contrato de trabajo establecidas en el Art. 12 del D.S. 003-97-TR y de las de licencia reconocidas a todos los servidores al servicio del Estado, de ámbito nacional, regional y municipal, que laboren en situación de subordinación o dependencia.

**Disposición derogatoria única:** Quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Ley.



**Anexo I: Cuadro resumen de Anteproyectos**

No	Fecha	TITULAR	REQUISITOS	PLAZO	REMUNERADOR	Remuneración
0131	9.8.00	Padre (cualquier estado civil)	Solicitarlo 15 días antes del parto	Tres días hábiles desde nacimiento	El empleador	Con goce de haberes
0036	27.7.01	Padre casado o conviviente	Solicitarlo 15 días antes del parto	Siete días calendarios desde nacimiento	El empleador	Descanso remunerado
0422	23.8.01	Padre de cualquier estado civil	Solicitarlo 45 días antes con certificado médico	Siete días hábiles desde nacimiento	El empleador	Se puede pactar compensar el permiso con otras horas de labor.
0953	10.10.01	Padre de cualquier estado civil	No se establece	<p>a) Siete días naturales ampliables a 15 si el parto es múltiple</p> <p>b) En caso de muerte de la madre:</p> <p>b.1) 30 días si se produce dentro del descanso post natal</p> <p>b.2) Si hubiese vencido este descanso, tendrá derecho a 30 días naturales durante el primer año de vida del menor.</p> <p>c) Enfermedad u hospitalización de la madre: 15 días naturales si la madre no puede ocuparse del niño</p>	El empleador	En todos los supuestos la licencia será con goce de haber.

**Anexo II: Cuadro resumen de Licencia por Adopción**

No	TITULAR	REQUISITOS	PLAZO	Otros beneficios	REMUNERADO R	Remuneración
27409  CASO A)	Varón o mujer, que soliciten adoptar un menor, sean casados o solteros	<p>a) Resolución Administrativa de Colocación Familiar y suscripción del Acta de Entrega del niño</p> <p>b) que el menor no tenga más de 12 años</p> <p>c) comunicar expresamente al empleador 15 días naturales antes de la entrega física del niño.</p> <p>d) Si los trabajadores peticionarios son cónyuges, la licencia será tomada por la mujer.</p>	<p>30 días naturales contados desde el día siguiente de expedida la Resolución Administrativa de Colocación Familiar y suscrita el Acta de Entrega del niño.</p> <p>Si el trabajador inicia varios procedimientos el plazo máximo sigue siendo 30 días naturales.</p>	<p>Tiene derecho a gozar las vacaciones por récord ya cumplido a partir del día siguiente en que venza la licencia.</p> <p>Debe comunicar con 15 calendarios de anticipación su voluntad de goce vacacional</p> <p>La negativa injustificada del empleador a conceder la licencia será considerada un acto de hostilidad equiparable al despido</p>	El empleador	Con goce de haber
27409  CASO B)	Varón o mujer, que soliciten adoptar un menor, sean casados o solteros y :a) tenga vínculo matrimonial con el padre o madre del niño b) posea vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño	<p>a) Sentencia judicial de adopción consentida o ejecutoriada</p> <p>b) Los demás son iguales al supuesto A)</p>	<p>b) 30 días naturales contados desde el día siguiente de consentida o ejecutoriada la sentencia judicial de adopción.</p> <p>b) Los demás son iguales al caso B)</p>	Los mismos	El empleador	Con goce de haber

### Bibliografía



- ACIPRENSA. *Lesbianas tienen hija sorda por fecundación in vitro* ACIPRENSA, <http://216.239.39.100/search?q=cache:SIenUZ9Kxv8C:www.aciprensa.com/america4.htm+lesbianas+hijos+sordos&hl=es> 2002 [cited 17.4.02 2002].
- ALONSO GARCÍA, Manuel. *Curso de Derecho del Trabajo*. 2a ed, Barcelona, Ariel, 1967.
- ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, M<sup>a</sup> Emilia. *Derecho del Trabajo*. 19 ed, Madrid, Civitas, 2001.
- ALONSO OLEA, Manuel/ BARREIRO GONZÁLEZ, Germán. *El Estatuto de los Trabajadores. Texto, comentarios, jurisprudencia*. Edited by Comentarios Breves. 4<sup>a</sup> ed, Madrid, Civitas, S.A., 1995.
- ARGÜELLES BLANCO, Ana Rosa. *La excedencia laboral voluntaria, Monografías*, Pamplona, Aranzadi, 1997.
- BAÑARES, Juan Ignacio. "Derecho, antropología y libertad en las uniones de hecho." *Ius Canonicum* XXXIX, no. 77 (1999): 187-204.
- BUTTIGLIONE, Rocco. *La persona y la familia*. Translated by Antonio Esquivias. Edited by Biblioteca Palabra. 1a ed, Madrid, Palabra, 1999.
- CABEZA PEREIRO, Jaime. "Descanso semanal, fiestas, permisos y reducción de jornada por lactancia y guarda legal." *Revista Española de Derecho del Trabajo*, no. 100 (2000): 783-808.
- CASTILLA Y CORTÁZAR, Blanca. *Persona y género. Ser varón y ser mujer.*, Barcelona, Ediciones Internacionales Universitarias, 1997.
- CONTRERAS, Diego. "Los "nuevos tipos de familia" en Italia." *ACEPRENSA*, 14.XI.2001 2001.
- CONVENIOS. "VII Convenio Colectivo Nacional de Centros de Enseñanza Privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado." BOE núm. 127, de 28 de mayo de 2002, 2002.
- CORNEJO CHÁVEZ, Héctor. *Derecho Familiar Peruano*. 9<sup>a</sup> ed. II vols. Vol. II, Lima, Gaceta Jurídica Editores S.R.L., 1998.
- DIÉGUEZ, Gonzalo. *Derecho del Trabajo*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 1999.
- DONATI, Pierpaolo. "El significado del trabajo en la investigación sociológica actual y el espíritu del Opus Dei." *Romana Estudios* 1985 -1996 (1996): 317-32.

