



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

EL ORDENAMIENTO LABORAL PERUANO COMO INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN Y FOMENTO DE LA FAMILIA

Mitzy Caman-Molero

Piura, julio de 2018

FACULTAD DE DERECHO

Área Departamental de Derecho

Caman, M. (2018). *El ordenamiento laboral peruano como instrumento de protección y fomento de la familia* (Tesis para optar el título de Abogado). Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú.



Esta obra está bajo una licencia

[Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](https://repositorio.institucional.pirhua.edu.pe/)

UNIVERSIDAD DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

PROGRAMA ACADÉMICO DE DERECHO



**El Ordenamiento laboral peruano como instrumento de
protección y fomento de la familia**

Tesis para optar el título de Abogado

Mitzy Alessandra Caman Molero

Asesor: Dra. Maricela Gonzales Pérez

Piura, Julio 2018

APROBACIÓN

La tesis titulada “El Ordenamiento laboral peruano como instrumento de protección y fomento de la familia”, presentada por la Bachiller Mitzy Alessandra Caman Molero, en cumplimiento con los requisitos para optar el Título de Abogado, fue aprobada por la Directora Dra. Maricela Gónzales Perez.

Directora de tesis

RESUMEN ANALÍTICO – INFORMATIVO

El Ordenamiento laboral peruano como instrumento de protección y fomento de la familia.

Mitzy Alessandra Caman Molero

Asesor: Dra. Maricela Gónzales Perez.

Tesis de título.

Licenciado en Derecho.

Universidad de Piura. Facultad de Derecho.

Piura, julio de 2018.

Palabras claves: Derecho de Familia / Derecho Laboral / Familia/ Trabajo y Familia / Tesis/ Perú

Descripción: Tesis de grado en Derecho perteneciente a la línea de investigación sobre la protección jurídica que recibe la familia desde el ordenamiento laboral peruano. La investigación se centra en determinar si los derechos laborales reconocidos a los trabajadores con responsabilidades familiares, garantizan una adecuada protección a la institución familiar, y fomentan la construcción de familias sólidas.

Contenido:

El texto de la tesis está dividido en cuatro partes: en la primera se desarrolla la protección que reciben la familia y el trabajo desde la Constitución, destacando su valor como derechos fundamentales; en la segunda parte se describen las técnicas jurídicas vinculadas a la atención de la familia, para evaluar cómo se articula, desde el Derecho Laboral, la tutela de la misma. La tercera parte profundiza en el análisis normativo, destacando la importancia y el significado que tiene la realidad familiar para este sector del ordenamiento. Finalmente, en la cuarta parte, se realiza una valoración general de la política de protección familiar que realiza el Estado peruano a través del sistema del Derecho Laboral.

Metodología: Método cualitativo y enfoque interpretativo.

Conclusiones: La protección y promoción de la familia desde el derecho laboral es aún básica en el Perú. Atiende a las cuestiones urgentes que son exigidas para la sostenibilidad de la familia, pero el Estado no llega a realizar un correcto fomento de ella. Es una tarea pendiente procurar el modo de alcanzar una protección y fomento adecuado de la familia desde el ordenamiento laboral, porque los puntos de conexión entre ambos ámbitos son evidentes.

Fuentes: Legislación peruana, Instrumentos y convenios internacionales.

Fecha de elaboración resumen: 6 de julio de 2018.

INDICE

INTRODUCCION.....	1
CAPITULO I: LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA	5
1. La Familia como institución natural y fundamental de la sociedad.....	7
1.1. Concepto de familia protegido	10
1.2. Reconocimiento Internacional de la familia.....	13
2. El trabajo como medio de realización de la persona.....	17
2.1. El derecho al trabajo en el Derecho internacional.....	21
2.2. Derecho del Trabajo y trabajo protegido.....	23
3. Protección laboral de la Familia desde la Constitución	25
CAPITULO II: LA PROTECCION DE LA FAMILIA DESDE EL ORDENAMIENTO	
LABORAL	29
1. Técnicas de protección y fomento de la familia.....	31
2. Protección de la familia mediante normas laborales	37
CAPITULO III: DERECHOS LABORALES VINCULADOS A INTERESES	
FAMILIARES	45
1. Derechos vinculados a la condición biológica de la mujer	48
1.1. Adaptación de las condiciones y lugar de trabajo	51
1.2. Protección contra el despido arbitrario.....	54
1.3. Licencia por maternidad.....	57
2. Derechos vinculados al cuidado de los hijos.....	61

2.1.	Permiso por lactancia	64
2.2.	Implementación de lactarios en el centro de trabajo	66
2.3.	Licencia por adopción	70
2.4.	Licencia de paternidad	73

CAPITULO IV. HACIA UNA PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA FAMILIA EN EL ORDENAMIENTO LABORAL PERUANO	79
--	-----------

CONCLUSIONES.....	91
--------------------------	-----------

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	95
---	-----------

ABREVIATURAS

CC	Código civil
CEDM	Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer
CP	Constitución Peruana
DL	Decreto Legislativo
LPCL	Ley de Productividad y Competitividad Laboral
OIT	Organización Internacional del Trabajo
DADDH	Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
TC	Tribunal Constitucional
TUO	Texto Único Ordenado

INTRODUCCION

El Derecho Laboral se caracteriza por su finalidad tuitiva, de protección de la dignidad, la vida o la salud del trabajador, frente a condiciones de trabajo que pudieran afectarlos. Desde sus orígenes, el Derecho Laboral ha velado por dignificar las condiciones de vida de los trabajadores asalariados. Esta protección lleva a contemplar una realidad cercana: la tutela de la familia, o desde otra perspectiva, la incidencia que determinadas circunstancias familiares tienen en el trabajo.

En un principio parece ser que no hay relación al hablar, por un lado, del trabajo y, por otro, de la familia. Sin embargo, la vida familiar constituye una importante faceta de la personalidad del trabajador, ya que contribuye a su desarrollo. En efecto, desde lo más íntimo de su ser, cada persona es llamada a alcanzar su plena satisfacción, tanto en el mundo laboral como en el familiar. La familia es la forma natural de organización del ser humano, es un ámbito irrenunciable donde la persona desarrolla todas sus potencialidades y ejerce una dimensión propia: darse a sí mismo. En ese sentido, se construye porque la persona se hace en la familia, en ella aprende, conoce, adquiere valores y desarrolla capacidades.

La construcción de la familia implica la adquisición de muchas responsabilidades por parte de los sujetos que la conforman, dichas responsabilidades no deben ser ajenas al Derecho Laboral, pues el trabajo mismo no es para el hombre sino un medio para contribuir al sostenimiento de la familia. En efecto, el trabajo adquiere significado en la medida en que es el medio para el sustento de las personas que uno quiere, por lo tanto, se trabaja para la familia, con el objetivo de fortalecerla y desarrollarla. Es por ello que, desde sus inicios, el Derecho Laboral tropezó con la inserción familiar del trabajador y consiguientes responsabilidades que, dada la función instrumental de su trabajo, en cuanto medio de mantenimiento, no pudieron ser consideradas como irrelevantes.

Uno de los grandes retos de nuestro tiempo es la conciliación entre vida familiar y vida laboral; por esto es necesario avanzar hacia la conciliación de ambas esferas con una comprensión holística del fenómeno, considerando el aporte de personas, familias, Estado, mercado y sociedad en general (Cardona, 2009). Si partimos de reconocer que la familia y el trabajo son instituciones que reciben protección constitucional por ser consideradas básicas para el desarrollo de la persona, no podemos dejar de lado las aristas en las que estos ámbitos se relacionan.

Hoy en día, se ha hecho más latente la necesidad de proporcionar a los trabajadores, herramientas que les permitan compatibilizar su carrera profesional con su vida familiar. El Ordenamiento Laboral debe ofrecer pues, instrumentos que solucionen los posibles conflictos de intereses entre la familia y el trabajo. Además, dichos instrumentos deben convertirse en el respaldo institucional que la familia necesita. No basta velar por los intereses familiares, sino que es necesario que exista un marco legal que promueva la vida familiar, y brinde una sólida protección que salvaguarde la familia.

Justamente, en esta investigación se pretende analizar si el régimen jurídico de los derechos que el ordenamiento laboral peruano otorga a los trabajadores les permite atender sus intereses familiares. La meta que se quiere alcanzar a través del presente trabajo es determinar si nuestro ordenamiento jurídico laboral constituye un instrumento eficaz que motive al fortalecimiento de una institución que hoy en día, necesita apremiantes, como la familia. Y antes de pasar a detallar lo que compone el trabajo se plantea la pregunta a la que se dará respuesta, ¿Puede afirmarse que desde el punto de vista del Derecho del Trabajo las medidas de protección a la familia son, de promoción y fomento?

Para lograr este objetivo se analiza, en el Capítulo I, los artículos del texto constitucional que hacen referencia a la familia y al trabajo. De esta primera aproximación se

recogen los aspectos fundamentales que alimentan la valoración posterior sobre el régimen laboral y su relación con la protección y el fomento de la familia.

La dignidad, considerada fin supremo del estado y la sociedad, es para el estudio propuesto el principio que permite armonizar las exigencias laborales de la sociedad contemporánea con las pretensiones para constituir una familia sólida que favorezca el crecimiento de las personas, y, por tanto, también de la comunidad.

Luego de realizar esta reflexión, se pasa a investigar la relación concreta entre estas dos ramas del derecho. ¿El ordenamiento laboral facilita al trabajador la atención de sus intereses familiares? ¿La familia es atendida como una institución que merece una especial protección? A estas preguntas se pretende dar respuesta en el Capítulo II de esta investigación. En este apartado se desarrollan las técnicas jurídicas de protección y fomento de la familia, indicando cómo se articula, desde el Derecho Laboral, la tutela de la misma. Partiendo de un reconocimiento de valores familiares protegibles, se intenta poner de relieve la situación en el que la familia se encuentra dentro del ámbito laboral.

En el Capítulo III, a partir de una exégesis de las normas laborales, se valora si, efectivamente, estas sirven a la construcción de familias sólidas. Se profundiza en el análisis normativo para determinar la importancia y el significado de la realidad familiar en este sector del ordenamiento. Ello llevaría a dilucidar si el Derecho Laboral Peruano, como un sector especial del Ordenamiento Jurídico, contribuye a la protección y promoción de la familia o si ha hacen falta cambios legislativos en el ámbito laboral para que los trabajadores puedan participar de la vida familiar con éxito.

Finalmente, y luego de repasar el conjunto de normas laborales que contemplan la realidad familiar, en el Capítulo IV, es necesario concluir con una valoración general de la política de protección familiar que realiza el Estado peruano a través del sistema del Derecho Laboral. En ese sentido, determinar si el Estado participa activamente en la creación de

condiciones de bienestar para las personas, mediante el desarrollo disposiciones normativas y políticas que promuevan la institución familiar.

Este trabajo no pretende agotar el análisis sobre esta cuestión fundamental en el desarrollo de las personas, sino que busca ser una primera aproximación que servirá para realizar posteriores investigaciones donde se podrán abarcar otros ámbitos del tema que, aunque son de gran interés, por la dimensión de esta investigación no son abarcados en su totalidad ahora. Este trabajo insta a seguir averiguando en temas relacionados a la familia y su protección desde el Derecho, con la meta de aportar al desarrollo de esta institución natural, de vital importancia en la configuración y desarrollo de nuestra sociedad actual.

CAPITULO I: LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA FAMILIA

En este primer capítulo se expone el análisis de la familia y el trabajo desde una perspectiva Constitucional. Para ello se parte de analizar a la persona humana como fin último y fundamento de la familia. Luego, se aborda la concepción de familia que se desprende del texto constitucional, así como la importancia de la institución familiar.

El punto de partida es la Constitución como norma jurídica fundamental que obliga a toda la comunidad y al Estado¹. Sus preceptos son imperativos para todos los poderes públicos, así como para los ciudadanos. Si hoy estamos en un estado constitucional democrático y social de derecho no podemos dejar de lado lo que establece la Constitución.

La Constitución es la primera fuente de regulación a la que se debe acudir; porque como norma jurídica suprema iluminará la interpretación que el ordenamiento jurídico, en todos sus niveles, dé a la familia y a su relación con el trabajo. Tanto la familia como el trabajo son bienes jurídicos constitucionalmente protegidos; por lo que se realiza un breve análisis de ambas figuras, en virtud a lo que señala la Constitución. En este sentido, “el análisis constitucional constituye el marco adecuado para tratar después, en toda su extensión, el contenido y las características de la protección familiar” (Blasco, 2003, p. 48).

Para tal fin, se recogerá de la Constitución no solo las disposiciones que se refieren de manera directa a la familia, sino también aquellas que de manera indirecta la mencionen. Como precisa Blasco (2003, p.47), “el tratamiento integral del tema exige considerar otras disposiciones constitucionales en las que de forma directa o indirecta se alude a la familia”. De ese modo, se interpretan dichas disposiciones con los principios constitucionales de

¹ Son elocuentes las palabras que cita Gutiérrez (2011, p. 6) para referirse a la vinculación que genera el texto constitucional. Se señala que “la Constitución es un gran programa de acción para gobernantes y gobernados, que tiende a la realización de los fines supremos de la convivencia humana en el Estado”.

carácter general que inspiran el ordenamiento peruano para delimitar así, las notas que caracterizan la protección y promoción de la familia.

Aunque no existe una definición expresa y precisa de la familia en la constitución, hay elementos suficientes para delimitar, no un concepto, sí una concepción constitucional de familia². Con esta concepción, se determinará qué concepto de familia ha sido recogido por el legislador, para tener un elemento hermenéutico importante al momento de interpretar las normas.

Asimismo, se revisan los artículos referidos al derecho al trabajo para poder realizar la armonización de ambos derechos desde el referente jurídico más fundamental de nuestro ordenamiento. Contando, entonces, con los principios básicos para atender a la familia y al trabajo podremos pasar a estudiar la normativa más específica y valorar la pertinencia y adecuación a los objetivos fundantes de la Constitución Peruana.

No se puede dejar de mencionar lo que los preceptos internacionales recogen respecto a la familia y al trabajo. Pues en virtud de lo que establece la cuarta disposición final y transitoria, los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano forman parte del Derecho Interno y tienen rango constitucional.³ Finalmente, se expone acerca de los derechos que se reconocen en la Constitución en atención a la familia. ¿Hay un reconocimiento expreso o se hace necesaria una interpretación sistemática de todo su articulado? A resolver esta pregunta se dedicará el último apartado de este capítulo. Ahora resulta conveniente comenzar con el análisis de la familia desde la Constitución.

² Como lo señala Placido (2013, p. 79), existen, “ciertos aspectos que no quedan constitucionalmente determinados y cerrados, por lo que, como ocurre con el común de las instituciones de relevancia constitucional, lo que se denomina modelo de familia no queda totalmente fijado, como es lógico, a nivel constitucional. Pero eso no quiere decir que no haya un modelo constitucional. La Constitución contiene unos cuantos elementos, pocos, pero muy decisivos, sobre lo que entiende por familia y eso es el modelo de familia constitucionalmente garantizado”.

³ “La consagración de derechos fundamentales proviene de instrumentos internacionales, en especial las Declaraciones y Convenios relativos a derechos humanos, pero su más directa plasmación se da en los ordenamientos nacionales y por cierto, de modo preponderante, en las Constituciones políticas de los Estados, que a veces, los enlistan meticulosamente o a veces aluden a ellos de manera genérica, pero siempre les reconocen suprema jerarquía”. (Pasco, 2013, p. 86)

1. La Familia como institución natural y fundamental de la sociedad

Para hablar de la familia se parte de la persona. No hay familia sin persona. La persona es base de la familia, es integrante de la organización familiar. En ella está el fundamento y la importancia de la institución familiar.

