

PACHECO ZERGA, LUZ, "La conciliación de la vida familiar con la profesional" en *Jornadas Internacionales de Derecho de Familia: La familia: naturaleza y régimen jurídico*, Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo, 2007, 49-73.

LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR CON LA PROFESIONAL

Luz Pacheco Zerga¹

Sumario:

Introducción

1. De la maternidad a la parentalidad: la nueva dimensión en las responsabilidades familiares en el ámbito europeo

1.1 La acción de la OIT

1.2 La acción de la Unión Europea

2. Hacia la corresponsabilidad en los deberes familiares: una tarea cultural y jurídica pendiente en el Perú

2.1 La protección de la maternidad en el Ordenamiento jurídico peruano: del Derecho Civil al de Trabajo

2.2 El principio de no discriminación y la desigualdad de trato en beneficio de la mujer

2.3 La evolución de la protección jurídica de la maternidad en el Perú

2.4 La agenda pendiente en la protección de la maternidad

3. Conclusiones

Bibliografía

Resumen: El presente trabajo analiza las medidas de conciliación de la vida familiar con la profesional vigentes en el Perú, a la luz del Derecho comparado, en particular el vigente en la Unión Europea. Se propone trabajar por un cambio cultural en la corresponsabilidad de los deberes familiares que competen al varón, para lograr pasar de la dimensión de la maternidad a la de la parentalidad en las normas laborales.

Keywords: maternidad, principio de no discriminación, equidad en la corresponsabilidad de las obligaciones familiares; medidas de conciliación de la vida familiar con la profesional.

Introducción

El acceso de la mujer a los estudios superiores y al mundo laboral es, en palabras, de Alonso Olea, *el fenómeno social más significativo del mundo del trabajo actual*², que está transformando las estructuras sociales y jurídicas a nivel mundial. Esta mayor participación de la mujer ha evolucionado de la tolerancia a la promoción por parte de los Estados, que a través de los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Directivas Comunitarias, en el caso de la Unión Europea, y disposiciones de derecho nacional, han buscado resolver la injusticia de sistemas de trabajo que niegan la igualdad de oportunidades, en la práctica, a la mujer. En los últimos decenios existe, entre los Estados de los países más desarrollados, políticas de promoción del empleo femenino, otorgándole preferencia en la contratación frente al varón; pero queda aún mucho por hacer. Esta brecha es aún mayor en los países en vías de desarrollo, en los que la lucha por conquistar un trato

¹ Profesora Ordinaria de Derecho del Trabajo de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo.

² ALONSO OLEA, Manuel, "El trabajo de la mujer en el Derecho Español," *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, no. 72 (1995): 175.

equitativo en la corresponsabilidad de construir el hogar y la sociedad civil, se está abriendo camino lentamente.

En el Derecho europeo este nuevo modo de cooperación y compromiso entre mujeres y varones para lograr un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y en la privada ha cristalizado en diversas Directivas comunitarias, gracias a las cuales se ha pasado de la dimensión de la responsabilidad maternal a la parental³. Asimismo, los Estados miembros de la Unión Europea han reconocido su deber de promover reformas legislativas y, adicionalmente, servicios de atención a las personas, en un marco más amplio de política de familia⁴, así como la de promover la igualdad de oportunidades entre varones y mujeres⁵.

Por el contrario, en el Perú la conciliación de la vida familiar con la profesional sigue siendo un deber ético que no ha merecido hasta la fecha ninguna protección legislativa. La razón más profunda tendríamos que buscarla en la ausencia del cambio cultural que asume la corresponsabilidad entre varón y mujer en las tareas familiares, que se manifiesta en la inactividad del Estado en la promoción de políticas familiares que fomenten la no discriminación, la protección adecuada de la mujer en el ámbito laboral y la incorporación del varón en los permisos por atención de los hijos.

El estudio que sigue a continuación se orienta a ofrecer elementos de análisis en base a la experiencia del Derecho español porque ha servido de inspiración a las diferentes reformas laborales realizadas en nuestro país, pero, sobre todo, porque ese país ha logrado armonizar el desarrollo económico con la tutela social.

1. De la maternidad a la parentalidad: la nueva dimensión en las responsabilidades familiares en el ámbito europeo

La nueva perspectiva con la que se analizan las medidas de conciliación de la vida profesional con la familiar tiene su origen remoto en la acción de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) y, próximo, en el Parlamento Europeo. Analizaremos los hitos más resaltantes de esta evolución por separado.

1.1 La acción de la OIT

En la primera Conferencia General de la Organización Internacional de Trabajo realizada en Washington, el 24 de octubre de 1919, se adoptaron cinco Convenios Internacionales⁶ y seis Recomendaciones⁷, entre los que destaca el Convenio 3⁸, denominado también “sobre la protección a la maternidad”. Esa

³ Cfr., por todas, las Directivas del Consejo 92/85/CEE, de 19 de octubre, y 96/34/CE, del Consejo, de 3 de junio. La primera de ellas contempla la maternidad desde el punto de vista de la salud y seguridad en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. La segunda, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental, celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, prevé 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.

⁴ Así se aprecia en el Preámbulo de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras promulgada en España.

⁵ Remito a la Ley Orgánica española de Igualdad Efectiva entre Hombres y Mujeres, de 3 de marzo 2007.

⁶ Las horas de trabajo (industria); desempleo, protección de la maternidad, trabajo nocturno (mujeres), edad mínima (industria) y trabajo nocturno e menores (industria).

⁷ Desempleo, reciprocidad de trato, carbunco, saturnismo (mujeres y niños), inspección del trabajo (servicios de higiene) y fósforo blanco.

⁸ Entró en vigor en 1921 y fue ratificado por 29 países, nueve americanos. El Perú no lo ratificó

protección se extendió a las mujeres que trabajaban en una empresa industrial o comercial, pública o privada, con independencia de su nacionalidad, edad y estado civil, y que dieran a luz a un hijo, dentro o fuera del matrimonio. El Convenio promovió cuatro derechos básicos:

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

En 1952 se plantearon nuevas cuestiones en torno a la protección de la maternidad y la Conferencia General de la O.I.T. adoptó un nuevo Convenio Internacional sobre protección a la maternidad, que es el 103⁹. Las modificaciones más importantes fueron:

- a) Ampliar la cobertura a las trabajadoras de toda clase de empresas o establecimientos, inclusive a las de trabajo doméstico.
- b) El descanso por maternidad debía ser mínimo de doce semanas en total, de las cuales seis, debían ser posteriores al parto. Asimismo, el descanso prenatal podría ser acumulado al post natal.
- c) Las prestaciones podían ser médicas y en dinero, con cargo a los seguros públicos, siempre que la mujer trabajadora reuniese las condiciones que se establecieran en cada país. En caso contrario, debía recibir atención en la asistencia pública. El subsidio en dinero no debía ser inferior a los dos tercios de la remuneración promedio, utilizada como base de cálculo.
- d) El empleador no está obligado a costear las prestaciones debidas a las mujeres que él emplee.
- e) Finalmente, el permiso por lactancia debía computarse como tiempo de trabajo.

Ninguno de estos Convenios reconoció el derecho del progenitor para ausentarse del trabajo en caso de nacimiento de un hijo. La razón parece clara: el fin de estos instrumentos internacionales fue proteger el hecho biológico de la maternidad y el cuidado del recién nacido por la madre. Por otro lado, en las legislaciones nacionales y en convenios colectivos de los países europeos se encuentran, desde los primeros decenios del siglo pasado, disposiciones que otorgan permiso retribuido al padre para atender a la madre y al niño en esos primeros momentos¹⁰. Sin embargo, salvo este derecho elemental, no existía ninguna otra disposición que facilitase al padre cumplir con sus deberes en la atención y cuidado de los hijos hasta muy avanzada la segunda mitad del siglo XX.