- D'ORS, Alvaro. *Derecho y sentido común. Siete lecciones de derecho natural como límite del derecho positivo.*, Cuadernos, Madrid, Civitas, 1995.
- ENNECCERUS, LUDWIG (+)/ KIPP, THEODOR(+), WOLFF, MARTIN. *Tratado de Derecho Civil*. Translated by Blas Pérez González y José Alguer (+). 2ª castellana y 20ª alemana ed. V vols. Vol. IV, *Derecho de Familia (Vol. I)*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1979.
- ESCRIVÁ DE BALAGUER, Josemaría. *Es Cristo que pasa. Homilías*. 21a ed, Madrid, Ediciones Rialp, S.A., 1985.
- FINNIS, JOHN. "Derecho, moral y "orientación sexual"." *Persona y Derecho*, no. 41 (1999): 583-620.
- FORNÉS, Juan. "Matrimonio y uniones de hecho." *Ius Canonicum XL*, no. 80 (2001): 395-411.
- GOLDÍN, Adrián O. "Las fronteras de la dependencia." *Relaciones Laborales* 2001, 13-34.
- GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. "La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras." *Relaciones Laborales* 1999/II (1999): 755-598.
- . *Las excedencias en Derecho del Trabajo, Estudios de Derecho del Trabajo*, Granada, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, 1998.
- HERVADA, Javier. *Cuatro lecciones de Derecho Natural. Parte especial*. 4ª ed, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., 1998.
- II, JUAN PABLO. *Día del Trabajo 1 mayo 2002* [<http://www.zenit.org>]. ZENIT.org, 6.V.2002 2002 [cited 6.V.2002 2002].
- . *Familiaris consortio*, Ciudad del Vaticano, 1982.
- . *Laborem exercens*, Castelgandolfo, 1981.
- JIMÉNEZ-ASENJO GÓMEZ, Eduardo. "Las interrupciones no periódicas por nacimiento hijo, enfermedad grave o fallecimiento de familiares." *Tribuna Social*, no. 65 (1996): 39.
- LA CRUZ BERDEJO, José Luis; ALBALADEJO, Manuel. *Derecho de Familia. El matrimonio y su economía*, Barcelona, Librería Bosch, 1963.



- MARÍN ALONSO, Inmaculada/ GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. *Familia y trabajo: el régimen jurídico de su armonización*, Murcia, Laborum, 2001.
- MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, José Luis. "La familia en la Constitución española." *Revista Española de Derecho del Trabajo* 58 (2000): 11-43.
- MATÍA PRIM, Javier. "Descanso semanal y anual. Permisos." In *Diecisiete lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales*, edited by Universidad de Madrid, 307-88. Madrid: Universidad de Madrid - Facultad de Derecho, 1977.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del Trabajo*. 21 ed, Madrid, Tecnos, 2000.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo; GALIANA MORENO, Jesús M.; SEMPERE NAVARRO, Antonio V.; RÍOS SALMERÓN, Bartolomé. *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. Edited by Monografías Aranzadi. 4ª ed, *Aranzadi Derecho Laboral*, Elcano, Aranzadi, 2001.
- NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. 1ª ed, Lima, Ara Editores, 1997.
- PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos. *En Defensa de la Constitución*. 1a ed, *Colección Jurídica*, Piura, Universidad de Piura, 1997.
- POLO, Leonardo. *Ética. Hacia una versión moderna de los temas clásicos*. 1a ed, Madrid, AEIDOS & Unión Editorial, S.A., 1996.
- RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato. "La legislación social indiana: su recepción y fundamentación." *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, no. XV (1993): 225-51.
- RIVAS VALLEJO, María del Pilar. *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*. 1a ed, *Aranzadi Derecho Laboral*, Pamplona, Aranzadi S.A., 1999.
- RODRÍGUEZ, Pedro. "La responsabilidad de los cristianos en la vida universitaria. Consideraciones acerca de la relación entre naturaleza y cultura." *Scripta Theologica* XXXIII, no. 1 (2001): 161-82.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel. "El Derecho del Trabajo a fin de siglo." *Relaciones Laborales* II/1999 (1999): 86-94.
- . "La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (II)." *Relaciones Laborales* II/1999 (1999): 35-43.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen. *Los permisos retribuidos del trabajador*, Pamplona, Aranzadi, S.A., 1999.

SEMPERE NAVARRO, Antonio V. "La Ley 3/1989, sobre maternidad e igualdad de trato de la mujer trabajadora. Nota crítica." *Relaciones Laborales* 1989/II (1989): 85-97.

SERNA BERMÚDEZ, Pedro. "Reivindicación europea de la familia. Una interpretación." *Iustitia* LXXII, no. 3-4 (1994): 261-79.

TORTUERO PLAZA, José Luis. "Las excedencias." *Revista Española de Derecho del Trabajo* II, no. 100 (2000): 961-78.

VIDA SORIA, José. *La suspensión del contrato de trabajo, Estudios de Trabajo y Previsión*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1965.

VILADRICH, Pedro- Juan. *Agonía del matrimonio legal. Una introducción a los elementos conceptuales básicos del matrimonio, División Interdisciplinar para la Familia (DIF)*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., 1984.