En atención a ello, la CP ha determinado que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado” (Artículo 1º), consagrando a la persona como máximo valor, por lo que el Estado está obligado a protegerla. Afirma Gutiérrez (2011, p.77) que “el principio genérico de respeto a la dignidad de la persona por el solo hecho de ser tal, es la vocación irrestricta con la que debe identificarse todo Estado Constitucional y Democrático de Derecho”. Por ello, el Estado debe garantizar el íntegro desarrollo de la persona, el ejercicio pleno de sus derechos y el respeto de sus libertades.

En ese sentido, la dignidad de la persona humana se erige como un principio-derecho de todo el ordenamiento jurídico, “en tanto principio actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales, y como derecho fundamental se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo” (Gutiérrez, 2011, p.77), otorgándole a los individuos legitimación para exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección ante las diversas formas de afectación humana.⁴ Promover una digna calidad de vida de los ciudadanos es para la CP un auténtico deber jurídico (Gutiérrez, 2011).

Ciertamente, el Estado debe proveer las condiciones necesarias para que la vida de las personas se realice con un mínimo de condiciones que la tornen digna, garantizando no solo el goce pleno de los derechos que la CP reconoce, sino también el desarrollo íntegro de la

⁴ No se debe olvidar que los derechos constitucionales son “una consecuencia de la dignidad humana, cualquier preocupación por ellos que olvide a la persona es una inconsistencia jurídica” (Hakansson, 2009, p. 428), pues tanto la vida, dignidad, igualdad y libertad son atributos de la persona humana por el hecho de su existencia.

persona. Y ese desarrollo integral se alcanza de manera perfecta en la familia. “Para el hombre en su dimensión social, la familia es la primera sociedad a que surge todo ser; escuela primaria de socialidad, célula de la comunidad civil, reflejo y depositaria de su cultura” (Cornejo, 1982, p.6). Por esto, la familia es digna de protección, y se convierte así en fundamento de la sociedad, al albergar en su seno el pleno desarrollo y crecimiento de la persona humana.

La consideración de la familia como célula fundamental de la sociedad se remonta a culturas muy antiguas. Ello es así porque el ser humano, desde su nacimiento, requiere de varios y largos cuidados. Además, la relación que existe entre los miembros de la familia, juega un papel fundamental en el desarrollo de las cualidades físicas y emocionales de toda persona, pues en las relaciones cálidas con sus padres y hermanos el ser humano aprende a desarrollar sus sentimientos (Rubio, 2001).

Es por ello que la Constitución no deja de brindarle protección y reconoce a la familia como institución natural, digna de protección y promoción pues constituye el fundamento de la sociedad. Así, el artículo 4º de la CP refiere que “la Comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a éstos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad”.

De allí que se puedan identificar en la CP principios relativos a la familia, los cuales son: a) Principio de protección a la familia; b) Principio de promoción del matrimonio; c) Principio de reconocimiento integral de las uniones de hecho; d) Principio de protección especial de la niñez, adolescencia, maternidad y ancianidad, y e) Principio de igualdad de los hijos frente a sus padres.

Una primera observación del texto constitucional podría llevar a creer que el régimen jurídico constitucional de la familia se encuentra reducido exclusivamente al ámbito del

artículo 4° de dicho texto. Sin embargo, precisar que este artículo se refiere, de modo principal y directo, a la familia en cuanto tal. La CP tiene en cuenta la realidad familiar, ya sea incidentalmente o de modo no expreso, en una pluralidad de artículos. Así, por ejemplo, en el artículo 2° inciso 7 se garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar⁵; el artículo 6° reconoce el derecho de las familias a decidir, así como el deber y derecho de los padres a alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos⁶, el artículo 7° reconoce el derecho a la protección del medio familiar.⁷

Ya líneas arriba se ha esbozado las razones por las que la familia es una institución natural. Ella, además de ser el espacio ideal en el que la persona se desenvuelve, es una manifestación de su propia naturaleza. Es pues, una institución que ha acompañado al hombre desde sus orígenes. La familia es una sociedad que surge de la misma naturaleza humana. Así lo expresa Corral (1994) al decir que la familia, en cuanto institución, no es una creación de la voluntad del hombre para organizar la convivencia y la perpetuación de su especie, sino que es una exigencia de su propia naturaleza.

En esa misma línea, Martínez (2000, p. 30) señala que, si la familia se sustenta en el hecho de la generación humana y en la necesidad de “atención personal que requiere todo nuevo ser humano hasta llegar a ser adulto, no es difícil situar precisamente ahí la clave de su carácter tanto natural como fundamental que tiene para el hombre y el conjunto de la sociedad”.

⁵ Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho: (...) 7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propias.

⁶ Artículo 6°. - La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuada y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud. Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres. Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad.

⁷ Artículo 7°. - Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.

En todo ello radica la importancia de la institución familiar y su tutela por parte de los poderes públicos⁸. Lo que reafirma que la familia es, de hecho, el mayor recurso que tiene la sociedad; por lo que cumple, no solo un rol protector, sino que garantiza la realización de la persona.

1.1. Concepto de familia protegido

En la actualidad, no se puede decir que esté claro el concepto de familia desde un punto de vista jurídico. Si bien es cierto, la CP y las leyes reconocen que existe una realidad familiar, y le atribuyen determinados efectos jurídicos, ninguna recoge su concepto. Se ha hecho relativamente frecuente la afirmación de que la CP carece de un modelo de familia, mostrándose abierta a distintos tipos de familia (Arguelles, 1998; Aguilera, 2009; Plácido, 2013).

Interesa conocer el concepto de familia que debe ser utilizado como punto de referencia para la aplicación de diversas normas laborales; porque finalmente, se juzgará la adecuación de estas normas a la realidad peruana y si, efectivamente, contribuyen a la protección y promoción de la familia. En tal sentido, y ante la falta de un enunciado explícito sobre la familia, la definición debe ser inferida de las normas que tratan sobre ella; esto es, examinando el sentido con que se emplea la palabra familia y el alcance con que se consideran las relaciones familiares en la norma constitucional.

Ya se mencionó líneas arriba que, si bien no es posible definir un concepto de familia, sí lo es, encontrar elementos para delimitar una concepción constitucional de la familia. En ese sentido, la Constitución contiene elementos decisivos sobre lo que se entiende por familia y eso es el modelo de familia constitucionalmente garantizado (Martínez, 2000).

⁸ Los poderes públicos, cualquiera sea su ámbito territorial y funcional, son los que se responsabilizan de la protección de la familia. Y en ese sentido, de acuerdo a lo dispuesto en la Constitución, el deber de protección a la familia como principio rector, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos (Aguilera, 2009).

En una primera aproximación, se puede definir a la familia como una institución natural que se forma por la unión y la vida en común de hombre, mujer y sus descendientes. En ese sentido, la familia se erige como la comunidad de vida y afecto en la cual se desenvuelven determinadas relaciones: las que surgen de la unión entre un hombre y una mujer y las que median entre los padres y los hijos. Sin embargo, la noción constitucional de familia no alude a una simple unidad de convivencia más o menos estable. No se refiere a simples relaciones de afecto y apoyo mutuo, aunque ciertamente las implique, como consecuencia natural de los vínculos de parentesco que le son propios y exclusivos (Martínez, 2000).

Los artículos 4° y 6° de la CP permiten deducir, *a priori*, que la familia está determinada por el cumplimiento de fines familiares, tales como “el hecho de la generación humana y las consiguientes relaciones de paternidad, maternidad y filiación” (Plácido, 2013, p.83). Se manifiesta, además, una especial preocupación por los niños y adolescentes, la madre y el anciano, dando a entender que la familia se ocupa o ha de ocuparse muy particularmente de ellos.

Todo vínculo no relacionado con el cumplimiento de los fines familiares debe ser considerado incompatible con el deber de protección jurídica de la familia, establecido en el artículo 4°, por lo que no se puede equiparar a la familia. Sin perjuicio de las ampliaciones analógicas que puedan hacerse con el fin de proporcionar una familia a quien carece de ella o si la tiene no puede cumplir sus funciones esenciales, siempre y cuando se mantenga la estructura esencial de la familia, determinada por la generación humana natural y el consiguiente proceso de crianza, atención y educación de la nueva persona (Plácido, 2013).

El Derecho ha establecido una forma especial de comenzar a formar la familia: el matrimonio. La familia se concibe, como la unión jurídica, plena y total de un varón y de una mujer, 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 ayuda mutua (Pacheco, 2002). Ello lleva a afirmar que la familia basada en la generación matrimonial o producida en el matrimonio entre un hombre y una mujer con capacidad generativa⁹ es el modelo básico de familia.

Sin embargo, la familia fundada en el matrimonio, no es el modelo único de familia que reconoce la CP. El Tribunal Constitucional ha señalado que “desde una perspectiva jurídica tradicional la familia está formada por vínculos jurídicos familiares que hallan origen en el matrimonio, en la filiación y en el parentesco” (Fundamento N° 6 de la Sentencia del Expediente N° 09332-2006-PA/TC). En ese sentido, la noción constitucional de familia no se limita a la que tiene su origen en el matrimonio, sino que comprende también aquella que se deriva de la filiación, pudiendo esta ser matrimonial o no matrimonial.

Camino & Gonzales (2008) señalan que la filiación matrimonial se da cuando existe unión matrimonial entre el padre y la madre y el hijo ha nacido dentro del matrimonio. Existe filiación extramatrimonial cuando el padre y la madre no tienen entre sí un vínculo matrimonial, y los hijos son nacidos y concebidos fuera del matrimonio. En tal sentido, consideran que el criterio decisivo es la convivencia; de modo que, los hijos que convivan en el hogar familiar, sean comunes o no de la pareja, integran la familia, y como son merecedores de protección.

Por lo tanto, cuando haya vida en común e hijos entre quienes nunca tuvieron vínculo matrimonial, existen sin duda una verdadera familia. Cabe señalar que la unión de hecho como tal, no genera ningún tipo vínculo familiar, por lo que, de no existir hijos en común

⁹ Al respecto Martínez (2000) señala que “una cosa es la estructura relacional propiamente constitutiva del matrimonio —esencialmente vinculada a la posibilidad de generación— y otra cosa es que en casos concretos un matrimonio, por la razón que sea, aun reuniendo en principio los elementos esenciales que permiten reconocerlo como tal, carezca de descendencia. Y, por supuesto, en nada sustancial afecta a la relación familiar debidamente constituida el hecho del fallecimiento de un cónyuge, y de uno o los dos padres, aunque entonces la familia se encuentre incompleta. Parte de la debida protección a la familia atenderá precisamente a esos supuestos en los que la muerte —o la incapacidad, la ausencia, etc.— daña la vida ordinaria de la familia, sin suprimirla” (p.30).

entre la pareja, difícilmente se está ante un modelo de familia. Son oportunas las palabras de Sandoval (2016, p. 18), quien señala que:

En Perú la familia es concebida como aquella institución que se forma a partir del matrimonio, la filiación o la adopción y en la que lógicamente, median lazos de parentesco, lo cual se deduce de la regulación que a esta institución se le ha dado en el código civil, tanto como de los derechos que del matrimonio derivan entre sus miembros.

Es preciso añadir que, lo aquí concluido no nos hace desconocer que existen otras realidades que son merecedoras también de una determinada protección, como sería hablar de un vínculo basado en una unión de hecho en la que no existan hijos en común, pero la protección que se dispense para esas realidades no será de la misma forma ni con el mismo alcance y derechos, por no ser idénticos el matrimonio y la unión de hecho.

1.2. Reconocimiento Internacional de la familia

Llegados a este punto, no se puede dejar de mencionar, sin extenderse demasiado en el tema, la protección que recibe la institución familiar a nivel internacional. En virtud de su reconocimiento constitucional, los tratados internacionales son también parámetros a ser exigibles frente a todos, autoridades y ciudadanos, tal y como lo recoge la cuarta disposición final y transitoria¹⁰.

Además, el artículo 3° de la Constitución establece un *numerus apertus* de derechos fundamentales al señalar que “la enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de Derecho y de la forma republicana de gobierno”. Conforme a esta disposición,

¹⁰ “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.”

y en atención a lo que establece el artículo 55^{o11}, no cabe duda que los tratados internacionales sobre derechos humanos que conforman nuestro ordenamiento constituyen fuentes de derechos. En consecuencia, dichos tratados enuncian derechos de naturaleza constitucional.¹²

En ese orden de ideas, el artículo 16^o de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que “los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y a fundar una familia”, agregando en su inciso tercero que ésta es un elemento natural y fundamental de la sociedad y como tal tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. Asimismo, al igual que la DUDH, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 23^o que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad” debiendo ser protegida por la Sociedad y el Estado.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala en su artículo 17^o que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad” y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. En ese mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹³, reconoce en su artículo 10^o que, a la familia, como elemento natural y fundamental de la sociedad, “se le debe conceder la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo”. Asimismo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre recoge en su artículo VI el derecho a la constitución y a la protección de la familia.¹⁴

¹¹ Artículo 55^o. - Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

¹² Luego de dedicar todo un capítulo al análisis de la posición que tienen los tratados en la Constitución, Hakansson (2009, p. 240) concluye que “pese a que la Carta de 1993 no lo diga expresamente, los tratados sobre Derechos Humanos tienen jerarquía constitucional en el Perú.”

¹³ Este pacto se concibe- en palabras de Hakansson (2009, p. 444)- como “un instrumento donde los Estados asumen el compromiso para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, la adopción de medidas legislativas y la plena efectividad de los derechos reconocidos”.

¹⁴ Artículo IV. Toda persona tiene derecho a constituir una familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella.

A su vez, la Convención sobre los Derechos del Niño establece, en su Preámbulo, el derecho de todo niño a “crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión” para el “pleno y armonioso desarrollo de su personalidad”; por lo que “convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”.

Asimismo, el artículo 5° de dicha Convención obliga a los Estados Partes a respetar "las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, (...) de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño, de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención".

En esa misma línea, la Convención sobre Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, señala en el artículo 16° que los “Estados Partes adoptarán todas las medidas necesarias para eliminar la discriminación contra la mujer” en los asuntos “relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares”, destacando el gran aporte que realiza la mujer al bienestar de la familia y el desarrollo de la sociedad.

Dicha convención destaca la importancia social de la función del padre como de la madre en la familia y en la educación de los hijos, por lo que las disposiciones relativas a la protección de la familia se proclaman como derechos esenciales y se incorporan en todas las esferas que abarca la convención; salud, educación, empleo; siendo el único tratado que aborda el tema de la planificación familiar.

En suma, se comparte la postura de Plácido (2013, p. 78) al considerar que “las convenciones internacionales refieren hoy en día lo que se ha dado a llamar *derecho a la vida familiar*”, al reconocerla como una figura merecedora de protección y asistencia por el

Estado, garantizando se den todas las condiciones para el pleno y armonioso desarrollo de la personalidad de sus miembros.

No cabe duda pues, del reconocimiento que tiene la institución familiar en la CP, y, por ende, en el ordenamiento jurídico peruano. En virtud de ese reconocimiento, nace el Derecho de Familia¹⁵, como un sector autónomo del ordenamiento- pues se le reconocen principios estructurales que le son propios-, cuyo ámbito concreto de estudio es la familia, y “no de una forma incidental, instrumental o secundaria, sino directa, inmediata y principal” (Botella, 1996, p. 30).¹⁶

Por ello, no es posible dejar de hacer referencia, en este apartado, al artículo 233° del Código Civil, el cual recoge la finalidad de la regulación de la familia, que es “contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú”. Ello evidencia, la relevancia jurídica de la institución para este concreto sector del ordenamiento. Sin embargo, no sólo existe un área propia del Derecho que disciplina la institución familiar, sino que, “además, numerosas normas del ordenamiento jurídico contienen, en mayor o menor grado y con una u otra finalidad, referencias y alusiones concretas a la familia y a los familiares” (Blasco, 2003, p. 311).

Hasta aquí se ha destacado la especial protección que merece la familia desde el ordenamiento jurídico. La CP resalta el especial cuidado y promoción que merece desde los poderes públicos; y los tratados internacionales consideran incluso un derecho humano a formar una familia. Con estas premisas claras, se pasa ahora a estudiar al trabajo desde la norma constitucional para posteriormente relacionarlo con la protección de los intereses familiares.