La promoción de los derechos de la mujer en el trabajo tiene un rol protagónico a partir de la Declaración de la Conferencia Internacional del Trabajo sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras de 1975. Siete años después, en 1982, la OIT promueve un cambio de actitud respecto a las

⁹ Vigente desde 1955, ha sido ratificado por 27 países, siete de ellos americanos. El Perú tampoco ratificó este Convenio y Venezuela lo denunció posteriormente.

¹⁰ Un estudio detallado de esta cuestión puede verse en SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen, *Los permisos retribuidos del trabajador*, Pamplona, Aranzadi, S.A., 1999, 88 y ss.

responsabilidades familiares por ser una tarea conjunta de ambos padres. En consecuencia, correspondía armonizar mejor las responsabilidades familiares con las profesionales, tanto para el hombre como para la mujer. El Convenio 156 (1981)¹¹ sobre la “Igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares” declaró la necesidad de “modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia”. Y, ante la discriminación -más o menos encubierta- en perjuicio de la mujer trabajadora se pronuncia sobre la necesidad 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.

Este Convenio comprometió a los Estados en la promoción de una corriente de opinión favorable para la solución de los conflictos que pudiesen surgir en el trabajo, para atender sus responsabilidades familiares, de tal modo que éstas no constituyesen de por sí, una causa justificada para poner fin a la relación laboral. También estableció el derecho de estos trabajadores a recibir la orientación y formación profesional necesaria para integrarse y permanecer en el empleo, así como para su reincorporación tras una ausencia originada por la atención de las responsabilidades familiares. A partir de la vigencia del Convenio 156 se advierte un cambio en la legislación de los países miembros de la OIT para impulsar la conciliación de 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.

Merecen destacarse también la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento (1988), así como el Convenio sobre protección de la maternidad (2000), en el que se revisan los dos Convenios anteriores sobre esta materia y se regula la protección en caso de riesgos en el embarazo.

1.2 La acción de la Unión Europea

La Unión Europea siguiendo una larga tradición de protección social, hizo eco a las orientaciones de la OIT, como puede apreciarse en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, adoptada en Estrasburgo el 9.XII.1989. En este documento se hace expresa referencia a la obligación de “desarrollar medidas que permitan a hombres y mujeres compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares” (art. 16,2).

En esta misma línea de acción, las organizaciones interprofesionales europeas de carácter general (UNICE, CEEP y CES) decidieron celebrar 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). Por su parte, la Directiva 96/34/CEEE, del Consejo, de 3 de junio de 1996 dispuso que los diversos Estados incorporasen el contenido del Acuerdo en su respectivo Ordenamiento, en un plazo determinado, que venció el 3 de junio de 1998.

¹¹ Vigente desde 1981. Ha sido ratificado por 19 países, cuatro americanos, entre ellos, el Perú.

Excedería los fines de esta disertación analizar en detalle el desarrollo legislativo de esta Directiva en los países miembros de la Unión. En cambio, resulta ilustrativo conocer cómo fue aplicada esta Directiva en un país de tradición jurídico-laboral muy cercana a la nuestra: España. Con este fin analizaremos dos disposiciones especialmente relevantes: la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres¹².

La primera de estas normas modificó el Estatuto de los Trabajadores en los artículos 37, 45, 46 y 48 para hacer concordar los permisos o ausencias retribuidos, con la Directiva 96/34/CE. Esas modificaciones permitieron incluir las ausencias del trabajador en caso de accidente y hospitalización, así como flexibilizar el derecho al permiso de lactancia. Igualmente amplió los supuestos de reducción de jornada y excedencia de los trabajadores que tuvieran que ocuparse de personas mayores y enfermas. Facilitó también a los hombres el acceso al cuidado del hijo desde el momento de su nacimiento o de su incorporación a la familia, al conceder a la mujer la opción de que fuese el padre quien pudiera disfrutar hasta un máximo de diez semanas de las dieciséis correspondientes al permiso por maternidad. Asimismo abrió la posibilidad del disfrute simultáneo del permiso con la madre, y la ampliación del permiso de maternidad en dos semanas más por cada hijo en el caso de parto múltiple.

También introdujo importantes modificaciones en la regulación de los permisos por adopción y acogimiento permanente y preadoptivo. En este sentido superó el criterio de establecer la duración del permiso de acuerdo a la edad del menor, que variaba según el niño o niña fuese menor de nueve meses o de cinco años. Por eso, en la actualidad, o hay distinción en la edad de los menores que generan este derecho, siempre que tengan menos de seis años. Estableció también la aplicación de la reducción de la jornada o excedencia para atender al cuidado de familiares que, por razón de edad, accidente o enfermedad, no pudieran valerse por sí mismos y no desempeñasen actividad retribuida, configurándose este derecho como individual de los trabajadores y no como exclusivo de la mujer y con derecho de cesión a favor del hombre.

Para fortalecer el ejercicio de estos derechos, el último artículo del capítulo I de la Ley 39/1999 modificó el Estatuto de los Trabajadores declarando expresamente nula la decisión extintiva o el despido motivado por el embarazo, la solicitud o disfrute de los permisos por maternidad, paternidad o cuidado de familiares o el despido de los trabajadores con contrato de trabajo suspendido, salvo que pudiera demostrarse una causa ajena a esta discriminación. También incluyó entre los supuestos que no pueden computarse como faltas de asistencia a efectos de extinción del contrato de trabajo por absentismo laboral, los de riesgo durante el embarazo, las enfermedades causadas por esta contingencia, así como por parto y lactancia. El capítulo II, modificó el Real Decreto legislativo 2/1995, de 7 de abril, que aprobó el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, para garantizar el ejercicio libre de estos derechos y su resolución en caso de discrepancia mediante procedimiento urgente y de tramitación preferente. El capítulo III modificó la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, para poder declarar en situación de riesgo durante el embarazo con protección de la Seguridad Social, los supuestos de maternidad en los que, por motivos de salud de la madre o del feto, fuera necesario

¹² Con el fin de facilitar la lectura y la exposición de los temas, considero suficiente la referencia explícita a estas dos leyes españolas. Por esta razón no me remitiré a los artículos modificatorios, sino únicamente a su contenido.

realizar un cambio de puesto de trabajo o función, pero que no fuera viable para el empresario. Esta disposición requirió modificar a su vez, la Ley General de la Seguridad Social para crear la prestación de riesgo durante el embarazo, con la finalidad de proteger la salud de la mujer trabajadora embarazada.

Asimismo, con la finalidad de que no recayesen sobre el empresario los costes sociales de estos permisos, –por sus posibles consecuencias negativas en el acceso al empleo para las mujeres–, y también como medida de fomento del empleo, el capítulo V previó reducciones en las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, siempre que se contratase interinamente a desempleados para sustituir al trabajador o trabajadora durante los períodos de descanso por maternidad, adopción o acogimiento.

Finalmente, la norma introduce en los capítulos VI, VII y VIII las correspondientes modificaciones en las leyes reguladoras de la Función Pública, con el objeto de adaptar el contenido de la Ley a los colectivos comprendidos en su ámbito de aplicación. De este modo, tanto en el ámbito privado como en el público se estableció un *mininum* normativo a favor de la corresponsabilidad en los deberes familiares en el ámbito laboral.