¹⁵ Es el conjunto de normas e instituciones jurídicas que regulan las relaciones personales y patrimoniales de los miembros que integran la familia, entre sí y respecto de terceros, como es la constitución, organización y disolución de la familia. (Zegarra, 2009).

¹⁶ El Código Civil dedica el Libro III a recoger las normas de Derecho de Familia: del artículo 233° al 659°. Así mismo, existen numerosas leyes complementarias que también lo integran.

2. El trabajo como medio de realización de la persona

El trabajo ha sido objeto de una especial regulación en la Constitución. Así, está recogido en el Capítulo I como derecho fundamental de la persona y, en el Capítulo II, como un derecho social y económico. Este reconocimiento se debe a que el trabajo es indispensable para el respeto de la dignidad humana y asegura la satisfacción de las necesidades básicas de la misma.

El trabajo recibe protección constitucional porque tiene como fundamento a la persona. El hombre, con su trabajo, “no solo se procura lo necesario para sobrevivir, sino que también y al mismo tiempo experimenta de modo particular su propia dignidad” (Buttiglione, 1999, p. 170). Como bien señala Ruiz (2013), “el mundo laboral del hombre en su máxima expresión manifiesta a grandes rasgos sus capacidades y logra desenvolver, en gran medida, su personalidad; toda vez que el trabajo dignifica a la persona y la hace crecer en sí mismo” (p. 31).

Ya se había explicado líneas arriba que, el Estado, al tener a la persona y al respeto de su dignidad como fines supremos, debe establecer mecanismos que garanticen el desenvolvimiento pleno de la persona, atendiendo no solo a su naturaleza, que lo lleva a buscar la perfección, sino también la perfección de la sociedad. Por ello, el trabajo, al igual que la familia, se identifica inseparablemente con la persona misma¹⁷.

El trabajo es uno de los ejes sobre los que gira el desarrollo de una persona. La persona al realizar una actividad pone en juego todas sus capacidades, físicas, intelectuales y afectivas. El trabajo del hombre lleva implícito un proyecto personal. Por eso, se puede decir que, en la regulación del trabajo no puede desligarse la actividad en sí misma de la persona que la realiza (Pacheco, 2002).

¹⁷ Al respecto, explicaba el Papa Juan Pablo II (1981) en su encíclica *Laborem Exercens* que “el trabajo es un bien del hombre, es un bien de la humanidad, porque mediante este no solo se transforma la naturaleza adaptándola a las propias necesidades, sino que se realiza a sí mismo como hombre; es más, en un cierto sentido se hace más hombre”.

El Tribunal Constitucional, refiriéndose a la trascendencia del trabajo como actividad humana, ha sostenido lo siguiente:

La importancia del trabajo descansa en tres aspectos sustantivos: 1) La esencialidad del acto humano, destinado al mantenimiento y desarrollo de la existencia y co-existencia sociales; 2) Vocación y exigencia de la naturaleza humana. El trabajo es sinónimo y expresión de vida; y 3) Carácter social de la función, ya que solo es posible laborar verdaderamente a través de la colaboración directa o indirecta de otro ser humano, o sea trabajador con y para los otros” (Fundamento 18 Sentencia Expediente N° 0008-2005-PI/TC).

Cabe señalar que, independientemente de su ubicación en la CP, los derechos laborales en ella reconocidos, son auténticos derechos fundamentales y, como tales, gozan del mismo nivel de protección que el texto constitucional atribuye a todos los derechos fundamentales. Ello significa que los derechos laborales fundamentales gozan de garantías constitucionales frente a cualquier tipo de amenaza o vulneración que pueda afectar su contenido esencial, independientemente de que tal agravio provenga del empleador u otra persona en el marco de una relación laboral, o se origine en una norma legal o administrativa (Blancas, 2007).

Por ello, la CP le ha brindado al derecho al trabajo una fuerte protección y lo recoge a lo largo de su texto en diversos artículos¹⁸, siendo el artículo 2° numeral 15, el que, complementado por lo dispuesto en el artículo 22°, lo consagra como un deber y un derecho, como base del bienestar social y medio de realización de la persona; por lo tanto, es objeto de protección por el Estado.

Cuando el artículo 2° inciso 15 de la CP señala que “toda persona tiene derecho a trabajar libremente, con sujeción a la ley”, le reconoce al derecho al trabajo una doble

¹⁸ Artículos 2.15, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28 y 29 de la Constitución.

dimensión. Así, por un lado, constituye un derecho de defensa y por otro, un derecho de protección. En tal sentido, Gutiérrez-Ticse (2011, p. 99) refiere que:

En cuanto derecho de defensa, proyecta su vinculatoriedad típica, clásica, oponible al Estado y a particulares, como esfera de actuación libre. En cuanto derecho de protección, la libertad de trabajo reconoce a la persona el derecho a una acción positiva, que vincula al Estado a la protección activa del bien jusfundamental protegido -libre trabajo- a través del establecimiento de normas, procedimientos, instituciones orientada a hacer posible el ejercicio del derecho fundamental.

La CP desarrolla tanto los principios generales como los derechos colectivos e individuales de trabajo. Los principios son pautas generales o directrices que sirven de guía para informar el ordenamiento jurídico e inspirar soluciones, siendo fundamental su aplicación en el proceso de conformación e interpretación de las normas.

El artículo 26° del texto constitucional recoge como principales principios de la relación laboral, los siguientes: 1) Igualdad de oportunidades sin discriminación, 2) Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley; 3) Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma. Ello no agota el reconocimiento que pueda hacerse de otros principios, como sería por ejemplo el de primacía de la realidad, el cual se encuentra implícitamente reconocido en los artículos 22° y 23° de la Constitución (Toyama, 2009).

En cuanto a la regulación de derechos, Neves (2009) los reúne en dos grupos: los específicos, ya sean individuales, ya sean colectivos; y, los inespecíficos. Los primeros son los otorgados al trabajador por su condición de tal¹⁹; y los segundos, los reconocidos a toda

¹⁹ Como son, el derecho a la libertad sindical, a la huelga, remuneración mínima vital, jornada máxima, compensación por tiempo de servicios, etc.

persona²⁰ y, por tanto, también a los trabajadores, cuando se ejercen en el marco de una relación laboral.

Respecto de los denominados derechos específicos, la CP se ocupa de tres temas importantes que conforman el Derecho Individual del Trabajo: la cuantía de la remuneración (artículo 24°), la duración de la jornada y de los descansos, y la duración de la relación laboral (artículo 25°). En lo que se refiere a los derechos colectivos, la sindicación, la negociación colectiva y la huelga han sido reguladas en un único precepto (artículo 28°). Asimismo, regula el derecho al trabajo (artículo 22°) y el despido (artículo 27°).

De otro lado, en cuanto a los derechos inespecíficos, éstos encuentran su sustento en el tercer párrafo del artículo 23° de la CP, conforme al cual “ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”. A través de dicha norma se brinda adecuada cobertura a los derechos de los trabajadores, a la igualdad, a la intimidad, a la libertad de expresión, etc., de los que no pueden ser privados por su empleador, pues la ciudadanía no se pierde por su incorporación a la empresa.

En ese sentido, se comparte lo señalado por Sempere (2006, p. 475), quien refiere que “no se pierde la condición de sujeto de derechos fundamentales por asumir la condición de trabajador. Afirmando que la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, porque las organizaciones empresariales no forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad”.

²⁰ Es decir, el derecho a la igualdad, derecho a la libertad de expresión, intimidad, entre otros, que se materializan también en una relación de trabajo.

2.1. El derecho al trabajo en el Derecho internacional

En este orden de ideas, adquieren importancia los instrumentos internacionales que recogen derechos laborales. Como se ha venido señalando previamente, en virtud de lo establecido en la Cuarta Disposición Final y Transitoria, tales instrumentos pasan a ser una extensión de la Constitución, otorgándoseles nivel constitucional.

En tal sentido, es posible distinguir dos tipos de tratados, por un lado, los genéricos, aquellos que consagran de manera indiferenciada derechos de la persona, y el trabajador en tanto persona se hace acreedor de esa protección; y, por otro lado, los tratados de contenido específico, que se centran solamente sobre derechos laborales.

Entre los principales tratados de contenido genérico que regulan derechos laborales tenemos los instrumentos internacionales de derechos humanos. Los más destacados son la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1976), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) y su Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988). Todos ellos están aprobados y ratificados por el Perú.

En dichos instrumentos internacionales mencionados se encuentran comprendidos derechos laborales. Las declaraciones suelen proclamarlos con poco detalle, simplemente enunciándolos, pero los pactos y las convenciones si los abordan con más precisión. Allí se abordan el derecho al trabajo, a la libre elección del trabajo, a condiciones y remuneraciones equitativas y satisfactorias, al descanso, a la sindicación, entre otros.

Así, el artículo 23° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, establece lo siguiente: “1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. 2.

Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual. 3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social. 4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses”. El artículo 24° del mismo instrumento recoge el derecho al descanso, a la duración razonable de la jornada de trabajo y el derecho a gozar de vacaciones periódicas pagadas.

Asimismo, el artículo 6° del PIDESC reconoce el derecho a trabajar, que comprende “el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado”, teniendo los Estados Parte el deber de tomar las medidas adecuadas para garantizar este derecho. Dicho artículo, agrega que, entre las medidas a adoptar “deberá figurar la orientación y formación técnico-profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana”.

Por otra parte, el artículo 8° del PIDCP y el artículo 6° de la CADH prohíben la esclavitud y trata de esclavos; y, establecen que nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio.

En cuanto a los tratados específicos, se tiene a los convenios internacionales del trabajo aprobados por la Organización Internacional del Trabajo. Estos convenios, se ocupan de regular ciertos derechos fundamentales, como la libertad sindical, la abolición del trabajo forzoso, la eliminación de la discriminación, la política de empleo, la formación profesional, el salario, las condiciones de trabajo y la seguridad social entre otros, se aplican a veces a la comunidad laboral en general y a veces a ciertos grupos de trabajadores en particular (niños,

mujeres, gente de mar y pescadores, trabajadores de agricultura, indígenas, extranjeros y migrantes, etc.).

Para Neves (2012) “los convenios de la OIT son la base esencial, a la que se suman los preceptos laborales contenidos en la Declaración y los Pactos referidos a derechos humanos, sobre la que se ha construido un Derecho Internacional del Trabajo” (pp. 40-41).

Todas estas normas jurídicas, vinculantes para el Perú, reconocen explícitamente el derecho al trabajo y promueven su protección como pieza clave para alcanzar el desarrollo de la persona. En tal sentido, el legislador está obligado a respetar el contenido de las normas y derechos laborales reconocidos por la Constitución.

2.2. *Derecho del Trabajo y trabajo protegido*

Para regular las situaciones e instituciones jurídicas que rodean este derecho surge el Derecho del Trabajo (o Derecho Laboral), rama jurídica del ordenamiento que se ocupa de los derechos, deberes y cargas nacidos del trabajo. También se puede definir como el “conjunto de principios y normas constitucionales y legales que regulan las relaciones entre empleador, trabajador, asociaciones sindicales y el Estado” (Ruiz, 2013, p. 31). El trabajo, que es objeto de protección del Derecho del Trabajo, tiene o debe tener determinadas características²¹: a) personal, b) libre, c) se realiza por cuenta ajena, d) subordinado, y es e) remunerado.²²

Al señalar que el trabajo que interesa al Derecho Laboral es personal, se hace referencia a que el trabajador es siempre una persona natural, a diferencia del empleador, que puede ser persona natural o jurídica; y es dicha persona concreta es quién ejecuta la prestación.

²¹ En palabras de Neves (2012, p. 15), “el sentido en que el Derecho del Trabajo utiliza el término trabajo no es coincidente con el lenguaje común. En este, el trabajo es cualquier ocupación mientras que para el Derecho del trabajo es solo una ocupación con determinadas características”.

²² Por ello, Zegarra (2009, p. 172) afirma que “la autonomía del Derecho Laboral se funda en que su objeto es un trabajo especial y característico, que afecta gran parte de la población, y que desempeña un papel central en la vida colectiva y en la personal de cada trabajador”.

Asimismo, el trabajo debe ser libre y voluntario, destacando que la libertad de trabajo consiste en el derecho de toda persona a decidir si trabaja o no, en qué actividad y para quién (Neves, 2012)²³. Además, debe realizarse por cuenta ajena. Esto quiere decir que el trabajo productivo debe cumplirse por encargo de un tercero, distinguiéndose del trabajo que se realiza por propia iniciativa.

Otra de las características que interesa al Derecho del Trabajo es que el trabajo sea subordinado. La subordinación se define como el vínculo jurídico entre el deudor y el acreedor de trabajo, en virtud del cual el primero le ofrece su actividad al segundo y le confiere el poder de conducirla. “Sujeción, de un lado, y dirección, del otro, son dos aspectos centrales del concepto” (Neves, 2012, p. 25).

Finalmente, el trabajo debe ser remunerado. La remuneración es el pago que le corresponde al trabajador por la puesta a disposición de su actividad. Nuestro ordenamiento considera como tal al integro que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, siempre que sea de su libre disposición.

En resumen, se puede afirmar que el trabajo es un pilar fundamental de la sociedad, en tanto constituye una fuente de identidad, que genera derechos, y una forma de servicio a la ciudadanía. En ese sentido, adquiere vital importancia el reconocimiento que recibe el trabajo en la CP, pues constituye una base de interpretación y aplicación no solo de las normas internas, sino también de las normas internacionales.

Luego de atender al reconocimiento del derecho al trabajo como un derecho fundamental, corresponde analizar y desarrollar la relación de este derecho con los intereses familiares. Así, en el siguiente apartado se analiza si la familia recibe protección desde las normas laborales que se detallan en la Constitución.

²³ “El Derecho del trabajo no ignora que el trabajador no es sustancialmente libre al celebrar el contrato y establecer los derechos y obligaciones de las partes, porque no es tampoco materialmente igual al empleador. Este hecho es el que justifica la propia existencia del ordenamiento protector del contratante débil” (Neves, 2012, pp. 25-26).

3. Protección laboral de la Familia desde la Constitución

Habiendo realizado el análisis de la familia y el trabajo a la luz de la Constitución peruana, corresponde enfocar la atención al ámbito en el que ambos derechos, el trabajo y la familia, se interrelacionan. Luego de haber valorado el reconocimiento y protección que estos derechos tienen en la Constitución se plantea la siguiente cuestión: ¿La Constitución hace un reconocimiento expreso de la protección que merece la familia en el ámbito laboral recogiendo ciertos derechos o beneficios que le permitan al trabajador atender sus responsabilidades familiares?

Antes de proseguir con ello, cabe precisar que cuando se habla de responsabilidades familiares, se hace en un sentido amplio. No se utiliza el término para reducirlo solo al ámbito material de lo que implica una familia, es decir no se reduce la labor de los padres a determinadas obligaciones, tales como, alimentación de los hijos, educación de los hijos, la conducción del hogar o la manutención del mismo, etc. Se sabe bien que la construcción de la familia va más allá, ésta se desenvuelve en muchos ámbitos, justamente porque su centro es la persona, y la persona como valor superior que busca la perfección y su desarrollo integral no se reduce a lo material.

No existe en la CP un artículo que señale, de manera expresa, la protección que debe recibir la familia a nivel laboral. Los artículos referidos al trabajo se encargan de señalar cuáles son los mínimos que debe respetar el legislador a la hora de delimitar el contenido del derecho al trabajo para garantizar, de ese modo, el respeto de la dignidad humana. Si bien es cierto, de conformidad con el artículo 23° de la CP, el Estado asume la responsabilidad de proteger especialmente la actividad laboral de la madre, del menor de edad y del impedido, esta protección se centra en garantizar el acceso al trabajo basado en una igualdad de oportunidades, sin discriminación, de modo que no se genere una diferenciación no razonable y, por ende, arbitraria.

No es necesario hacer un análisis tan profundo para determinar que, aunque no lo señale expresamente, la CP protege a la familia en todos sus ámbitos. Esto se logra a través de los denominados derechos constitucionales implícitos, que son aquellos que, aunque no se reconocen literalmente en el texto constitucional se desprenden de la naturaleza humana.

Uno de los artículos que llama la atención, y que es necesario analizar en este apartado, por guardar relación con lo que se quiere expresar aquí, es el artículo 24° de la CP, el cual señala que “el trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual. El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador. Las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores”.

A primera vista parece que el artículo 24° de la CP no aporta nada a lo que se pretende decir en este apartado, y en ese sentido, solo sería posible afirmar que dicho artículo reconoce el derecho a la remuneración que tiene todo trabajador. Sin embargo, reconoce algo más y es el hecho de que el trabajo mismo no es para el trabajador sino un medio de contribuir económicamente al sostenimiento de la familia²⁴. Por ello, la CP establece que el trabajador tiene derecho a recibir una remuneración que le alcance para satisfacer, no solo sus necesidades básicas (materiales y espirituales), sino también las de su familia²⁵.

No se puede negar que uno de los aspectos que más se destaca en el ámbito laboral en cuanto a la familia es el material (o económico). Y es que, la familia se basa en la existencia de una relación de convivencia, en la que ocupan un lugar preferente los hijos, quienes, durante algunas etapas de su vida, son los que necesitan el auxilio de sus padres para subsistir.

²⁴ Obsérvese que se contempla la realidad familiar, pero no en cuanto sujeto laboral, sino en cuanto circunstancia real de dicho sujeto, que es tenida en cuenta. La familia es contemplada por el Derecho del Trabajo en cuanto tiene que ver con el objeto de dicha rama jurídica.

²⁵ En palabras de Buttiglione (1999), “la familia entra en relación con el trabajo como su motivación, como el fin más o menos consiente al que el trabajador tiende con su trabajo (p. 173).

Así lo reconoce la CP al recoger en el artículo 6º el deber y derecho de los padres de alimentar, educar y dar seguridad a los hijos.

La creación de un fondo común por parte de los progenitores, sin duda es una de las principales características de la familia. Ello es así, en la medida que dicho fondo se destina a atender las necesidades materiales de aquellas personas que dependen económicamente de otras en el seno de la familia, sobre todo los hijos (Blasco, 2003).

Ello lleva a hablar, inevitablemente, de la función económica que tiene la familia, es decir una función de protección frente a las necesidades básicas de cada uno de sus miembros²⁶. Esta función económica va ligada a las demás funciones que tiene la familia en la sociedad. Al respecto Corral (1994, p. 9), citando a Lacruz, refiere lo siguiente:

La familia cumple tres misiones y persigue tres finalidades: una natural, la de vincular al hombre y la mujer, y conservar así, el género humano, otra económica, consistente en la obtención de alimentos para todos los familiares y techo para los que convivan; una tercera, moral y espiritual, es decir, el mutuo socorro de los familiares, la comunidad de vida entre ellos, y el cuidado y educación de la prole

En ese sentido, se puede decir que la CP reconoce esas finalidades, ya que establece como parámetro para garantizar al trabajador una remuneración digna, que ésta cumpla con ser suficiente para procurar el bienestar material y espiritual de su familia. Lo que llevaría a hablar de una protección de la familia, protección que no debe quedar reducida a la contraprestación que debe recibir el trabajador por la labor que realiza, sino que debe incluir otras medidas de contenido patrimonial y no patrimonial que contribuyan a garantizar una vida digna al grupo familiar.

²⁶ Así lo señala Blasco (2003, p.66) al afirmar que la familia constituye “una unidad de consumo, esto es, una organización de individuos que ponen en común sus ingresos para hacer frente de forma conjunta a las necesidades de cualquiera de sus integrantes”.

La familia, además de ser una unidad jurídica, social y económica, constituye una comunidad de amor y solidaridad, irremplazable en la enseñanza y transmisión de los valores culturales, sociales, espirituales y religiosos, esenciales para el desarrollo y bienestar de sus propios miembros. Es también el lugar se da el encuentro entre diferentes generaciones, y donde el apoyo mutuo de sus miembros permite armonizar los derechos individuales con las demás exigencias de la vida social (Cornejo, 1998).

Por lo tanto, es posible afirmar que el Derecho del trabajo es una de las disciplinas a través de las cuales se puede articular una protección integral de la familia: una protección jurídica, económica y social. La labor de regular de modo más concreto esa protección es una tarea que la CP confía al legislador. Por lo que corresponde acudir a las normas legales, y evaluar, si efectivamente, el Derecho Laboral contribuye a esa finalidad, ya no solo de protección sino de promoción de la familia como pilar de la sociedad.

CAPITULO II: LA PROTECCION DE LA FAMILIA DESDE EL ORDENAMIENTO LABORAL

La familia, como institución natural, existe desde siempre. Por ello, “el Derecho busca darle una protección especial a través de normas jurídicas que garanticen el cumplimiento mínimo de los derechos y obligaciones de los familiares entre sí” (Rubio, 2001, p.71).

La familia se ha convertido en un tema de preocupación y análisis en el que se desembocan apremiantes problemas de este tiempo, por ello, además del cumplimiento de las garantías constitucionales específicas que la CP concreta en otros preceptos, el deber de protección exige al Estado adoptar las “medidas necesarias para el mejoramiento de la situación material y moral de familia, así como impide a los poderes públicos homologar de cualquier forma con la familia a relaciones incompatibles, y aun contrarias a ella y a sus funciones esenciales” (Plácido, 2013, p. 82).

Esta protección de la familia por la sociedad y por el Estado debe estar limitada por el principio de subsidiaridad y debe brindarse respetando la naturaleza esencial de la familia, configurada como institución que se forma por la unión y vida en común de hombre, mujer y sus descendientes. Si se entendiera de otro modo ya no se trataría de una protección a la familia sino de su sustitución o destrucción y desaparición (Cornejo, 2000).

En consecuencia, el Estado tiene la obligación de garantizar la más amplia protección y asistencia a la familia, mediante la adopción de medidas adecuadas y eficaces que permitan el ejercicio pleno del derecho a fundar una familia, y fomenten el desarrollo de una vida familiar.

En virtud de ello, la protección que se le brinda abarca las diversas ramas que componen nuestro ordenamiento jurídico, colocándola como una institución de carácter

transversal, como el eje que atraviesa todo nuestro sistema jurídico, de tal manera que en torno a ella se articulan los contenidos de las demás instituciones del Derecho.

Así adquiere importancia el Derecho Laboral, pues uno de los problemas que hoy se suscita es el de conciliar la vida familiar y la vida laboral²⁷. La vida familiar constituye una importante faceta de la personalidad del trabajador, a cuyo desarrollo contribuye. Por ello la protección laboral de la familia no puede establecerse de cualquier modo, pues se corre el riesgo que el propio derecho del trabajo introduzca medidas que provoquen la disgregación de la familia. Por lo que se hace necesario tener presente el interés superior de la familia²⁸ en la regulación de obligaciones o derechos laborales.

A partir de aquí, se desarrolla en el primer apartado, las medidas que ha adoptado y puede adoptar el Estado para cumplir, efectivamente, con su rol de garante de la familia, de manera que promueva el fortalecimiento de la misma, convirtiéndola en una institución estable que contribuya al desarrollo íntegro de sus miembros. Para dar respuesta a esa apremiante interrogante, revisaremos las normas jurídicas de mayor relevancia en nuestro ordenamiento, sobre todo aquellas tendientes a otorgarle al trabajador o trabajadora un reconocimiento especial, brindándole prerrogativas para la atención de sus cargas familiares.

En el segundo apartado, se realiza una descripción de las normas laborales que procuran la protección de la familia, centrándose en aquéllas que han recibido mayor atención por parte del legislador. Ello permitirá concluir *a priori*, si el ordenamiento jurídico laboral, siguiendo el mandato constitucional, ha desarrollado normas que faciliten la estabilidad, calidad de vida, autonomía y bienestar de la familia.

²⁷ Las labores de una persona, indudablemente, trasladan sus implicancias a ámbitos como el personal y/o familiar y viceversa. La relación que existe entre estos dos ámbitos de desarrollo de la persona es inevitable. Por ejemplo, un trabajador se preocupa por recibir puntualmente el pago de sus remuneraciones, en función del carácter alimentario de éstas. Por otro lado, una madre trabajadora se preocupa por dar de lactar a su hijo sin que ello afecte sus labores. Estas formas de interacción, trabajo-familia o familia-trabajo, se deben a la interferencia entre las actividades necesarias para desarrollar los roles propios de la familia y aquellas obligaciones inherentes al ámbito laboral.

²⁸ Botella (1996) y Argüelles (1998) hacen referencia a la necesidad de incorporar, como un principio rector del Derecho del Trabajo, uno nuevo: el interés de la familia.

Como se mencionó anteriormente, la Constitución ha establecido los parámetros por los cuales el legislador debe guiarse para establecer los postulados básicos que van a regular este sector concreto del Derecho, teniendo como premisa que, tanto la familia como el trabajo son bienes jurídicos constitucionalmente protegidos.

En virtud de ello, se evalúa si el legislador peruano ha conseguido articular la protección de uno y otro, mediante medidas que, además y, en definitiva, impulsen el interés de la familia, y garanticen la compatibilidad del cumplimiento de responsabilidades familiares con el ejercicio de obligaciones de carácter laboral. Ello, dará luz para resolver la interrogante acerca de la situación, de amparo o desamparo, en que se encuentra la familia, desde el punto de vista de su protección jurídica.

1. Técnicas de protección y fomento de la familia

La protección de la familia, y por tanto su promoción como institución básica de la sociedad es una responsabilidad que recae en el Estado. Es el Estado, a través de sus poderes públicos, el llamado a establecer diversos mecanismos que contribuyan a alcanzar una verdadera protección integral de la familia, tal como dispone la Constitución. Es preciso señalar que “la promoción de la familia, o sus miembros, en el entorno laboral, puede articularse eficazmente a través de cauces y con finalidades diferentes a las estrictamente conciliatorias” (López y Carrillo, 2008, p. 13).

De primera impresión, parece que el único mecanismo que puede permitir alcanzar dicha finalidad es la elaboración de normas. Sin embargo, se cree que la “creación legislativa” es un primer paso, más no el único. Es posible afirmar que, la promulgación de una ley que proteja y promueva a la familia en los diversos sectores de la sociedad resultaría, por si sola, insuficiente. No basta legislar para garantizar la plena protección y el efectivo ejercicio de un derecho reconocido constitucionalmente.

En ese sentido, el Convenio N° 156 de la OIT, sobre trabajadores con responsabilidades familiares establece en su artículo 6° que:

Las autoridades y organismos competentes de cada país deberán adoptar medidas apropiadas para promover mediante la información y la educación una mejor comprensión por parte del público del principio de la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras y acerca de los problemas de los trabajadores con responsabilidades familiares, así como una corriente de opinión favorable a la solución de esos problemas.

El Estado puede establecer así diversos mecanismos, como la implementación de políticas de apoyo multisectorial y de promoción que favorezcan a la familia y su estabilidad, implementación de programas sociales de orientación y formación en atención a la familia dirigidos a toda la población en general, para generar en ella conciencia sobre la importancia de la familia en la sociedad.

Así lo expresa el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 346, Ley de Política Nacional de Población²⁹, al establecer que el Estado deberá ejecutar acciones que faciliten a las parejas, por un lado, “la toma de conciencia sobre el valor y derechos de los hijos sobre su crianza y socialización como responsabilidad tanto del varón como de la mujer”, por otro, “el trato igualitario de ambos sexos como garantía de una mayor armonía y estabilidad en el desarrollo de la pareja, para fomentar los lazos de solidaridad entre todos los miembros de la familia”. Se trata, entonces, de poner en marcha iniciativas que favorezcan la formación de familias sólidas y, en el ámbito laboral, la atención de responsabilidades familiares.

En virtud de ello, en el año 2005, se promulgó la Ley 28542, Ley de Fortalecimiento de la Familia, con el objeto de “promover y fortalecer el desarrollo de la familia, como

²⁹ La Política Nacional de Población, establece las normas básicas, que regulan la aplicación de los principios generales en que sustenta la Política Nacional de la Población, estableciendo en su artículo V que el Estado ampara prioritariamente al matrimonio y la familia. La referida norma dedica el Capítulo I del Título II a la familia.

fundamento de la sociedad y espacio fundamental para el desarrollo integral del ser humano” basándose en el respeto de los derechos fundamentales y en las relaciones equitativas entre sus miembros. En el artículo 2° de la referida ley³⁰, se determinaron quince líneas de acción a seguir por el Estado y demás entes públicos para alcanzar los objetivos trazados en la ley.

En este apartado, y en orden al interés que se persigue, no será posible detenerse en todas y cada una de dichas líneas, por lo que se hará referencia a las relacionadas estrictamente con la protección de la familia en el ámbito laboral. Así, en el artículo 2° inciso m) de la mencionada ley se establece como una política o acción del Estado la de “dictar disposiciones sociales, económicas, tributarias y laborales, de apoyo y promoción de la familia”. Ello refleja una característica importante de esta institución, su transversalidad, puesto que no se reduce solo al ámbito civil o laboral. La familia trasciende la esfera privada de las personas que la integran y, como tal tiene una función e importancia social, lo que la hace merecedora de una protección en las diversas ramas que componen el Derecho, por no decir todas.

³⁰ Artículo 2.- De las políticas públicas con perspectiva de familia

Para el cumplimiento del objeto de la presente Ley, el Estado desarrollará entre otras políticas y acciones, las siguientes:

- a) La orientación, apoyo y asistencia para el cumplimiento de los fines de la familia.
- b) La atención prioritaria de las familias en situación de extrema pobreza, pobreza o riesgo social, así como de las familias jefaturadas por mujeres.
- c) La promoción de las responsabilidades familiares compartidas entre el padre y la madre.
- d) La promoción de la estabilidad de la familia basada en el respeto entre todos sus integrantes.
- e) El desarrollo de las políticas sociales que tienen en consideración el entorno familiar de los beneficiarios.
- f) La celebración, por parte de los Gobiernos Locales, de convenios con instituciones públicas o privadas para brindar consejería familiar.
- g) La promoción de Escuelas de Padres en instituciones públicas y privadas.
- h) La promoción de principios y valores familiares a través de materiales educativos y alentando el compromiso de los medios de comunicación.
- i) La promoción a nivel regional y municipal de planes, programas, proyectos y servicios especializados de fortalecimiento de la familia.
- j) Promover medidas para que las uniones de hecho puedan formalizar su situación legal mediante el matrimonio.
- k) Capacitar a fiscales, jueces, médicos, maestros, policías, personal de salud y funcionarios municipales, entre otros, en temas de fortalecimiento familiar.
- l) Promover los estudios y/o investigaciones sobre la situación de la familia en el Perú.
- m) Dictar disposiciones sociales, económicas, tributarias y laborales, de apoyo y promoción de la familia.
- n) Promover el establecimiento de servicios de cuidado infantil en los centros laborales públicos y privados.
- o) ñ) Velar por el respeto de las ocho horas laborables en las instituciones públicas y privadas para garantizar el tiempo suficiente y necesario para que los padres y madres puedan compartir más tiempo con sus hijos.

Otra de las políticas que recoge la ley, en el inciso n) del artículo 2º, es la de “promover el establecimiento de servicios de cuidado infantil en los centros laborales”. La OIT ha señalado igualmente la necesidad de que existan infraestructuras sociales que puedan encargarse del cuidado de los hijos mientras los padres trabajan. Respecto a esta medida, puede producirse un doble efecto. Por un lado, puede resultar favorable, ya que permitiría una participación más activa de la mujer en el mercado de trabajo, puesto que, en algunos sectores sociales, aún se mantiene la concepción de que la mujer debe dedicarse exclusivamente al hogar y al cuidado de los hijos. Asimismo, al ser también un mecanismo de conciliación de la vida familiar y laboral, se fomentaría la conformación de más familias, pues las generaciones actuales ven el desarrollo profesional como sinónimo de realización plena, y consideran, a veces, el matrimonio y la familia como un obstáculo para alcanzar dichos fines, por lo que posponen ese aspecto de su vida.