Este año el Gobierno español ha promulgado la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en la que reconoce que a pesar de existir un reconocimiento formal de igualdad ante la ley, “la violencia de género, la discriminación salarial, la discriminación en las pensiones de viudedad, el mayor desempleo femenino, la todavía escasa presencia de las mujeres en puestos de responsabilidad política, social, cultural y económica, o los problemas de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar muestran cómo la igualdad plena, efectiva, entre mujeres y hombres, aquella «perfecta igualdad que no admitiera poder ni privilegio para unos ni incapacidad para otros», en palabras escritas por John Stuart Mill hace casi 140 años, es todavía hoy una tarea pendiente que precisa de nuevos instrumentos jurídicos”¹³.

De los muchos aportes contenidos en esta norma, queremos resaltar las contenidas en el Título IV, porque se ocupa del derecho al trabajo en igualdad de oportunidades, incorporando medidas para garantizar la igualdad entre mujeres y hombres en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesionales, y en las condiciones de trabajo. Incluye además, entre los derechos laborales de los trabajadores y las trabajadoras, la protección frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo.

La Ley, además de recordar el deber general de las empresas de respetar el principio de igualdad en el ámbito laboral contempla, específicamente, el deber de negociar planes de igualdad en las empresas con más de doscientos cincuenta trabajadores o trabajadoras. La relevancia de este instrumento de negociación para los planes de igualdad explica también la previsión del fomento de su implantación voluntaria en las pequeñas y medianas empresas.

Para favorecer la incorporación de las mujeres al mercado de trabajo, se estableció un objetivo de mejora del acceso y la permanencia en el empleo de las mujeres, potenciando su nivel formativo y su adaptabilidad a los requerimientos del mercado de trabajo mediante su posible consideración como grupo de población prioritario de las políticas activas de empleo. Igualmente, la Ley recoge una serie de medidas sociales y laborales concretas, que quedan reguladas en las distintas disposiciones adicionales de la Ley.

¹³ Cfr. Preámbulo de la Ley.

De todas estas disposiciones, la medida más innovadora para favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral es el permiso de paternidad de trece días de duración, ampliable en caso de parto múltiple en dos días más por cada hijo o hija a partir del segundo. Se trata de un derecho individual y exclusivo del padre, que se reconoce tanto en los supuestos de paternidad biológica como en los de adopción y acogimiento. También introdujo mejoras en el permiso de maternidad, ampliándolo en dos semanas para los supuestos de hijo o hija con discapacidad, pudiendo hacer uso de esta ampliación indistintamente ambos progenitores.

Estas mismas mejoras se establecieron para los trabajadores y trabajadoras autónomos y de otros regímenes especiales de la Seguridad Social.

En relación con la reducción de jornada por guarda legal se amplió, por una parte, la edad máxima del menor que da derecho a la reducción, que pasa de seis a ocho años, y se redujo, por otra, a un octavo de la jornada el límite mínimo de esa reducción. También se redujo a cuatro meses la duración mínima de la excedencia voluntaria y se amplió de uno a dos años la duración máxima de la excedencia para el cuidado de familiares. Se reconoció la posibilidad de que tanto la excedencia por cuidado de hijo o hija como la de por cuidado de familiares pudieran disfrutarse de forma fraccionada.

Asimismo, se adaptaron las infracciones y sanciones y los mecanismos de control de los incumplimientos en materia de no discriminación, y se refuerza el papel de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Es particularmente novedosa, en este ámbito, la posibilidad de conmutar sanciones accesorias por el establecimiento de Planes de Igualdad.

Debe resaltarse la integridad de la reforma porque las modificaciones en materia laboral incluyen algunas novedades en el ámbito de Seguridad Social, recogidas en las Disposiciones adicionales de la Ley. Entre ellas deben destacarse especialmente la flexibilización de los requisitos de cotización previa para el acceso a la prestación de maternidad, el reconocimiento de un nuevo subsidio por la misma causa para trabajadoras que no acrediten dichos requisitos o la creación de la prestación económica por paternidad.

Finalmente, el Título V, en el Capítulo III, desarrolla las medidas de igualdad en el empleo en el ámbito de la Administración General del Estado, en sentido análogo a lo previsto para las relaciones de trabajo en el sector privado, y con la previsión específica del mandato de aprobación de un protocolo de actuación frente al acoso sexual y por razón de sexo. Con estas disposiciones nuevamente se igualan las oportunidades de conciliación de la vida familiar con la profesional del sector privado con las del público.

2. Hacia la corresponsabilidad en los deberes familiares: una tarea cultural y jurídica pendiente en el Perú

La necesidad de trabajar para alcanzar la plenitud humana y la igualdad fundamental del varón y la mujer, al que se sigue el derecho de ésta a trabajar dentro y fuera de su hogar, son conquistas del último siglo. A la vez, es evidente que la mujer tiene encomendada de manera particular el don de la vida y su guarda y que su constitución física es diferente que la del hombre. Por eso, los Ordenamientos jurídicos deben preservar la salud física y mental de la madre trabajadora, facilitándole el necesario descanso y la atención de sus hijos, especialmente en los primeros estadios de la vida, así como evitar que realicen trabajos que afectarían tanto su constitución psico-física como la del feto. A continuación haremos un breve recuento de la evolución de esta protección en nuestro país.

En el Perú la participación de las mujeres en la Población Económicamente Activa (PEA) ocupada se ha incrementado en la última década. No obstante, los porcentajes siguen siendo bajos y en la distribución de los empleos, los varones siguen siendo desempeñando la mayoría de los puestos directivos, mientras que las tareas de servicio no cualificadas son asumidas por la mayoría de las mujeres que trabajan. La remuneración sigue siendo dispar: el varón percibe habitualmente más que la mujer, tanto en la zona urbana como en la rural¹⁴.

Por otro lado, la tradición judeo-cristiana, que caracteriza nuestro Ordenamiento, si bien logró que la sociedad valorizara a la mujer como pieza fundamental, insustituible para la vida familiar, con un rol protagónico en la educación de los hijos y en la atención del hogar, no logró el mismo éxito en la comprensión de la proyección de su labor fuera del hogar familiar. No puede negarse que el relato de la creación del hombre y de la mujer basado en el simbolismo de la costilla de Adán fue interpretado por muchos como si la mujer fuera inferior o sirva del hombre¹⁵. Esta mentalidad degeneró en una actitud machista¹⁶, que relegó a las mujeres las tareas más duras del hogar, dejándole la responsabilidad de la educación y atención de los hijos, casi en exclusiva, no considerándola apta para intervenir activamente en la vida pública de la sociedad, como podremos apreciar a continuación.

2.1 La protección de la maternidad en el Ordenamiento jurídico peruano: del Derecho Civil al de Trabajo

Tradicionalmente el Derecho peruano asignó al varón la responsabilidad de la marcha económica del hogar y, consecuentemente, la de trabajar en actividades que fueran lucrativas¹⁷. Las normas del Código Civil de 1852 referidas a los deberes y derechos que nacen del matrimonio¹⁸ ofrecen una visión clara de la condición de sometimiento en la que se encontraba la mujer casada, que no podía celebrar contratos

¹⁴ En 1997 los hombres percibían un promedio de S/. 683.00 mensuales, mientras que las mujeres llegaban a S/. 507.00. En las áreas rurales los hombres ganaban S/. 910.50 y las mujeres, S/. 556.30. Y, en el 2000, en las áreas rurales los hombres ganaban S/. 289.20 y las mujeres, S/. 115.80. Cfr. Instituto de Estadística Nacional, XXXI REUNIÓN DE DELEGADAS TITULARES Comisión Interamericana de Mujeres – CIM, realizada en la República Dominicana, en octubre de 2002, <http://www.oas.org/cim/XXXI%20Asamblea%20de%20Delegadas/Informe%20Nacional%20Peru1.esp.doc>, 29.IV.03.