De otro lado, puede tener un efecto negativo, pues podría convertirse en una justificación para la desatención de ciertas responsabilidades por parte de los padres, y, en consecuencia, ello acarrearía la desatención de los hijos. Aquí resulta pertinente reafirmar lo que expresa Argüelles (1998) en relación a que la protección laboral de la familia no puede establecerse de cualquier modo, pues se corre el peligro que el propio derecho del trabajo introduzca medidas que provoquen la disgregación de la familia. Por ello, el Estado debe delimitar y concretar el contenido de sus políticas de acción, de manera que fomenten el cumplimiento de las cargas familiares por parte de ambos padres, y fortalezcan las relaciones paterno-filiales, así como la relación de pareja.

Finalmente, la ley establece la obligación de “velar por el respeto de las ocho horas laborables en las instituciones públicas y privadas para garantizar el tiempo suficiente y necesario para que los padres y madres puedan compartir más tiempo con sus hijos” (artículo 2, numeral o, ñ). Esta medida, sin duda, está destinada a fortalecer “el hecho jurídico principal

en la constitución de una familia: la filiación” (Blasco, 2003, p.59), entendida como el vínculo que une al hijo con el padre y con la madre. El fortalecimiento de estos vínculos genera estabilidad en la familia, propiciando relaciones cálidas y respetuosas al interior de ella (con los demás integrantes), y un desarrollo de capacidades que se sustentan en la educación familiar.

Todas estas medidas o técnicas de promoción que se desenvuelven en el ámbito laboral³¹, se establecen en aras de garantizar no solo la protección integral de la familia, sino también su promoción como institución natural y fundamental del Estado. Por lo que será necesario que el Derecho brinde una protección de la familia evitando que se afecte a la familia misma.

De todo ello se desprende que, la misión del Estado es la de formular e implementar normas, políticas, programas y servicios para promover, proteger y fortalecer a la familia; siendo su visión la conformación de familias fortalecidas como instituciones democráticas, igualitarias y equitativas, que contribuyan a que sus integrantes puedan ejercer sus derechos y cumplir adecuada y plenamente sus responsabilidades familiares.³²

Con el fin de atender esta apremiante tarea, se elaboró el Plan Nacional de Fortalecimiento de las Familias 2016 – 2021, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-2016-MIMP, como una herramienta de gestión que articula las acciones del Estado “en forma intrasectorial, intersectorial, intergubernamental e interinstitucional”, cuya finalidad es la de “generar condiciones, normas y servicios que permitan que las personas puedan garantizar el derecho a formar y vivir en familia de todo miembro, asumir sus responsabilidades, conciliar

³¹ “Las diferentes técnicas de protección a la familia producen efectos también sobre el contrato y la relación de trabajo. Desde la simple adaptación de las condiciones de trabajo, hasta el cambio temporal de puesto, pasando por la reducción de jornada, en algunos casos se permite que el trabajador interrumpa la prestación de servicios, sin que el contrato se extinga” (Argüelles, 1998, p.42).

³² En palabras de Aguilera (2009, p. 65), “más allá de las medidas concretas que diferentes normas pueden adoptar para conseguir dicha protección, se ha pretendido principalmente a nivel estatal, establecer una auténtica política de protección a la familia entendiendo por tal el conjunto acciones del sector público que tienen por finalidad favorecer a las familias, mejorar su bienestar y fortalecer su funcionamiento.

su vida familiar y el trabajo”, y garantizar de ese modo, que las familias puedan cumplir plenamente sus funciones en beneficio del desarrollo integral de sus miembros.

El PLANFAM 2016-2021 establece que, la responsabilidad del Estado se puede materializar en cuatro ejes de políticas públicas, señalando en primer lugar el de promoción, mediante la ejecución de “acciones que promuevan el desarrollo integral de las familias y por ende de sus integrantes”; de apoyo, el cual se concretará desarrollando “acciones sectoriales y multisectoriales, mediante programas y proyectos sociales que atienden las diferentes necesidades básicas de los miembros de la familia”; de protección, “procurando medidas de garantía para el ejercicio y exigencia de los derechos de los miembros de las familias” así como reconociendo e implementando “integralmente los tratados internacionales y marcos normativos nacionales en materia de familias”. Finalmente, hace mención al eje fortalecimiento, el cual se manifestará mediante “acciones orientadas al desarrollo de las capacidades de sus miembros para la igualdad de oportunidades y acceso equitativo a los servicios”.

Teniendo en cuenta estos ejes, el Plan ha desarrollado veinte metas emblemáticas, las cuales contribuirán al “fortalecimiento de las funciones de formación, socialización, cuidado, seguridad económica y afectiva de las familias”. Entre ellas, se establece que 26 Gobiernos Regionales y el 70% de gobiernos locales y provinciales cuenten con objetivos referidos a fortalecer las familias.

También establece que el 80% de las empresas privadas implementen en sus áreas de Recursos Humanos acciones para promover la conciliación entre la vida familiar y el trabajo, siendo muestra de ello la meta que proyecta la creación de mil 350 lactarios públicos y privados para el 2021, lo que favorecerá que muchas mujeres continúen trabajando sin afectar la atención de sus hijas o hijos, durante sus primeros meses de vida.

Esto permitirá reafirmar el compromiso del Estado y la sociedad para el fortalecimiento de las familias en sus roles afectivos, socializadores, formadores y protectores mediante la elaboración, implementación y evaluación de políticas, planes, programas y proyectos en el marco del cumplimiento del Plan Nacional y la Ley de fortalecimiento de la familia, anteriormente mencionados.

En atención a ello, corresponde señalar que “la efectividad de estas medidas requiere un alcance más amplio que el estrictamente laboral, desde el desarrollo de servicios de atención adecuados (guarderías, centros de día para ancianos), hasta la promoción de valores educativos, culturales y económicos que acerquen el modelo social que se propugna dese la acción legislativa a la realidad cotidiana de las familias” (López y Carrillo, 2008, p. 14).

De esa manera, pueden sentarse las bases que permitirán guiar actuaciones futuras en un doble plano; por un lado, incidiendo en favorecer la implicación de todos los agentes sociales, y por otro, coordinando y complementando las iniciativas que se adopten desde los diversos sectores: educativos, económicos, políticos o jurídicos³³. Y, en el ámbito laboral, adoptar una perspectiva más amplia de conciliación que permita una protección real a la familia y normalice las responsabilidades familiares en el marco de un contrato. (López y Carrillo, 2008).

2. Protección de la familia mediante normas laborales

En este apartado se describirán las medidas de protección previstas en las normas laborales, que permitan a los trabajadores hacer compatible la atención de sus intereses familiares con su desarrollo profesional y promuevan la vida familiar, de manera que brinden

³³ En el mismo sentido, Almendros (2003, p. 91) señala que “la conciliación de la vida familiar y laboral exige una actuación integral, o si prefiere global. Por eso, aunque las principales medidas conciliatorias deban provenir del ámbito laboral, en esta misión están comprometidas otras materias: seguridad social, servicios sociales, sistema fiscal, política educativa, y en general, cualquier otra política social”.

calidad de vida a los miembros de su familia, sin que ello suponga un peligro para la estabilidad de su empleo.

Como punto de partida, se puede decir que en las normas del ordenamiento laboral se ve reflejada una preocupación por tutelar a la familia, y centra, básicamente, su protección en la mujer³⁴. La legislación laboral peruana ha eliminado todo tipo de discriminación con respecto a sus derechos laborales. Asimismo, por la peculiar condición de su maternidad, tiene una especial protección, referida al despido, al descanso pre y post natal y al derecho a la hora de lactancia.

El mercado laboral sufrió grandes transformaciones en las últimas décadas³⁵. La tradicional distribución de tareas, por la cual los hombres salían a trabajar mientras que las mujeres se dedicaban al cuidado del hogar, dio paso a un nuevo paradigma. El Derecho formó parte de este nuevo paradigma, siendo partícipe, a través de sus respectivas instituciones, de la intervención- cada vez más activa- de la mujer en los distintos ámbitos de su vida, como el ámbito social-civil, el ámbito familiar y el laboral (Sánchez, 2013).

Desde los orígenes del ordenamiento laboral se ve el interés del legislador por proteger a los colectivos de trabajadores considerados más débiles, otorgándoles o procurando para ellos condiciones de trabajo más dignas, así como beneficiosas para su desarrollo personal y profesional. Entre esos colectivos que merecieron una más temprana atención por parte de la legislación laboral se encontraban las mujeres (Argüelles, 1998).

En primer término, se promulgaron medidas normativas tendientes a eliminar las desigualdades existentes entre hombres y mujeres respecto del acceso de ambos a un empleo

³⁴ La mujer, en el Perú, no fue ajena a los cambios en el trato y participación igualitaria, pues además del reconocimiento de convenios de trabajo emitidos por organismos internacionales, se empezaron a emitir distintas disposiciones internas en búsqueda del reconocimiento respecto de la igualdad de oportunidades laborales y no discriminación en el trabajo (Sánchez, 2013).

³⁵ “Durante la primera mitad del siglo XX y a nivel mundial, empezó a surgir la idea de integración de los géneros ayudado por políticas públicas diseñadas e impulsadas por organismos internacionales como la ONU y más específicamente en cuanto al trabajo por parte de la OIT, relanzando con ella la idea de igualdad de género y promoviendo e impulsando el desempeño de la mujer en el desarrollo de distintas actividades de índole laboral” (Sánchez, 2013, p.53).

formal y digno; y a erradicar todo vestigio de desigualdad de trato, discriminación y denegación de acceso al trabajo de la mujer (Sánchez, 2013). Así, la Ley N° 26772, modificada por la Ley N° 27270, denominada Ley contra actos de discriminación, dispone que las ofertas de empleo no deban contener requisitos que constituyan discriminación, anulación o alteración de igualdad de oportunidades o de trato entre los géneros.

En ese sentido, el artículo 2° de la mencionada ley establecía que habrá discriminación, anulación o alteración a la igualdad de oportunidades, si los requerimientos de personal o los requisitos para acceder a centros de formación técnica y profesional, implican un trato diferenciado basado en motivos de raza, sexo, u otros.

Posteriormente, se emitió la Ley de Igualdad de Oportunidades entre hombre y mujeres, Ley N° 28083, que tiene por finalidad establecer el marco normativo que garantice a hombres y mujeres el ejercicio de sus derechos a la igualdad, dignidad, libre desarrollo, bienestar y autonomía, eliminando la discriminación en todas las esferas de su vida, pública y privada, e impulsando la plena igualdad. En el ámbito del trabajo, el artículo 6° inciso f de la ley señala que el Estado garantiza “el derecho a un trabajo productivo, (...) incorporando medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral, entre mujeres y hombres, en el acceso al empleo, en la formación, promoción y condiciones de trabajo, y en una idéntica remuneración por trabajo de igual valor”, reconociendo la protección frente al hostigamiento sexual y la armonización de las responsabilidades familiares y laborales.

Posteriormente, se fue evidenciando la existencia de un hecho biológico únicamente atribuible y vivido por las mujeres, que se configuraba como un elemento diferenciador por el que una mujer podía ser discriminada, restringiéndosele el acceso a un empleo, a la permanencia laboral o a la renovación de la relación laboral. En ese sentido, la maternidad se hizo acreedora de una especial protección por ser objeto de discriminación en el entorno de trabajo, puesto que las mujeres gestantes eran consideradas improductivas laboralmente.

En ese contexto, con la finalidad de brindar una adecuada protección y garantizar la estabilidad laboral de la mujer durante el embarazo, se estableció en la normativa laboral la nulidad del despido de la trabajadora embarazada cuando la gestación sea el motivo del despido. El TUO del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral establece en su artículo 29°, literal e) que es nulo el despido que tenga por motivo el embarazo, si este se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 (noventa días posteriores) al nacimiento, y el empleador no acredita la existencia de una causa justa para despedir.

Sin embargo, el artículo 1° de la ley N° 30367, promulgada el 25 de noviembre de 2015, amplió la protección que brinda el literal e) del artículo 29° ya citado y, modificándolo, agregó que será nulo el despido que tenga por motivo el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia. Esta norma circunscribe la prohibición que el despido esté relacionado con el embarazo, el nacimiento del hijo o las consecuencias derivadas de tales supuestos.

El legislador consideró pertinente implementar medidas dirigidas a proteger la salud de la mujer embarazada durante la prestación de servicios. El embarazo, el parto y el periodo posterior al parto son tres etapas de la vida procreadora de la mujer que suponen riesgos particulares para su salud, por lo que se hacía necesario también brindarle una protección especial en su lugar de trabajo, asignándole labores de acuerdo a su estado, sin afectar ni desconocer sus derechos ni beneficios laborales. Se promulgó así la Ley N° 28048, que regula la protección a favor de la mujer gestante que realiza labores que pongan en riesgo su salud y/o el desarrollo normal del embrión y el feto.

La norma antes mencionada ha sido reglamentada a través del Decreto Supremo N° 009-2004-TR, el cual desarrolla la forma en que deben llevarse a cabo dichas labores, sin que se genere riesgo para la gestante o el niño, y hace la distinción entre los riesgos generados por las condiciones de trabajo de aquellos riesgos adicionales derivados de cambios fisiológicos

en la mujer gestante, precisando que para estos últimos en ningún caso constituye incapacidad temporal para el trabajo.

Para proteger la salud de las trabajadoras y de sus hijos, se hizo necesario que aquéllas tengan derecho a un periodo de descanso cuando se produzca el nacimiento, con la garantía de reincorporación tras la interrupción de su actividad, así como disponer de recursos que les permitan hacer frente a sus gastos y a los de su familia. Es así que el legislador optó por reconocer a la trabajadora el derecho de gozar de un descanso por maternidad, a través de la promulgación de la Ley N° 26644³⁶, que desde entonces ha ido incrementándose en términos cada vez más favorables para ella.

En tal sentido, el Decreto Supremo N° 005-2011-TR es el que precisa con mayor detalle el goce del derecho de descanso pre y post natal de la trabajadora gestante, definiendo este beneficio como el derecho de la trabajadora, derivado del proceso biológico de la gestación, que le permite gozar un periodo de tiempo de descanso, distribuido en un periodo de descanso prenatal y post natal. El artículo 2° de la mencionada norma, modificada por el artículo 1° del Decreto Supremo N° 002-2016-TR³⁷, establece el derecho de las gestantes a gozar de un periodo de descanso de 98 días naturales, distribuidos en cuarenta y nueve días naturales de descanso pre natal y cuarenta y nueve días de descanso post natal.

Es así que, la LPCL reconoció que el contrato de trabajo podía suspenderse por causa de maternidad, durante el descanso pre y post natal. El parto es, pues, un hecho que da lugar al nacimiento de una especial situación contractual en la que la trabajadora no tiene que realizar sus obligaciones laborales, recibiendo a cambio, no un salario, pero sí una prestación de la seguridad social (Rodríguez, 2005).

³⁶ Modificada por la Ley N° 2741, y complementada por la Ley N° 27606.

³⁷ Decreto Supremo que adecua las normas reglamentarias que regulan el descanso por maternidad y el pago del subsidio por maternidad a las disposiciones de la Ley N° 30367, Ley que protege a la madre trabajadora contra el despido arbitrario y prolonga su periodo de descanso.

En esa misma línea, con la promulgación de la Ley N° 27240, modificada por la Ley N° 27591 y precisada por la Ley N° 27403, el ordenamiento peruano reconoció a la madre trabajadora, al término del periodo postnatal, un permiso por lactancia materna equivalente a una hora diaria hasta que el menor cumpla un año de edad. Asimismo, el artículo 1° de la citada norma, modificada por el artículo 1° de la Ley N° 28731, estableció la ampliación de la duración del permiso por lactancia una hora más al día, para el caso de parto múltiple.