¹⁵ Cfr. Juan Pablo II, *Compromiso por la promoción de la mujer*, Audiencia general, 24 de noviembre de 1999. Esta imagen de la mujer se refleja en el Código Civil de 1852, donde se establecía que la mujer casada estaba bajo la potestad de su marido, al que le debía “obediencia” (arts. 28.1 y 175).

¹⁶ El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define al machista como al partidario del machismo que, a su vez, se tipifica como una “actitud de prepotencia de los varones respecto a las mujeres”.

¹⁷ Esta mentalidad quedó plasmada en el Código de 1936, donde se estable que “La mujer debe al marido ayuda y consejo para la prosperidad común y tiene el derecho y el deber de atender personalmente el hogar” (161); y que corresponde al marido “fijar y mudar el domicilio de la familia, así como decidir sobre lo referente a su economía” (162). Finalmente, el “marido está obligado a suministrar a la mujer, y en general a la familia, todo lo necesario para la vida, según sus facultades y situación” (164). Es interesante comparar estas normas con los artículos 290 y 291 del Código Civil vigente para apreciar la evolución social en esta materia.”

¹⁸ Cfr. Libro Primero. Sección Tercera. Título VII, especialmente los arts. 173 y ss.

ni presentarse en juicio sin la autorización del marido¹⁹, salvo algunas excepciones taxativamente señaladas en el Código. En la mentalidad de la época no era admisible el trabajo de la mujer fuera del hogar.

En el Código Civil de 1936 las referencias a la mujer dejan de tener el tono protector del Código anterior, -similar al de los menores de edad- y se admite la posibilidad de que trabaje fuera del hogar, inclusive sin autorización del marido, pero necesariamente con la del juez si aquél se negare injustificadamente a dársela²⁰. De todos modos, al marido corresponden la representación del hogar y la administración del patrimonio familiar por considerársele el representante del hogar conyugal²¹. Las actas de la Comisión Reformadora del Código de 1936 hacen continua referencia a que esta disparidad de funciones corresponde a la diferente naturaleza y responsabilidad de cada cónyuge en el hogar familiar, sin que puedan interpretarse como peyorativas para la capacidad intelectual de la mujer²². No obstante estas declaraciones, la mujer era una ciudadana de segunda categoría, a quien se le reconoció el derecho a voto recién en 1956²³. A partir de esa década las nuevas corrientes de pensamiento llegaron al Perú y contribuyeron a mejorar la situación de la mujer, pero queda aún un largo camino por recorrer hasta lograr un trato equitativo respecto al varón, que reconozca no sólo la *igualdad fundamental*, sino también la *complementariedad* en la construcción de la vida familiar y social.

En el Código Civil de 1984 el panorama social es muy diferente: la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges en el ámbito familiar es repetidamente declarada en el Capítulo Único referente a los derechos y deberes que se originan con el matrimonio²⁴. La libertad de trabajo y la posible negativa para que uno de ellos trabaje fuera del hogar fue establecida en favor de ambos cónyuges indistintamente. La corresponsabilidad en la buena marcha del hogar en el aspecto económico y en el cuidado de los hijos está expresamente reconocida en el Art. 291 del mismo Código.

No obstante, uno de los retos que seguimos enfrentado es el de promover los derechos de la mujer evitando un mimetismo con respecto al varón, que reduciría a la mujer a una mera copia de éste. Por el contrario, interesa que la antropología y las demás ciencias sociales, incluyendo al Derecho, respeten y fomenten la diversidad de la tipología femenina y masculina. Sólo cuando se acepte -en la práctica- que “la mujer es capaz de colaborar con el hombre, por ser *su correspondencia perfecta*” y que “la mujer es otro tipo de “yo” en una humanidad común, constituida en perfecta igualdad de dignidad por el hombre y la mujer”²⁵ la promoción de los derechos de la mujer tendrá un fundamento sólido, basado en auténticas relaciones de justicia.

El respeto a esta igualdad fundamental preservará el “genio femenino”, que Juan Pablo II ha sintetizado como “la capacidad para acoger, para atender al hombre, para generar la vida”²⁶, que hace más humanas y cálidas las relaciones interpersonales

¹⁹ art. 182: “La mujer no puede dar, enajenar, hipotecar, ni adquirir a título gratuito u oneroso, sin intervención del marido, o sin su consentimiento expreso”.

²⁰ Código Civil 1936, art. 173

²¹ Cfr. Código Civil 1936, arts. 161 y ss.

²² Cfr. Por todos Memorando del señor Calle citado por Fernando GUZMÁN FERRER, *Código Civil*, Tomo I, Lima, 1971, 2ª ed. no oficial, 217

²³ Más sorprendente aún es saber que en la mayoría de países occidentales este derecho les fue reconocido después de terminada la Segunda Guerra Mundial.

²⁴ arts. 287 y ss.

²⁵ Juan Pablo II, *Compromiso por la promoción de la mujer*, Audiencia general, 24 de noviembre de 1999.

²⁶ *Ibidem*.

dentro del hogar y en las demás esferas de la vida social²⁷. Igualdad en lo fundamental y equidad en la diversidad: ésta puede ser la síntesis de la regulación jurídica respecto a los derechos de la mujer en la familia y en el trabajo.

2.2 El principio de no discriminación y la desigualdad de trato en beneficio de la mujer

Una cuestión que no resulta ociosa es la de determinar si en las sociedades democráticas del siglo XXI es procedente una regulación protectora para la mujer que trabaja teniendo en cuenta el principio básico de no discriminación y de igualdad de oportunidades. Existe abundante literatura sobre este tema, pero para los efectos que nos interesan, quisiera destacar únicamente lo que afirma nuestra Constitución: “pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas”²⁸. En consecuencia, la cuestión medular se encuentra en reconocer que las diferencias entre los sexos no se encuentran en el plano accidental sino, más bien, en el ontológico o natural²⁹, porque se fundamentan en la función natural de maternidad y paternidad que corresponde a cada sexo³⁰.

Podríamos también cuestionarnos si es lícito que el Ordenamiento reconozca mayores beneficios a la mujer sobre el varón, fundamentándose en la histórica marginación de ésta. Parece discutible, pero es un tema de candente actualidad: así, por ejemplo, las cuotas de preferencia para el empleo femenino pueden convertirse en violatorias del principio de no discriminación por razón del sexo, que en estos casos asumiría la tendencia contraria a la histórica. Preferir a la mujer sólo por ser mujer o porque en la antigüedad ha sido relegada sería fuente de nuevas injusticias que no resolverán estas diferencias sino que, más bien, originaría nuevos antagonismos. En cambio, cuando la diversidad de trato obedece a razones que se siguen a la naturaleza de las personas, esa diversidad es garantía de justicia³¹. No obstante, como hemos podido apreciar en páginas precedentes, la tendencia en el Derecho comparado es la de promover cuotas mínimas de participación femenina en la vida pública.