En consecuencia, con la finalidad de promover la lactancia materna en el ámbito laboral, se promulgó la Ley N° 29896, la cual dispone, tanto para instituciones del sector público como del privado, la implementación de lactarios institucionales como espacios adecuados y dignos para la extracción y conservación de la leche materna a favor de las mujeres que trabajan y de sus hijos en periodo de lactancia. Dicho dispositivo establece que toda institución en la que laboren más de veinte (20) mujeres en edad fértil, debe contar con un lactario. Es decir, un ambiente acondicionado para que las madres trabajadoras extraigan su leche durante el horario de trabajo.

La preocupación del Estado por tutelar a la familia, estuvo inicialmente restringida a la maternidad de la mujer trabajadora, pues asumió que esa circunstancia era un hecho biológico que entrañaba algunos riesgos, los cuales repercutían en el ámbito laboral, por lo que decidió darle protección. Sin embargo, pronto se asumió la idea de que el padre era también miembro importante en la formación de un niño, más aún de un recién nacido.

El padre que trabaja también tiene derecho a un descanso por el nacimiento de su hijo. Este beneficio es regulado por la Ley N° 29409 y su reglamento, Decreto Supremo N° 014-2010-TR, la cual concede a los trabajadores de la actividad pública y privada, el derecho a ausentarse de su centro de trabajo por un periodo determinado de tiempo, ante el nacimiento de un hijo o hija, con el fin de fortalecer el desarrollo de la familia. El periodo de tiempo que otorgaba esta ley para el goce de esta licencia, era de cuatro (4) días calendarios consecutivos.

Sin embargo, mediante la Ley N° 30807, promulgada el 5 de julio de 2018, se modificó lo dispuesto por el artículo 2° de la Ley N° 29409, y se amplió la licencia de paternidad a diez (10) días calendario consecutivos para los casos de parto natural o cesárea. Asimismo, la norma incorporó supuestos especiales en los que el plazo de la licencia por paternidad se incrementaría, incluso, hasta treinta días calendario.

Por otra parte, el legislador consideró conveniente asimilar a la maternidad/paternidad la adopción de un menor, aunque con importantes diferencias. Es así que la Ley N° 27409, reconoció, tanto al padre como a la madre, el derecho a una licencia laboral por adopción. Este beneficio permite que el trabajador peticionario pueda gozar del derecho a ausentarse de su centro de labores por un periodo de treinta días (30) naturales, siempre que el niño a ser adoptado no tenga más de doce años de edad. La indicada norma establece que, si los trabajadores peticionarios de adopción son cónyuges, el beneficio será tomado por la mujer.

En efecto, se puede afirmar que las normas de nuestro ordenamiento laboral centran básicamente su protección en la mujer; por lo que advertimos que la normativa infraconstitucional se mueve, por el momento, exclusivamente en el ámbito de protección de la madre trabajadora.

En ese sentido, la legislación interna sobre la materia es inorgánica, pues no existe una norma que se ocupe de manera integral de la protección a la familia, sino que el tema es abordado por diversas normas, tal como hemos visto, vinculadas al desarrollo y extinción de la relación laboral (Boza, 2009).

No obstante, es preciso señalar que, “no puede entenderse que el proceso de evolución de las normas laborales sobre protección a la familia esté ya cerrado, ni que se haya alcanzado el nivel óptimo de tutela” (Argüelles, 1998, p. 49). Por ello, con la finalidad de afianzar esta tutela especial, el Estado Peruano ha ratificado diversos instrumentos internacionales como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación, los convenios OIT N°

100 (Convenio sobre igualdad de remuneración), 111 (Convenio sobre la discriminación en el empleo), 156 (Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares) y 183 (Convenio sobre la protección de la maternidad).

La normativa laboral peruana está sujeta a la revisión de las propias normas internacionales y, en este sentido, conforme se realicen reformas o se continúen desarrollando los derechos de la protección familiar, se conducirá a una necesaria adaptación del Derecho del Trabajo, siempre que no atenten contra los principios que inspiran nuestro ordenamiento jurídico.

CAPITULO III: DERECHOS LABORALES VINCULADOS A INTERESES FAMILIARES

Tal como se ha visto en el capítulo precedente, el constituyente peruano otorga una protección especial a cierto grupo de trabajadores en función a determinadas circunstancias relacionadas con su ámbito familiar. A continuación, se realizará el análisis, en particular, de aquellos derechos laborales reconocidos al trabajador o trabajadora para la atención de sus intereses familiares; y determinaremos si nuestro ordenamiento laboral ha adoptado o no, las medidas suficientes para garantizar una adecuada protección y promoción de la familia.

La familia necesita aliados que coadyuven en su fortalecimiento como una unidad basada en el amor y orientada a cumplir sus fines, de modo tal que se le garantice el desarrollo de sus obligaciones, así como el respeto de sus derechos y el de sus miembros. Por ello, el Derecho debe buscar darle una protección especial a través de normas jurídicas que garanticen el cumplimiento mínimo de los derechos y obligaciones de los familiares entre sí (Cornejo, 2000).

En específico, el Derecho del Trabajo deberá incluir fórmulas que, permitan a los trabajadores compatibilizar la atención de determinados intereses familiares con su desarrollo profesional, y garanticen que el espacio de crecimiento familiar se de en la familia, sin que ello suponga un peligro para la estabilidad de su empleo o que el trabajo se convierta en un obstáculo para la realización familiar. “Es necesario proteger el derecho, de quienes integran la familia, a una convivencia diaria, de manera que no tengan que renunciar a ello a causa del exceso de trabajo” (OIT-PNUD, 2009, p 35).

Es importante destacar el papel que han desempeñado las normas internacionales en el reconocimiento de los derechos de la trabajadora y el trabajador vinculados a la tutela de intereses familiares, tanto en su origen como en su posterior evolución. Particularmente, han

tenido una influencia decisiva en este terreno los convenios adoptados en el seno de la OIT³⁸. Dichos convenios son la base esencial a la que se suman los preceptos laborales contenidos en las Declaraciones y los Pactos referidos a derechos humanos.

Así, el Convenio N° 4, sobre el trabajo nocturno (mujeres) emitido el año 1919³⁹; el Convenio N° 45, sobre el trabajo subterráneo (mujeres) emitido el año 1935⁴⁰; el Convenio N° 100, sobre la igualdad de remuneraciones emitido en el año 1951; el Convenio N° 111, sobre la discriminación en el empleo y la ocupación emitido en el año 1958; el Convenio N° 156, sobre los trabajadores con responsabilidades familiares emitido en el año 1981; y el Convenio N° 183, sobre la protección de la maternidad emitido en el año 2000. De los mencionados convenios, han sido ratificados por el Perú y se encuentran actualmente vigentes el Convenio N° 100, 111, 156 y 183⁴¹.

A estos convenios se han sumado otros instrumentos internacionales, a los que se ha hecho referencia en el capítulo I de esta investigación, principalmente la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Hacemos especial mención a la Convención sobre Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDM). En dicha convención existen múltiples disposiciones referidas a la protección de la familia. Unas establecen, en condiciones de igualdad para hombres y mujeres, derechos que facilitan la compatibilidad entre su vida laboral y familiar;

³⁸ La OIT ha sido una de las organizaciones que, desde su fundación, en 1919, ha estado eminentemente comprometida con la promoción de derechos de carácter laboral, específicamente en materia de protección de la mujer y su familia; propiciando también la igualdad entre hombre y mujer. Desde su constitución hasta la fecha se han producido más de 161 convenios sobre materia laboral y seguridad social.

³⁹ Inicialmente ratificado por nuestro país el 8 de noviembre de 1945, fue derogado por decisión de la Conferencia Internacional del Trabajo en el año 2017.

⁴⁰ Fue ratificado por el Perú el 08 de noviembre de 1945; sin embargo, fue denunciado el 09 de junio de 1997, por lo que no está en vigor.

⁴¹ “Las normas internacionales del trabajo definen estándares mínimos a nivel mundial. Su ratificación y posterior adaptación de la legislación nacional es la forma en que los convenios se implementan en los países.” (OIT-PNUD, 2009, p.119)

otras persiguen eliminar conductas empresariales discriminatorias, y algunas otras recogen el compromiso de los Estados partes de adoptar medidas apropiadas para fomentar que en la sociedad se consolide la idea de reparto de las tareas familiares entre hombre y mujer (Argüelles, 1998).

Teniendo en consideración lo que las normas internacionales estipulan, el desarrollo de este capítulo está orientado a desglosar las normas laborales dadas por el legislador al trabajador con cargas familiares para, posteriormente, evaluar si cumplen con ser medidas de protección y fomento de la familia. Por ello, en atención al interés familiar protegido, se agrupan los derechos laborales distinguiéndolos entre los derechos vinculados a la condición biológica de la mujer y los que se establecen para facilitar el cuidado de los hijos. Es preciso señalar que se hará referencia al contexto nacional normativo, destacando de manera particular los dispositivos legales de mayor relevancia que nuestro país ha desarrollado.

En el primer apartado del presente capítulo se exponen los derechos laborales reconocidos a la mujer en relación con su maternidad. Nuestro ordenamiento jurídico reconoce que la maternidad es un hecho biológico que implica ciertos riesgos y repercute tanto en el ámbito laboral, como en el familiar, por lo que opta por proteger la vida y la salud de la madre, así como la del feto o la del hijo. En ese sentido, se han emitido normas destinadas a erradicar la desigualdad de trato, la discriminación; a proteger a la mujer gestante en su puesto de trabajo, contra el despido arbitrario; y a otorgarle un periodo de descanso antes y después del parto.

En el segundo apartado, se hace mención de aquellos derechos reconocidos al trabajador, que le permiten cumplir uno de los fines más importantes de la vida familiar, el de atención y cuidado de los hijos. En aras de salvaguardar el derecho de los padres⁴² a participar en la convivencia familiar y el cuidado de los hijos, así como el derecho de los hijos a recibir

⁴² Utilizamos el término “padres” para referirnos tanto al padre como a la madre.

atención, cuidados y educación, el legislador ha reconocido que existen ciertas circunstancias, relacionadas con el cuidado de un hijo, que justifican, en algunos casos, la reducción de la jornada laboral y en otros, la interrupción de la actividad laboral.

Como bien señala Guevara (2013, p. 202), “la llegada de un hijo a una familia no solo implica cuidado, higiene y alimentación, sino que conlleva a una serie de actividades adicionales, lo que significa que se sigan resolviendo una serie de trabajos encaminados a la limpieza y organización del hogar, la alimentación de la madre, y el resto de la familia, entre otros”.

1. Derechos vinculados a la condición biológica de la mujer

El hecho maternal es un hecho esencial para la vida de la mujer-y para la sociedad en general- que genera conflictos de diversos tipos, y casi siempre con consecuencias negativas para la propia mujer. En el ámbito de su realización personal, se genera el conflicto entre elegir ser madre y desarrollar su actividad profesional. Como señala Marrades (2012), se produce una confrontación entre la función de ser madre y la de ser trabajadora, viéndose a la primera como un peligro para la segunda; por lo que se hace necesario exigir su protección⁴³.

La mujer, desde el momento en que queda embarazada, empieza a sufrir importantes cambios fisiológicos, cambios repentinos que de alguna manera pueden poner en peligro la vida del niño y hasta su propia vida. Nuestro legislador ha reconocido ese estado de fragilidad y pronto entendió la necesidad de adoptar reglas sobre protección del embarazo de la mujer trabajadora, así como sobre el cuidado y recuperación de su salud durante el parto y

⁴³ En la misma línea, Elósegui (2002) señala que “a veces las mujeres se ven abocadas, no siempre como una elección libre, a excluir la maternidad y casarse con el trabajo, o a excluir el trabajo para optar por la maternidad. Si estas opciones son tomadas con libertad no habría nada que objetar, pero no siempre es así. En el primer caso, a la mujer se le ha podido educar siguiendo un modelo de mujer emancipada, según el cual la maternidad es un estorbo en el logro de su éxito profesional. En el segundo caso, (...) muchas mujeres reconocen que no les compensa el estrés de la doble jornada, o no están dispuestas a progresar en la escala profesional si estos horarios profesionales son incompatibles con su vida familiar (pp. 139-140).

las semanas posteriores al mismo⁴⁴. Además, se reconoce que la tutela de la mujer trabajadora se conecta, indiscutiblemente, con la tutela de la familia, por el papel que aquella ha asumido tradicionalmente en la institución familiar.

Las medidas que se adopten para preservar a la mujer embarazada de los riesgos que puedan afectar su maternidad, tienen su presupuesto en el artículo 4° de la CP, anteriormente citado, pues declara que la Comunidad y el Estado protegen especialmente a la madre. Por su parte, el artículo 23° de la CP contribuye al señalar que el trabajo es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre que trabaja. Se trata, por lo tanto, de unas garantías razonables y fundadas en una realidad objetiva.

La CP reconoce en la maternidad un valor social que le es intrínseco, y por ello le impone al Estado la obligación de brindarle una tutela integral, que abarque diversos aspectos y aristas. En tal sentido, la contribución tuitiva que pueda darse a la maternidad, desde el ordenamiento laboral, es sustancial e insoslayable (Rivas, 1999).

La OIT, en las últimas décadas, ha orientado su labor a la promoción de los derechos de la mujer en el trabajo, dando lugar a convenios y recomendaciones internacionales del trabajo destinados a garantizar la igualdad de oportunidades y de trato para los trabajadores y las trabajadoras, en particular el Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares (1981) y al Convenio sobre protección de la maternidad (2000). Por su parte, la Convención de todas formas de eliminación de discriminación contra la mujer (1979)⁴⁵, hace mención particular a la erradicación de estereotipos de género que ocasionan discriminación y desigualdad en el seno familiar, atentando contra los derechos de hombres y mujeres, especialmente de niñas, niños y adolescentes.

⁴⁴ Cabe señalar que dichas reglas, si bien benefician a la mujer trabajadora, no podrán considerarse discriminatorias, en tanto la razón de su especialidad no es, en estricto, el sexo de la trabajadora, sino su condición de madre.

⁴⁵ Suscrita por el Perú en 1982 mediante Resolución Legislativa N° 23432.

El Convenio N° 183, sobre protección de la maternidad⁴⁶, “tiene dos objetivos: defender la salud de las mujeres y sus hijos e hijas durante el embarazo y la lactancia y, al mismo tiempo, protegerlas de la discriminación laboral que pueda afectarlas por su condición de madres” (OIT-PUND, 2009, p. 25). A su vez, dicho convenio “considera que la protección del embarazo es una responsabilidad compartida de gobierno y sociedad, compuesto por cinco componentes: licencia de maternidad, protección del empleo, prestaciones pecuniarias y médicas, protección de la salud y la lactancia” (OIT-PUND, 2009, p. 26).

En el Derecho Comparado se le proporciona una protección muy similar a la mujer, durante su embarazo, en el parto y el post parto. Son diversos los países que, debido a la influencia de los convenios de la OIT, han establecido en su derecho interno, el reconocimiento de determinados derechos para el trabajador, para facilitar e impulsar la atención de sus compromisos familiares. Dentro de ese reconocimiento destacan, los derechos reconocidos a la mujer trabajadora en atención a su potencial condición de madre⁴⁷.

A continuación, se desarrollan los derechos de mayor relevancia que ha reconocido nuestro legislador a la mujer trabajadora en atención a su condición de madre, no sin antes destacar que se pueden distinguir dos tipos de medidas jurídico-laborales dirigidas a la protección de la maternidad: las que protegen la salud de la madre, del feto y del hijo, durante el embarazo, parto y lactancia y las que garantizan el principio de igualdad, impidiendo que la maternidad tenga efectos discriminatorios para la mujer trabajadora.

⁴⁶ Aprobado por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 30312 y ratificado mediante Decreto Supremo N° 012-2016-RE.

⁴⁷ Es preciso indicar que, pese a tener una protección similar, legislativa y jurisprudencialmente, diversos países han adoptado diversas medidas y posturas a favor de la maternidad, desarrollando distintas instituciones. Por ejemplo, frente a la situación de discriminación de la mujer por razón de su embarazo, al ser despedida de su centro de trabajo, en el Derecho Comparado encontramos distintas instituciones para su protección. El llamado “fuero de maternidad” en Colombia, la inamovilidad laboral en Bolivia, y la calificación de nulidad objetiva del despido en España (Quispe, 2013).

1.1. Adaptación de las condiciones y lugar de trabajo

La madre trabajadora es especialmente protegida en su lugar de trabajo, esto con base en el en el principio protector que rige la legislación laboral, por el cual el Estado y los empleadores deben asegurar condiciones de trabajo dignas a los trabajadores, que les garanticen un estado de vida saludable, física, mental y socialmente, en forma continua.

La Ley N° 29873, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, ha incluido dentro de su capítulo I, sobre derechos y obligaciones de los empleadores, un par de preceptos destinados a colectivos específicos de trabajadores, en atención a la necesidad de proporcionarles una tutela particular. Así, el artículo 66° de la citada ley dispone que el empleador deberá implementar las medidas necesarias para evitar la exposición de las trabajadoras en período de embarazo o lactancia a labores peligrosas, y reconoce su derecho a ser transferidas a otro puesto que no implique riesgo para su salud integral.

Por su parte, el artículo 100° del DS N° 005-2012-TR, Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, complementando lo establecido por el artículo 66° de la ley, señala que “las medidas adoptadas deben mantenerse o modificarse para garantizar la protección de la trabajadora o del recién nacido durante el periodo de lactancia, al menos hasta el año posterior al parto”.

En efecto, se le reconoce a la madre trabajadora el derecho a no realizar labores que pongan en riesgo su salud y/o el desarrollo normal del embrión y el feto. La Ley N° 28048 y su reglamento, aprobado por DS N° 009-2004-TR, desarrollan el derecho indicado, y brindan una protección a favor de la mujer gestante, estableciendo la obligación de los empleadores de realizar cambios en las labores que desarrolla la trabajadora cuando estas pongan en riesgo su salud o la del concebido, y sin que ello suponga la afectación de sus derechos laborales.

En tal sentido, el empleador, como punto de partida, debe realizar una evaluación de los riesgos existentes para la planificación de la acción preventiva. Dicha evaluación debe

comprender la determinación de la naturaleza, grado y duración de la exposición, los valores límites permitidos y los posibles efectos en las trabajadoras. Luego de ello, poner en conocimiento de los trabajadores el resultado de tal evaluación⁴⁸.

Es preciso destacar que la evaluación realizada por el empleador, a la que hace referencia el artículo 4° del DS N° 009-2004-TR, tiene carácter general y abstracto, ya que pretende determinar los riesgos objetivables, esto es “los riesgos por exposición a agentes físicos, químicos, biológicos, ergonómicos y psicosociales, procedimientos o condiciones de trabajo” que puedan afectar la salud de la gestante y el concebido. Sin embargo, ello no excluye que el empleador pueda considerar, *a posteriori*, las circunstancias personales de cada trabajadora embarazada, de parto reciente o en periodo de lactancia, o lo que podríamos llamar los riesgos subjetivos (Moreno & Romero, 2000).

Por ello, el artículo 2° del mismo Decreto Supremo identifica dos circunstancias que pueden ser susceptibles de poner en riesgo la salud de la mujer gestante: los riesgos generados por las condiciones de trabajo o los riesgos derivados de cambios fisiológicos en la gestante. El primer caso se presenta cuando existe una exposición a diversos agentes (físicos, químicos, biológicos, ergonómicos, psicosociales), procedimientos o condiciones de trabajo peligrosos debido al lugar donde se desarrollan las labores del puesto de trabajo; o ante la manipulación de sustancias peligrosas necesarias para el desarrollo de las labores propias del cargo. El segundo caso se presenta cuando existe un deterioro de la salud de la gestante, que unido al embarazo, le impiden realizar labores propias de su puesto de trabajo, o cuando el deterioro de la salud se produce como consecuencia del estado de gestación.⁴⁹

⁴⁸ De acuerdo a lo establecido por la norma que regula este derecho, el empleador estará obligado a repetir la evaluación cada vez que se presente un cambio en las condiciones de trabajo, que puedan implicar una exposición de las trabajadoras.

⁴⁹ En el caso que se presente alguno de los riesgos descritos, ya sea al inicio o durante el periodo de gestación, la trabajadora podrá ejercer su derecho presentando su solicitud ante el empleador, acompañada, para tal fin, del certificado médico respectivo. Si se trata de un riesgo generado por las condiciones de trabajo, el certificado deberá señalar que la mujer está embarazada y el tiempo de gestación. Si el riesgo derivara de cambios fisiológicos de la gestante, además, deberá señalar las labores que está impedida de realizar y el tiempo de restricción (Artículo 7° del Decreto Supremo N° 009-2004-TR).

La evaluación de los riesgos desencadenará la adopción de medidas por parte del empleador cuando sus resultados revelen un riesgo para la seguridad y salud de la trabajadora. Las medidas que recoge el artículo 9° de la norma van encaminadas a evitar la exposición de las trabajadoras a los riesgos observados en la evaluación y pueden ser: i) la adaptación de las condiciones de trabajo, es decir cambios en la manera de realizar las mismas labores sin cambio de puesto de trabajo; ii) el cambio del puesto de trabajo a un puesto de la misma categoría ocupacional; y iii) el cambio de puesto de trabajo a una categoría ocupacional distinta, inferior o superior.

En cualquier caso, sea cual sea la medida adoptada por el empleador, la trabajadora no perderá los derechos laborales, económicos, profesionales de su puesto de origen. En el caso que sea asignada a un puesto de categoría inferior, además mantendrá los derechos que dependen del cargo. En el caso que se le asigne un puesto de trabajo de categoría superior, además recibirá los montos adicionales que correspondan al nuevo puesto, durante el tiempo que permanezca en el cargo (Artículo 10° del Decreto Supremo N° 009-2004-TR). Dichas medidas son temporales, pues se mantendrán mientras persista el riesgo o se produzca el parto, pudiendo extenderse, por pacto individual o convenio colectivo, hasta que concluya el periodo de lactancia (Artículo 3° del Decreto Supremo N° 009-2004-TR).

Por lo tanto, “la adopción de unas u otras medidas depende del alcance de los riesgos, de las circunstancias personales de la trabajadora y de la capacidad organizativa de la empresa, siendo en todo caso obligatorias, ya que se imponen al empresario cuando la evaluación refleja la posibilidad de riesgos para la trabajadora, y temporales porque su existencia está ligada a una situación transitoria” (Moreno & Romero, 2000, p. 45).

En el ámbito internacional, el Convenio N° 183 de la OIT, sobre protección de la maternidad, establece en su artículo 3° que el Estado Miembro “deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar que no se obligue a las mujeres embarazadas o lactantes a

desempeñar un trabajo que haya sido determinado por la autoridad competente como perjudicial para su salud o la de su hijo, o respecto del cual se haya establecido mediante evaluación que conlleva un riesgo significativo para la salud de la madre o del hijo”.

Con el reconocimiento de este derecho, se vela también por la vida e integridad del *nasciturus*. Por decirlo de un modo más simple, cuidando a la madre, cuidamos al hijo. Adaptar las actividades para ponerlas en armonía con su condición de madre, puede reducir los peligros específicos para su salud, incrementar las posibilidades de un feliz resultado del embarazo y poner las bases de un crecimiento saludable del niño. Por lo tanto, al proteger la integridad física de la trabajadora se garantiza la protección física del embrión o del feto, evitando la posible transmisión de enfermedades o el efecto de lesiones físicas que pudiera recibir la madre y que repercutan sobre su hijo (Argüelles, 1998).

Con la emisión de la Ley N° 28048 y su reglamento, se puso de manifiesto la preocupación del legislador por proteger la salud de la mujer trabajadora y su hijo, “concibiendo así la maternidad como un hecho biológico que al ponerse en relación con el trabajo puede comportar ciertos riesgos, pero al mismo tiempo, también con esta norma, se intenta compatibilizar la maternidad con el desarrollo profesional de la trabajadora” (Moreno & Romero, 2000, p.10).

1.2. Protección contra el despido arbitrario

Teniendo en cuenta la protección que otorga el texto constitucional a la mujer trabajadora, resultan proscritas todas aquellas conductas que afecten sus derechos, entre las que cabe resaltar, el despido por razón de embarazo. El despido de una mujer gestante o bajo los efectos posteriores al parto, adquiere mayor rechazo para el ordenamiento jurídico, pues afecta a una persona que se encuentra en una situación de especial riesgo y que necesita con mayor intensidad el permanecer en el empleo. (Arévalo, 2016).

Como se ha venido señalando, la posición de la trabajadora en la relación laboral es más vulnerable que la del trabajador, precisamente por la repercusión que tiene su maternidad sobre el trabajo. Con cierta frecuencia, el embarazo se convierte en el motivo que determina el cese de la relación laboral; ello debido a que el empleador teme las consecuencias sobre el trabajo y el costo que le puede acarrear un potencial embarazo de una trabajadora.

El legislador peruano le otorga a la madre trabajadora una tutela especial en el caso de la extinción de la relación laboral. El T.U.O. del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, recoge como un supuesto de despido nulo el motivado en el embarazo de la trabajadora. La indicada norma establece la presunción de nulidad del despido si el empleador no acredita la causa justa del mismo, siempre y cuando la trabajadora hubiese comunicado a su empleador de su estado de gravidez, previamente al despido (artículo 29° literal e).

La Ley N° 30367, promulgada el 25 de noviembre de 2015, amplía la protección que brinda el literal e) del artículo 29° de la LPCL, estableciendo que también será nulo el despido que tenga por motivo el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia. El ámbito de protección prenatal, previsto por la norma indicada, mantiene la protección establecida en la LPCL para la mujer embarazada, durante todo el periodo de gestación. En cuanto al ámbito de protección postnatal, la ley sanciona con nulidad el despido que tenga por motivo el nacimiento y sus consecuencias o incluso la lactancia (Arévalo, 2016).

Es preciso mencionar, respecto a la exigencia de comunicar el embarazo al empleador, lo dispuesto por la Corte Suprema en la Casación N° 275-2005-Arequipa⁵⁰, que refiere que la finalidad de tal exigencia era evitar despidos arbitrarios a mujeres gestantes que no evidenciaban su real situación especial, siendo necesario que se requiera como requisito *sine qua non* la comunicación al empleador. Sin embargo, “(...) distinta es la situación cuando el

⁵⁰ Criterio similar se ha mantenido en la Casación N° 2213-2006-La libertad.

estado de gestación es evidente por el desarrollo del feto, resultando razonable entender que la madre trabajadora se encuentra igualmente protegida frente a despidos (...)”.

Ello quiere decir que la notificación del embarazo sirve para hacer de conocimiento del empleador el estado de gestación de la trabajadora cuando este no sea evidente. En tal sentido, resultaría poco razonable que el empleador alegue desconocimiento del estado de gravidez de la trabajadora cuando a simple vista es posible reconocer su estado. Lo que lleva a entender que, tal notificación será inexigible cuando el estado de la trabajadora sea evidente (Quispe y Mesinas, 2009).

Esta protección contra el despido se ha visto reforzada con la emisión de la Sentencia del Expediente N° 05652-2007-PA/TC, que prohibió el despido laboral de toda mujer embarazada, así como la negativa a contratarla por su estado de gestación, como una manera de garantizar y proteger su derecho frente a la discriminación por razones de sexo en el ámbito laboral. El Tribunal Constitucional ha precisado que “el despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo, como también lo es la negativa a contratar a una mujer embarazada, o cuando una trabajadora percibe una remuneración inferior al de un trabajador por un mismo trabajo” (Fundamento 52)⁵¹.

El Convenio N° 183 de la OIT, en virtud de lo dispuesto por el artículo 8°, protege a la madre trabajadora en estado de gestación prohibiendo su despido mientras dure el periodo de licencia por maternidad, por enfermedad o complicaciones como consecuencia del embarazo o después de su reincorporación a su puesto de trabajo⁵². Asimismo, el Convenio N° 158 de la

⁵¹ “Las decisiones extintivas basadas en el embarazo, al afectar exclusivamente a la mujer, constituye, indudablemente, una discriminación por razón de sexo proscrita por el inciso 2 del artículo 2° de la Constitución Política” (Fundamento 50 STC Exp. N° 05652-2007-PA/TC).

⁵² Artículo 8

1. Se prohíbe al empleador que despidiera 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

OIT, ha establecido en el literal d) del artículo 5° que “el embarazo no constituirá causa justificada para la terminación de la relación de trabajo”. Por su parte, el artículo 11° inciso 2 de la CEDM establece que la mujer debe estar protegida en el trabajo frente a la discriminación basada en la maternidad⁵³.

Por tanto, la seguridad y tranquilidad de la trabajadora, respecto a su permanencia en el empleo, se transforman en claros beneficios tanto para el empleador como para la trabajadora, ya que contribuye a generar un adecuado ambiente de trabajo y, por ende, mayores posibilidades de alcanzar un mejor nivel de producción (González, 2013). A su vez, tal seguridad redundará en el desarrollo personal y familiar de la trabajadora.⁵⁴

1.3. Licencia por maternidad

No es posible negar los cambios fisiológicos que implica para una mujer la maternidad. El embarazo y el parto son dos situaciones que pueden generar riesgos en la salud de la trabajadora y en la de su hijo, y, por ello, a fin de brindarle una protección, es necesario que se le reconozca a aquella el derecho a un periodo de descanso, antes y después del nacimiento, con garantías de reincorporación a su centro de labores, así como de que dispondrá de recursos económicos que le permitan hacer frente a sus gastos familiares (Argüelles, 1998).

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.

⁵³ Artículo 11

(...)

2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:

a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil;

(...)

⁵⁴ Como diría Ruiz (2013, p.36), “la represión de la maternidad genera entre las mujeres el ocultamiento del embarazo. Esto crea en ellas una sensación de miedo e inseguridad, la pena por no poder conseguir recursos cuando más lo necesita, la “culpa” por ser madre, por “ser mujer”. Esta situación lleva muchas veces a las trabajadoras a asumir su embarazo a cuenta y riesgo de ellas solas, poniendo en peligro sus vidas y las de sus bebés” y porque no decirlo, afectando su entorno familiar.

El artículo 12° de la LPCL señala que el contrato de trabajo puede suspenderse por maternidad de la mujer trabajadora, durante el descanso pre y post natal, norma que encuentra su fundamento, como ya se señaló, en la delicada situación fisiológica en que, con ocasión del parto, se coloca tanto al hijo como a la madre. “La suspensión del contrato de trabajo por causa de embarazo o de parto es uno de los supuestos en los que la interrupción de la ejecución del contrato tiene como origen circunstancias relativas a la persona del trabajador” (Rivas, 1999, p. 68).

La Ley N° 26644, modificada por el artículo 1° de la Ley N° 30367, es la que precisa el goce del derecho a descanso pre y post natal de la trabajadora gestante, definiendo este beneficio como el derecho de la trabajadora que le permite gozar de noventa y ocho (98) días naturales de descanso distribuido en un periodo de cuarenta y nueve (49) días de descanso pre natal y cuarenta y nueve días (49) de descanso post natal. Asimismo, estipula que, en el caso de parto múltiple o nacimiento de niños con discapacidad, el descanso post natal se extiende por treinta (30) días naturales adicionales.

No obstante, la trabajadora puede optar por diferir en todo o en parte el goce del descanso prenatal, en cuyo caso el número de días naturales diferidos se acumulará al periodo de descanso postnatal. En este caso, al momento de presentar su solicitud ante su empleador, la trabajadora deberá presentar el informe médico correspondiente que certifique que la postergación del descanso no afectará su salud o la del concebido (Artículo 5° del DS N° 005-2011-TR).