La Constitución del Perú establece como un deber fundamental de la comunidad y del Estado, la protección del niño, del adolescente, de la madre y del

²⁷ “La mujer está llamada a llevar a la familia, a la sociedad civil (...), algo característico, que le es propio y que sólo ella puede dar: su delicada ternura, su generosidad incansable, su amor por lo concreto, su agudeza de ingenio, su capacidad de intuición, (...), su tenacidad... La femineidad no es auténtica si no advierte la hermosura de esa aportación insustituible, y no la incorpora a la propia vida”. ESCRIVÁ DE BALAGUER, Josemaría, *Conversaciones con Mons. Escrivá de Balaguer*, ADEU, Universidad de Piura, Piura, 1986, n. 87.

²⁸ art. 103.

²⁹ Por todos BURGGRAF, Jutta, *Mujer y hombre frente a los nuevos desafíos de la vida en común*, Barañaín, EIUNSA, 1999.; CAFFARRA, Carlo, *La sexualidad humana*, Madrid, Ediciones Encuentro S.A., 1987.; Ana María YÁÑEZ, Ana María, “El trabajo femenino y el principio de igualdad,” *Themis*, no. 34 (1996), 60.

³⁰ La maternidad es “una carga exclusiva del sexo femenino en beneficio del género humano, es soportada solamente por la mujer, puesto que deriva en una diferencia sexual no trasladable al hombre, que no puede encontrarse nunca en tal situación”. Sentencia del Tribunal Supremo Español (Sala 4ª, en casación para unificación de la doctrina, de 23 marzo 1995, Ar. 2179).

³¹ Como bien afirma Rodríguez- Piñero: “la igualdad formal jurídica entre hombres y mujeres parte de la realidad de las diferencias sustanciales entre ellos por razón del sexo. Se trata de eliminar las diferencias o los roles asignados por una tradición discriminatoria, pero no de convertir una sociedad sexuada en asexuada”. RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel, “La nueva dimensión de la igualdad y la transversalidad de las políticas de género,” *Relaciones Laborales*, 8.X.2001 2001. En el mismo sentido se expresa Ana María YÁÑEZ, “El trabajo femenino y el principio de igualdad.”, 57-66.

anciano en situación de abandono³². Reitera esta obligación al declarar que “el trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan”³³. Por tanto, los colectivos objeto de esta particular protección son cuatro: el menor de edad (ya sea niño o adolescente), la madre, el anciano en situación de abandono y el impedido que trabaja. Es indudable que las diferencias entre ellos son notorias, pero también es evidente que cada uno, por diversas razones, necesita un trato jurídico preferencial para equilibrar la capacidad negocial al celebrar contratos y ejecutarlos. La igualdad formal que reconoce la ley debe traducirse en igualdad de trato³⁴. Sin embargo, esta igualdad no equivale a homogenización, pues no pueden tratarse igual los supuestos diferentes. Si la mujer cumple con una función natural propia –la de la maternidad–, que exigen la guarda y custodia de la vida, a la que le corresponde una constitución biológica y un ritmo de vida y trabajo distintos a los del varón, es consecuente que el Ordenamiento jurídico refleje estas diferencias en orden a lograr un trato equitativo. La igualdad en estos casos, y en otros semejantes, debe ser entendida como *equidad*, que equivale a proporcionalidad³⁵, tal como hemos afirmado en el apartado precedente.

Esta es una de las razones por las que el último Convenio sobre protección de la maternidad de la OIT, el 183 (2000)³⁶, se establezca en el artículo 8º una presunción *iuris tantum* a favor de la mujer embarazada despedida injustificadamente, que obliga al empleador a probar la causa justa de dicha acción en todos los casos, de lo contrario sería nulo el despido³⁷. Esta protección especial se extiende al derecho de no ser sometida a pruebas de diagnóstico del embarazo para decidir su contratación³⁸. Estas medidas no son discriminatorias respecto al varón, pues él nunca se verá sometido a una prueba semejante (*ipsa rei loquitur*) y, por tanto, no necesita esta protección específica.

³² art. 4.

³³ art. 23.

³⁴ Cfr. YÁÑEZ, "El trabajo femenino y el principio de igualdad," 59.

³⁵ “Lo justo es tratar a todos por igual en lo que son iguales y de modo diferente –pero *proporcional*, ésta es la clave- en lo que son diferentes”. HERVADA, Javier, ANDRÉS MUÑOZ, Juan, *Guía de los estudios universitarios. Derecho, Ciencias de la Educación. Guías de los Estudios Universitarios*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, S.A. (EUNSA), 1984. 46.

³⁶ Ha entrado en vigor el 7 de febrero de 2002, con la ratificación de Rumania, Italia, Eslovaquia y Bulgaria. El 9 de febrero de 2002 fue enviado este Convenio al Congreso para su aprobación por el Presidente de la República (R.S. 051-2002-RE).

³⁷ art. 8º: 1. Se prohíbe al empleador que despida a una mujer que esté embarazada, o durante la licencia mencionada en los artículos 4 o 5, o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador. 2. Se garantiza a la mujer el derecho a retornar al mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, al término de la licencia de maternidad.

³⁸ art. 9º: 1. Todo Miembro debe adoptar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo, con inclusión del acceso al empleo, y ello no obstante el párrafo 1 del artículo 2.

2. Las medidas a que se hace referencia en el párrafo anterior incluyen la prohibición de que se exija a una mujer que solicita un empleo que se someta a un examen para comprobar si está o no embarazada o bien que presente un certificado de dicho examen, excepto cuando esté previsto en la legislación nacional respecto de trabajos que:

a) estén prohibidos total o parcialmente para las mujeres embarazadas o lactantes, o
b) puedan presentar un riesgo reconocido o significativo para la salud de la mujer y del hijo.

2.3 La evolución de la protección jurídica de la maternidad en el Perú

La Ley 2851³⁹ se asemeja a un *Codex* del trabajo femenino y, adelantándose considerablemente a las disposiciones sobre estas materias en otros países, prohibió trabajos considerados dañinos para la mujer y estableció beneficios –respecto a la protección a la maternidad- superiores a los de los Convenios de la OIT. Esta Ley estableció el derecho de la mujer a descansar antes y después del parto, imponiéndole al empleador la obligación de pagar el 60% de su remuneración durante este tiempo, salvo que hubiese optado por contratar algún tipo de seguro⁴⁰. Sin embargo, perdía este beneficio si durante ese período trabajaba en labores distintas a las domésticas⁴¹. Esta norma ha estado vigente hasta fines de los años noventa en la que se derogó y fue sustituida por diversas leyes. Desde entonces, se han promulgado nuevas disposiciones, que facilitan la protección de la mujer pero quedan pendientes de regulación derechos básicos de la madre trabajadora, tanto en sí mismos considerados como en relación con la corresponsabilidad del varón en las responsabilidades familiares.

En la actualidad existen ocho beneficios en torno a la maternidad: el descanso físico en las semanas anteriores y posteriores al parto; la licencia con goce de haber por adopción de un menor; el subsidio otorgado por la Seguridad Social, las prestaciones asistenciales de ESSALUD; el derecho a gozar de un tiempo diario para amamantar al hijo; el subsidio por lactancia concedido por la Seguridad Social; la protección en caso de despido y la protección a la mujer gestante y/o desarrollo normal del embrión y el feto.

a) *El descanso pre y post natal* es causal de suspensión del contrato de trabajo por mandato de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), 12 c). Esta disposición no exige ningún requisito para gozar del beneficio ni señala el plazo del mismo. La Ley 26644 (27.6.96) precisó el plazo (45 días antes del parto y 45 días después de éste) y la posibilidad de postergar el descanso pre-natal al post-natal, así como el de gozar de las vacaciones, por el récord ya cumplido, al día siguiente de vencido el descanso post-natal. Estos beneficios deben ser solicitados por la madre trabajadora, quien además ha de acreditar que la postergación del descanso no afectará su salud ni la del hijo por nacer. Esta norma aclaratoria no ha establecido ningún requisito para tener derecho a la suspensión del contrato de trabajo, por tanto, no podemos distinguir donde la ley no distingue y, en consecuencia, para gozar de este beneficio bastará que la trabajadora acredite su estado de gravidez, sin que se le pueda exigir un mínimo de tiempo anterior de trabajo. En caso que la trabajadora no hubiese alcanzado el derecho a gozar de las prestaciones económicas de la Seguridad Social, el empleador seguirá obligado a conservar el puesto de trabajo, sin que deba asumir el subsidio por maternidad. Se trataría, pues, de una suspensión perfecta del contrato de trabajo sin subsidios de la Seguridad Social.

En caso que el parto sea múltiple este descanso se ampliará en 30 días naturales (Ley 27606), sea cual fuere el número de hijos que nazcan. En cualquiera caso el descanso, con motivo del parto, no es transferible en parte al cónyuge o padre del hijo.

³⁹ Cfr. Anexo II

⁴⁰ arts. 14 a 16.

⁴¹ art. 17.

b) La licencia con goce de haber que tienen los trabajadores de ambos sexos en caso que adopten a un menor de 12 años de edad. Esta licencia establece que en caso que los padres trabajadores peticionarios de adopción sean cónyuges y laboren para el mismo empleador, la licencia debe ser tomada necesariamente por la mujer (Ley 27409, 4). Esta disposición es 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.

c) El subsidio por maternidad otorgado por ESSALUD, que lo deberá pagar durante los noventa días de goce del descanso por alumbramiento (pre y post natal), siempre y cuando la asegurada no realice trabajo remunerado. El importe a pagar es el promedio de las remuneraciones percibidas en los últimos cuatro meses (Leyes 26790 y 27056) multiplicado por el número de días de goce de la prestación⁴². Su fin – según la norma en cuestión- es resarcir el lucro cesante que origina esta contingencia, que impide trabajar. Para tener derecho a este beneficio la asegurada debe haber estado afiliada al tiempo de la concepción⁴³. El plazo de prescripción para cobrar el subsidio es de seis meses contados desde la fecha en que terminó el plazo máximo post parto.

d) Las prestaciones asistenciales de la Seguridad Social, concedidas a través de ESSALUD, para controles durante el embarazo, atención del parto y del niño recién nacido, siempre y cuando la asegurada a haya estado afiliada al momento de la concepción.

e) Tiempo para la lactancia: Sabemos bien que el fin del descanso por maternidad no es sólo la reparación de fuerzas por parte de la madre sino también, la alimentación y cuidado del hijo recién nacido. La importancia de la lactancia materna para la seguridad emocional del niño y su mejor desarrollo físico se encuentra ampliamente demostrada y documentada en nuestra época⁴⁴. Por eso, sorprende –una vez más- la clarividencia del legislador en 1918 cuando estableció el derecho de la mujer a ausentarse durante una hora –más el tiempo de traslado al lugar donde se encontrase su hijo- a fin de amamantarlo⁴⁵. Cuando se derogó la Ley 2851 muchos empleadores desconocieron este beneficio y fue necesaria la promulgación de nuevas normas para restablecerlo⁴⁶. Hoy en día las madres tienen derecho a gozar de una hora diaria de permiso por lactancia hasta que el hijo cumpla un año de edad. Es irrelevante que la lactancia sea natural o artificial para que se conceda el permiso. La hora se considerará como efectivamente trabajada para todo efecto legal y no es un permiso transferible al padre. Se tiene derecho a este descanso con independencia del derecho a subsidio por lactancia de la Seguridad Social.

f) El subsidio por lactancia⁴⁷ se otorga en favor del recién nacido, siendo titulares tanto el padre como la madre, que sean asegurados regulares. Corresponde a la madre su tramitación: únicamente si fallece o se encuentra en estado de abandono

⁴² D.S. 009-97-TR, art. 16

⁴³ Ley 26790, art. 12 y D.S. 009-97-TR

⁴⁴ Cfr. por todos http://www.lalecheleague.org/home_intro.html

⁴⁵ Ley 2851, art. 21.

⁴⁶ Leyes 27240 (Sector Privado) y 27591 (Sector Público)

⁴⁷ Cfr. D.S. 001-98-SA y Ac. 59-22-ESSALUD-99

podrá ser cobrado por el padre o por quien tenga al recién nacido a su cuidado. Esta exclusividad no es un beneficio para la mujer, ya que el padre debería también poder hacer este trámite. A esta discriminación se añade otra: la de 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.

Este subsidio se otorga para contribuir al cuidado del recién nacido, ya sea hijo de la asegurada o del asegurado titular. El monto es de dos remuneraciones mínimas vitales vigentes a la fecha del nacimiento del niño. Cuando el parto es múltiple corresponde a cada niño un subsidio. La condición mínima para gozar del subsidio es inscribir al lactante como derechohabiente del asegurado. El plazo de prescripción es también de seis meses, pero contados desde que el niño cumple los ocho meses de edad.

g) El despido de la mujer, desde la vigencia de la Ley 2851, estuvo penado con el pago de una indemnización especial consistente en noventa días de salario, que se adicionaba a la que establecía el régimen general de indemnización por despido⁴⁸.

Este beneficio se perdió con la reforma sustantiva del Dec. Leg. 728 realizada en 1995 por la Ley 26513 que, como hemos mencionado antes, derogó la Ley 2851. A partir de ese momento la *Ley de Fomento al Empleo* cambió –significativamente– su denominación por al de *Ley de Productividad y Competitividad Laboral*. Esta norma contiene el desarrollo legislativo de la protección que debe el Estado a la madre trabajadora y recoge también el principio de igualdad de oportunidades, contenidos en la Constitución. Ambos tienen su expresión en los artículos 29, que establece la nulidad del despido cuando su motivo sea el embarazo de la trabajadora y el 30, que señala como causal de hostilidad (equiparable al despido) la discriminación por razón del sexo.

En el caso del despido por embarazo la protección alcanzaba los noventa días anteriores o posteriores al parto. La dificultad que ofrece la prueba de esta causal es evidente ya que los empresarios cuidan de no expresar la causa real cuando ponen fin al contrato de trabajo por esta razón. Y al establecerse que “ni el despido ni el motivo alegado se deducen o presumen, quien los acusa debe probarlos”, las posibilidades de probar el despido nulo eran prácticamente inexistentes. Los primeros años la Jurisprudencia mantuvo un criterio rígido de protección teniendo como único parámetro la fecha del parto y la del despido⁴⁹, paulatinamente fueron cambiando los criterios judiciales hacia la no presunción y, son muy pocas las mujeres que inician una acción por esta causal, por lo que no ha sido posible citar jurisprudencia nacional relevante.

La necesidad de proteger efectivamente -y no sólo formalmente- a la madre trabajadora llevó a la promulgación de la Ley 27185, que modificó la LPCL a fin de extender la protección de la maternidad a todo el tiempo del embarazo y hasta noventa días después del parto. Esta norma ha establecido una presunción de despido nulo cuando la trabajadora comunica *documentalmente* su embarazo al empleador antes del despido⁵⁰. En este caso, el empleador está obligado a probar la causa justa, de lo contrario, el despido es inviable.

⁴⁸ art. 18

⁴⁹ Cfr. sobre este tema las reflexiones de VINATEA RECOBA, Luis, "La prueba del despido nulo," *Segundas Jornadas Universitarias de Derecho del Trabajo* (1998).

⁵⁰ Cfr. Ley 27185, art. único, que modificó la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, art. 29, inc. e).

La comunicación *documental* a que hace referencia esta disposición puede ser una carta de la interesada, no siendo exigible para estos efectos, el certificado médico que acredite el estado de gravidez⁵¹.

Los niveles de protección a la mujer embarazada en el Derecho comparado son muy superiores a los que ofrece nuestro Ordenamiento en materia de despido, aunque en algunos casos puede resultar excesivamente formalista. Baste como ejemplo la consulta que realizó la Cámara de los Loes (británica) al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres y, más en concreto, sobre la no discriminación en el empleo de una mujer embarazada. La cuestión planteada por los Loes era determinar si constituía discriminación por razón del sexo que un empresario despidiese a una trabajadora a la que había contratado a plazo indefinido, pero con el fin específico (tras su entrenamiento) de sustituir inicialmente a otra trabajadora durante el próximo permiso por maternidad de ésta, porque poco después quedó embarazada. El empresario alegó que no había discriminación porque igualmente hubiese despedido a un varón si éste hubiese tenido que ausentarse durante dicho período por razones médicas o de otro tipo. Sin embargo, el Tribunal consideró que la conducta del empresario lesionaba el principio de igualdad de trato, ya que la contratación había sido indefinida y la causa relativa del despido fue el embarazo, constituyendo, por tanto, una discriminación directa por razón de sexo, contraria al principio de igualdad de trato⁵². A diferencia del Tribunal Europeo consideramos que la discriminación en este caso es inexistente porque la razón del despido no era el embarazo sino la ausencia física del trabajador. Por tanto, no se tuvo en cuenta la causalidad del despido y esta aplicación formalista de las normas en los casos de embarazo puede llevar al temido efecto *bumerang*, porque implica una onerosidad excesiva para el empresario.

b) La protección a la mujer gestante y/o desarrollo normal del embrión y del feto se encuentra regulada por la Ley 28048, del 1º de agosto de 2003 y su Reglamento, D.S. 009-2004-TR. Ambas disposiciones son ambiciosas en la protección que pretenden dar a la mujer embarazada y al embrión o feto porque disponen el derecho al cambio de labores o de puesto cuando la trabajadora acredite, mediante certificado médico que las que realizan son perjudiciales para el embarazo. Sin embargo, resultan poco operativas porque no existe la posibilidad de suspensión del contrato de trabajo con derecho a subsidio, en caso que sea imposible realizar el cambio solicitado. Únicamente se ha previsto en el art. 9 que, por convenio colectivo, se otorgue una licencia con goce de haber, lo cual resulta poco probable teniendo en cuenta la poca fuerza del movimiento sindical en el país y la onerosidad que para el empresario supone esta medida. El articulado responde al de su homóloga española, pero sin las medidas complementarias de protección en el ámbito procesal y en el de Seguridad Social⁵³. Por tanto, resulta una mejora en la letra de la ley, pero sin muchas esperanzas de poder ser aplicada en la práctica.

⁵¹ Esta exigencia debe estar acompañada del principio de buena fe laboral, que lleva a la confianza y es exigencia de la relación laboral y de toda convivencia civil.

⁵² Cfr. ALONSO OLEA, Manuel, "Despido de la mujer embarazada. Versión comunitaria europea.," *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, no. 25 (1995)., 229-248.

⁵³ Cfr. por todos SANCHEZ TRIGUEROS, Carmen, "La suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo," *Revista Española de Derecho del Trabajo*, no. 99 (2000).

2.4 La agenda pendiente en la protección de la maternidad

En este apretado recorrido histórico hemos podido apreciar que la protección de la madre que trabaja es un derecho con amplia raigambre en el Perú, pero que tiene aún cuentas pendientes. Una de ellas, no mencionada hasta el momento, es la de las salas- cunas para los hijos menores de un año de las trabajadoras. Mientras estuvo vigente la Ley 2851 era responsabilidad de los empleadores poner una sala cuna en ciertos supuestos. Pero, al ser derogada en 1995, el Estado no intervino para custodiar derechos adquiridos y actuar subsidiariamente, implementando salas-cunas dependientes de las Municipalidades u otros organismos regionales. Contar con estas salas es un derecho tanto de los padres como de las madre trabajadoras con niños pequeños, que no tienen con quién dejarlos adecuadamente custodiados durante la jornada de trabajo.

También debería regularse el derecho a descanso subsidiado por la Seguridad Social, en los casos de aborto no intencional, al igual que en otros países iberoamericanos⁵⁴

Para evitar gravar más aún al empleador que ha de contratar personal de reemplazo durante el período de suspensión del contrato por maternidad, debería exonerársele del pago de los aportes a la Seguridad Social, así como de cualquier otro tributo o aporte, que tenga su origen en el pago de la remuneración del personal de reemplazo. Esta práctica se sigue en otros países con éxito⁵⁵.

Otro aspecto pendiente es lograr que el despido de una mujer embarazada esté siempre justificado, pero sin exigir la previa comunicación documental al empleador, teniendo en cuenta no sólo las disposiciones del Derecho comparado, sino también el grado de cultura y conocimiento de las leyes de la mayoría de las mujeres del país y las prácticas abusivas en esta materia en el país⁵⁶.

La protección a la maternidad debería extenderse al derecho a no ser discriminada en la contratación por razón de sexo ante la posibilidad de quedar embarazada. Esta discriminación objetiva justificaría exigir una indemnización por daños y perjuicios, que podría establecerse con referencia a las multas por infracciones establecidas en el Reglamento de la Ley General de Inspección de Trabajo. De este modo se penalizaría el abuso del derecho que se ha extendido en nuestra sociedad, bajo el *slogan* de la libertad de contratación.

Para alcanzar las cuotas de igualdad y corresponsabilidad en la conciliación de la vida familiar con la profesional alcanzadas en el Derecho comparado, un primer paso es regular el permiso retribuido del padre por nacimiento de hijo, así como por atención de familiares dependientes enfermos⁵⁷. En Chile, por ejemplo, el permiso remunerado por este motivo es de hasta cinco días y la casuística que se sigue a su aplicación se ha regulado mediante disposiciones administrativas⁵⁸.

⁵⁴ Así está regulado en Brasil, Costa Rica, Honduras y Guatemala entre otros. Cfr. VEGA RUIZ, María Luz, *La reforma laboral en América Latina. Una análisis comparado*, Lima, Oficina Regional del Trabajo. Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2001.

⁵⁵ Es el caso de España, por ejemplo, donde se ha concedido este beneficio en el Rdley 11/1998, de 4 de septiembre, art. 1º, modificado por la Ley 39/1999 y con las mejoras de la disposición adicional segunda de la Ley 12/2001.

⁵⁶ Las tasas de analfabetismo femenino alcanzan el 17.9%, mientras el masculino es del 6.1 según estadísticas del Instituto Nacional de Estadística del Perú.

⁵⁷ Para un estudio en profundidad de este tema remito a lo expuesto en PACHECO ZERGA, Luz, "El permiso parental: un derecho pendiente en el Perú," *Revista de Derecho. Universidad de Piura*, no. 3 (2002).

⁵⁸ ORD. N° 597/9 del 03-Feb-2006. El permiso fue establecido por la Ley N°20.047 y no se aumenta en caso de nacimientos o partos múltiples, lo que implica que el padre sólo tendrá derecho a cinco días por

3. Conclusiones

Podemos concluir estas consideraciones recalcando que la protección de la mujer trabajadora no se agota en los permisos y subvenciones por maternidad, sino que exige que el varón asuma sus responsabilidades en el hogar familiar y comparta los deberes de atención y cuidado de los hijos y familiares a cargo.

Los deberes que se siguen a la maternidad y a la paternidad no se agotan con los de alimentar, vestir y pagar las cuotas de educación escolar y/o superior: es la convivencia la que logra el conocimiento adecuado de los hijos y el desarrollo de vínculos de amistad y solidaridad en el seno del hogar, que luego se proyectarán a la vida social. Los padres son los primeros responsables de la educación de los hijos, que son los ciudadanos del futuro. Si el padre y la madre sólo pueden atender a sus hijos en los momentos extremos de su vida, difícilmente les infundirán la seguridad emocional necesaria para su desarrollo intelectual, espiritual y moral. La crisis ética por la que atraviesa la sociedad, la falta de auténticos líderes en la vida pública se origina, en gran parte en la falta de dedicación a la familia, que sufren los hijos hace ya varias décadas⁵⁹.

Las bajas remuneraciones unidas a horarios de trabajo de más de diez horas diarias, el no respeto a condiciones adquiridas, la falta de diálogo y negociación colectiva entre trabajadores y empleadores se refleja en el descuido de los deberes familiares esenciales. De allí la responsabilidad específica que corresponde al Derecho del Trabajo para que sus normas permitan a los padres cumplir con sus obligaciones básicas⁶⁰ :

1. Proveer al sostenimiento y educación de los hijos.
2. Dirigir el proceso educativo de los hijos y su capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes.
3. Corregir moderadamente a los hijos.
4. Tener a los hijos en su compañía y recogerlos del lugar donde estuviesen sin su permiso, recurriendo a la autoridad si es necesario.

tal causa, cualquiera que sea el número de hijos producto del embarazo. 2) En el evento de que a la fecha del nacimiento y durante todo el período mensual que lo precede el trabajador beneficiario hubiere estado acogido a licencia médica, no tiene derecho a impetrar, con posterioridad, el aludido permiso. 3) El uso del señalado permiso por parte de un trabajador sujeto a un contrato de plazo fijo cuya vigencia expira durante el lapso que éste comprende, no produce el efecto de mantener vigente la respectiva relación laboral, pudiendo el empleador poner término a ésta por la causal prevista en el artículo 159 N° 4 del Código del Trabajo. 4) El carácter de "permiso" que presenta el beneficio que nos ocupa implica que el trabajador debe solicitarlo a su empleador o a quien lo represente, no pudiendo éstos condicionar o negar tal petición. 5) El permiso en comento constituye un derecho de carácter irrenunciable, lo cual obliga al empleador a otorgarlo dando todas las facilidades necesarias para su oportuno y debido ejercicio. 5.1) El uso de tal derecho no puede implicar para el trabajador, en caso alguno, la pérdida de beneficios o la disminución de sus remuneraciones, por cuanto, la circunstancia de que el legislador haya establecido expresamente que se trata de un permiso pagado importa que aquél deberá percibir durante los días que éste comprende, los mismos estipendios que si estuviere laborando.

⁵⁹ La falta de comunicación entre padres e hijos es alentada por los sistemas actuales de trabajo: el interés por las personas se supedita al interés económico. Y esta misma escala de valores es la que luego los hijos irradian en la sociedad. Es responsabilidad de todos contribuir a frenar esta escalada de trabajo productivo y competitivo, que hace perder de vista el sentido y la finalidad del trabajo.

⁶⁰ Código Civil, art. 423.

Un requisito indispensable para cumplir con estos deberes es el de poder gozar del tiempo libre necesario para convivir con los hijos y/o atender a los parientes cercanos que se encuentren en situación de dependencia. Por tanto, el Estado debe consolidar los tiempos de descansos diarios y semanales mediante una adecuada labor de Inspección y otorgar la posibilidad de ausentarse del trabajo para atender a estos deberes cuando sea necesario –cumpliendo a la vez con las obligaciones laborales– para que la protección a la familia, a la madre trabajadora, al niño y al anciano en abandono, dejen de ser una mera declaración formal de la Constitución.

Los Poderes Ejecutivo y Legislativo tienen pendiente en su agenda dar normas que adecúen nuestro Ordenamiento al Convenio 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares y también el aprobar el Convenio 183 sobre protección a la maternidad que fue entregado hace más de un año al Congreso para su estudio. Asimismo, es urgente proteger jurídicamente el derecho de los trabajadores de ambos sexos para que puedan ausentarse del trabajo, sin pérdida de la remuneración, ante necesidades perentorias de sus familiares dependientes.

La calidad ética de los ciudadanos se forja en el calor del hogar y se proyecta a la vida pública: el futuro del país depende de la atención brindada a las nuevas generaciones. De allí el deber que corresponde al Estado de dictar medidas operativas para conciliar la vida familiar con la profesional estableciendo como derecho individual, tanto del varón como de la mujer, los permisos necesarios para atender las obligaciones familiares que requieran la presencia física de los trabajadores en el hogar.

Bibliografía

- ALONSO OLEA, Manuel. "Despido de la mujer embarazada. Versión comunitaria europea." *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, no. 25 (1995): 229-248.
- . "El trabajo de la mujer en el Derecho Español." *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, no. 72 (1995): 165-176.
- BURGGRAF, Jutta. *Mujer y hombre frente a los nuevos desafíos de la vida en común*, Barañaín, EIUNSA, 1999.
- CAFFARRA, Carlo. *La sexualidad humana*, Madrid, Ediciones Encuentro S.A., 1987.
- HERVADA, Javier, ANDRÉS MUÑOZ, Juan. *Guía de los estudios universitarios. Derecho, Ciencias de la Educación. Guías de los Estudios Universitarios*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, S.A. (EUNSA), 1984.
- PACHECO ZERGA, Luz. "El permiso parental: un derecho pendiente en el Perú." *Revista de Derecho. Universidad de Piura*, no. 3 (2002): 77-125.
- 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-PIÑERO, Miguel. "La nueva dimensión de la igualdad y la transversalidad de las políticas de género." *Relaciones Laborales*, 8.X.2001 2001, 1-12.
- SANCHEZ TRIGUEROS, Carmen. "La suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo." *Revista Española de Derecho del Trabajo*, no. 99 (2000): 27-46.

- SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen. *Los permisos retribuidos del trabajador*, Pamplona, Aranzadi, S.A., 1999.
- VEGA RUIZ, María Luz. *La reforma laboral en América Latina. Una análisis comparado*, Lima, Oficina Regional del Trabajo. Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2001.
- VINATEA RECOBA, Luis. "La prueba del despido nulo." *Segundas Jornadas Universitarias de Derecho del Trabajo* (1998): 101-136.
- YÁÑEZ, Ana María. "El trabajo femenino y el principio de igualdad." *Themis*, no. 34 (1996): 57-66.