De ese modo, nuestro ordenamiento se alinea a lo dispuesto por el Convenio N° 183 de la OIT, sobre protección de la maternidad, ratificado por el Perú, el cual exige a los estados miembros que concedan una licencia de al menos catorce semanas, seis de las cuales debe tomarse inmediatamente después del parto. En ese periodo la madre no puede trabajar y lo que se busca es no presionarla, puesto que, de lo contrario, puede ser perjudicial para su salud

y la de su hijo.

Los derechos de descanso pre y post parto, son irrenunciables y no pueden ser compensados ni sustituidos por otros. La finalidad de su reconocimiento es garantizar la salud de la trabajadora y la del feto o del recién nacido, brindándole a la gestante tranquilidad y bienestar para la preparación próxima al parto sin que se ponga en riesgo su vida o la de su hijo, e impidiendo que el regreso prematuro al trabajo por parte de la madre trabajadora, luego del parto, la perjudique a ella, al niño o a ambos.

Es cierto que el objetivo perseguido por el legislador es, por un lado, facilitar el restablecimiento de la salud de la madre tras el parto⁵⁵, pero también lo es, por el otro, facilitar el primer contacto de la madre con su hijo y el conocimiento mutuo, destacando la necesaria atención personal que requiere el bebé, - como señala Rivas (1999)- “más directa durante los primeros días de vida, en los cuales el seguimiento de su evolución ha de ser más exhaustivo, por su mayor exposición a riesgos que atentan contra su salud, dada su especial vulnerabilidad física” (p. 73).

Es evidente que este derecho reconocido a la mujer trabajadora, también protege al concebido o recién nacido. El concebido tiene derecho a que la madre descanse antes y después del parto. En ese sentido, se puede afirmar que es un derecho del concebido que le brinden los cuidados necesarios para su normal desarrollo. Ello nos lleva a afirmar que el hecho biológico de la maternidad “trasciende de la propia persona del trabajador hasta un tercero, el menor, cuya especial fragilidad lo hace digno de tutela por parte del Derecho” (Rivas, 1999, p. 67).

Al respecto, Guevara (2013) agrega que la licencia de maternidad no solo está orientada a preservar la salud de la madre y el cuidado del recién nacido, sino que además “busca ofrecer seguridad laboral; es decir evitar despidos, proteger la discriminación,

⁵⁵ En palabras de Blasco (2003), el periodo de descanso posterior al parto es un periodo de recuperación que se le otorga a la madre trabajadora con el fin de que alcance “un completo estado de bienestar físico y psíquico que le permita la reincorporación a su puesto de trabajo” (p. 96).

garantizar que reanude sus labores, mantener su salario y los beneficios durante la maternidad” (p. 199).

En el ámbito internacional, son diversos los instrumentos que se pronuncian respecto al cuidado especial y la atención que debe recibir la mujer en etapa de embarazo. La DUDH en su artículo 25.2 reconoce que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencias especiales”. Del mismo modo, la DADDH en su artículo 7º establece que “toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a la protección, cuidado y ayudas especiales”. El PIDSSC reconoce el derecho a la protección de la maternidad al señalar, en su artículo 10.2, que “se debe conceder especial protección a las madres durante un periodo de tiempo razonables antes y después del parto”.

Por su parte, la CEDM, señala en su artículo 10º que los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para “implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo (...)”. Asimismo, establece que “los estados partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el periodo posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia (Artículo 12º).

Pues bien, es innegable que la maternidad constituye un bien social de enorme importancia. Por ello, el tratamiento que se le brinda a nivel internacional es uniforme, en tanto conlleva a una suspensión del contrato laboral. Así, el embarazo y el parto son, pues, los hechos que dan lugar al nacimiento de esta especial situación contractual en la que trabajadora tiene el “beneficio” de no tener que realizar sus obligaciones laborales recibiendo a cambio, no un salario, pero sí una prestación de la seguridad social.⁵⁶

⁵⁶ Según el artículo 16º del Reglamento del D.S. N° 009-97-SA Reglamento de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, modificado a través del D.S. N° 002-2016-TR que adecua las normas reglamentarias que regulan el descanso por maternidad y el pago del subsidio por maternidad a las disposiciones de la Ley N° 30367, “el subsidio por maternidad se otorga en dinero con el objeto de resarcir el

En definitiva, la licencia de maternidad es uno de los mecanismos más tradicionales de los dispuestos por el legislador para facilitar la protección laboral de la mujer ante la realidad biológica del nacimiento de un hijo; configurándose como un derecho a disponer de un tiempo de descanso que permita el cuidado y establecimiento de una relación familiar con el hijo recién nacido, así como los cuidados físicos de la mujer que va a dar o ha dado a luz.

De lo expuesto en este primer apartado, sin duda, se puede concluir que la preocupación de nuestro ordenamiento jurídico por la protección del trabajo de la mujer, y en especial, durante la situación de maternidad, se ha manifestado de forma reiterada, como lo demuestra la regulación existente⁵⁷. El legislador ha reconocido derechos laborales que, en la medida que garantizan la viabilidad de la gestación y el nacimiento de un hijo sano, protegen, en cierto modo, la propia vida familiar.

Sin embargo, en nuestra opinión, el bien jurídico protegido no debe centrarse únicamente en la salud de la madre y el concebido, sino que debe comprender a la familia. Si bien es cierto, el rol que desempeña la mujer en el entorno familiar es primordial y al brindarle protección a ella y su bebé, se protege en parte a la familia, es cierto también que la protección de la mujer es diferente del de la familia. Sobre esta cuestión profundizaremos en el siguiente capítulo.

2. Derechos vinculados al cuidado de los hijos

En el apartado anterior, se centró la atención en destacar la protección laboral que recibe la trabajadora en virtud de su maternidad, cualidad inherente a su condición biológica de mujer y que, por tanto, la hace acreedora de derechos. Si bien, la protección que se le

lucro cesante como consecuencia del alumbramiento y de las necesidades de cuidado del recién nacido. Se otorga por noventa y ocho (98) días, pudiendo éstos distribuirse en los períodos inmediatamente anteriores o posteriores al parto, conforme lo elija la madre, con la condición de que durante esos períodos no realice trabajo remunerado. El subsidio por maternidad se extenderá por treinta (30) días adicionales en casos de nacimiento múltiple o nacimiento de niños con discapacidad.”

⁵⁷ La misma opinión sostiene Alva (2013) al señalar que “contamos con diversa legislación abarcando todos los ámbitos respecto a esta etapa tan delicada por la que atraviesan las trabajadoras gestantes, para aminorar el impacto que este nuevo periodo pueda tener sobre su vida laboral” (p. 117).

brinda a la mujer se extiende también al concebido o al menor recién nacido, lo cierto es que nuestro ordenamiento jurídico ha incorporado también derechos del trabajador y la trabajadora establecidos, específicamente, para facilitar el cuidado y la alimentación del niño, garantizándole un crecimiento y desarrollo adecuado durante sus primeros meses de vida.

De ese modo, el bien jurídico protegido a través de aquellos derechos es el menor y su adecuada atención. Tal reconocimiento encuentra su fundamento en el artículo 4° de la CP, que dispone una protección especial para el niño y el adolescente. Por ello, el Código de los Niños y de los Adolescentes precisa, en su artículo 8°, que el niño tiene derecho a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de su familia, destacando la obligación que tienen los padres de velar porque “sus hijos reciban los cuidados necesarios para su adecuado desarrollo integral”.

Los artículos 234° y 235° del Código Civil, cuyo Libro III recoge las normas de Derecho de Familia, consagran el concepto del matrimonio y regulan los derechos y deberes de los cónyuges, de los padres y de los hijos. Para el primero de los artículos citados “el matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella (...) a fin de hacer vida en común”, señalando además que “el marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales”. Asimismo, el artículo 235°, señala que “los padres están obligados a proveer el sostenimiento, protección, educación y formación de sus hijos menores según su situación y posibilidades” en tanto que “todos los hijos tienen iguales derechos”.

Interesa hacer referencia, también, al artículo 6° de la Política Nacional de la Población, que tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables; que ella reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir que, en tal sentido, es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos; y que los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres.

En el plano internacional, la Declaración de los Derechos del Niño, en su Preámbulo, establece que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, tanto antes como después del nacimiento. Por su parte, el artículo 3° de la Convención de los Derechos del Niño señala la obligación de los Estados de asegurar al niño “la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley (...)”.

La OIT, a través de su Convenio N° 156⁵⁸, sobre trabajadores con responsabilidades familiares, reconoce los problemas y necesidades particulares que enfrentan los trabajadores con responsabilidades hacia los hijos a su cargo, por lo que plantea a los Estados adoptar medidas que tomen en cuenta “las necesidades de este grupo de trabajadores, y el desarrollo de servicios comunitarios, públicos y privados de asistencia a la infancia y a las familias” (OIT-PNUD, 2009, p. 27). Asimismo, reconoce que tanto el hombre como la mujer son responsables de sus hijos y, por lo mismo, propone que ambos puedan hacer uso de una licencia parental posterior a la licencia de maternidad.

En tal sentido, se reconoce una doble dimensión de estos derechos, en tanto garantizan, por un lado, que los padres puedan ejercer su maternidad y paternidad, facilitando el cuidado de los hijos durante sus primeros meses de vida; y, por otro, el bienestar y salud del menor, procurando el pleno desarrollo de sus capacidades físicas y mentales.

Es preciso destacar que el deber de cuidado no se limita al sostenimiento económico del niño o a la satisfacción de sus necesidades materiales, como sería el procurarle alimentación, vestimenta y educación; sino que también implica la construcción de una comunidad de afecto y amor, en la que se procure la enseñanza y la transmisión de valores. Así lo reconoce la Declaración de los Derechos del Niño, en cuyo principio N° 6 señala lo siguiente:

⁵⁸ Adoptado por el Perú en el año 1986 mediante la Resolución Legislativa N° 24508.

El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre (...).

La familia se convierte así, en el entorno ideal para que se despliegue la protección integral que el niño necesita, garantizando para él, un desarrollo pleno y armonioso de su personalidad. Como señala Varsi (2011), “la familia es el espacio privilegiado para que sus miembros puedan dar y recibir afecto, logrando así el equilibrio emocional que necesitan, para alcanzar su propio desarrollo como personas y actuar en la sociedad como miembros útiles de ella” (p. 23).

2.1. Permiso por lactancia

Es preciso señalar que, se ha considerado desarrollar el derecho a la lactancia como parte del segundo apartado, puesto que, se es de la opinión que el objetivo del legislador al regular este derecho es garantizar que el menor reciba los cuidados adecuados durante sus primeros meses de vida, cuya formación y crecimiento son primordiales, siendo la principal, el de recibir de la madre.

La lactancia materna es la forma ideal de aportar a los recién nacidos los nutrientes que necesitan para un crecimiento y desarrollo saludables. La Organización Mundial de la Salud (2018) indica que “la lactancia materna es la forma más adecuada y natural de proporcionar aporte nutricional, inmunológico y emocional al bebé, ya que le aporta todos los nutrientes y anticuerpos que lo mantendrán sano, sin olvidar que le permitirá crear un lazo afectivo con la madre”. La lactancia materna es de suma y vital importancia para el conveniente desarrollo del nacido (Sánchez y Gonzáles, 2016).

La gran importancia que tiene la lactancia, y el porqué de su regulación como un derecho, deriva de las ventajas que proporciona a la salud de las madres y particularmente a la nutrición de los niños. Se puede decir que es, a la vez, expresión de dos derechos reconocidos ampliamente en instrumentos internacionales: 1) el derecho de las madres a una salud óptima y a contar con las condiciones necesarias para el ejercicio de una maternidad adecuada, y 2) el derecho del niño en sus primeros meses de vida a una alimentación que garantice el pleno desarrollo de sus capacidades físicas y mentales.

Al respecto, Pacheco (2003, p. 16) señala:

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 época.

Uno de los principales derechos que tienen los niños cuando nacen es el de una nutrición adecuada. Por eso, la Convención Internacional por los Derechos del Niño contempla la lactancia materna como uno de sus derechos más importantes. El Código de los Niños y Adolescentes ha establecido el derecho de todo niño a la salud integral mediante políticas que favorezcan su pleno desarrollo físico y mental. Asimismo, establece que se debe otorgar atención especial a la adolescente madre y garantizar la lactancia materna y los centros de cuidado diurno (Artículos 1º y 2º).

Por ello, la mujer trabajadora, además de tener derecho a su licencia de maternidad, una vez terminada esta, y estando reincorporada en su centro de trabajo, tiene derecho a que se le conceda un permiso especial durante el día para dar de lactar a su hijo. Se trata de un derecho a ausentarse de su puesto de trabajo con el objetivo de prestar la atención y el cuidado necesario al menor recién nacido.

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales estableció en su artículo 6° párrafo 2 y en el artículo 15° .3 literal b) que los Estados partes se comprometen a ejecutar y fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo; así como brindar una adecuada protección al grupo familiar y en especial garantizar a los niños una adecuada alimentación, en tanto en la época de lactancia como durante la edad escolar.

La Ley N° 27240, modificada por el artículo 1° de la Ley N° 28731, prevé que la madre trabajadora, al término del periodo post natal, tenga derecho a una hora diaria de permiso por la lactancia materna, hasta que su hijo tenga un año de edad. Asimismo, la norma establece que, en caso de parto múltiple, el permiso se incrementará una hora más al día. Este permiso podrá ser fraccionado en dos tiempos iguales y será otorgado dentro de la jornada laboral. La madre trabajadora y su empleador podrán convenir el horario en que se ejercerá el derecho. La hora se considerará como efectivamente trabajada para todo efecto legal.

El legislador ha establecido que este derecho no podrá ser compensado ni sustituido por ningún otro beneficio. Se considera que este tiempo que se le otorga a la madre trabajadora es importante, no solo para alimentar a los niños sino para estrechar sus vínculos familiares, y, fortalecer las relaciones paterno-filiales, tan importante en la estabilidad de las personas.

2.2. Implementación de lactarios en el centro de trabajo

La lactancia, en cuanto hecho biológico, genera para la mujer trabajadora ciertas implicancias en su lugar de trabajo, puesto que, cada determinado periodo de tiempo, se ve en la necesidad de extraer de su seno la leche materna; lo que en algunos entornos laborales puede no resultarle cómodo ni agradable. Con el fin de promover la lactancia materna en el

centro de trabajo y brindar facilidades a la trabajadora para la extracción de la leche, se emitió la Ley N° 29896, que regula la implementación de lactarios en las instituciones del Sector Público y el Sector Privado.

Con la emisión de dicha norma, se estableció la obligación de los empleadores públicos y privados de implementar un ambiente especialmente acondicionado y digno para que las madres trabajadoras extraigan su leche materna durante el horario de trabajo, de manera que se asegure su adecuada conservación. Esta obligación existe siempre y que el empleador cuente con 20 o más trabajadoras en edad fértil; por lo que en los casos en que el empleador tenga menos de dicho número, la implementación será facultativa. Se considera en edad fértil a las mujeres que se encuentran entre los 15 a 49 años de edad.

Esta medida adoptada por el legislador tiene su razón de ser en lo dispuesto por el Reglamento de Alimentación Infantil, aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-2006-SA, cuyo objetivo es lograr una eficiente atención y cuidado de la alimentación de los niños y las niñas hasta los veinticuatro meses de edad, mediante acciones de promoción, protección y apoyo de la lactancia materna y orientación de prácticas adecuadas de alimentación complementaria⁵⁹.

Asimismo, el artículo 1° y el artículo 2° incisos c) y n) de la Ley N° 28542, Ley de Fortalecimiento de la Familia, establecen que, con el objeto de promover y fortalecer el desarrollo de la familia como fundamento de la sociedad y espacio fundamental para el desarrollo integral del ser humano, el Estado, entre otras políticas y acciones, promocionará las responsabilidades familiares compartidas entre el padre y la madre y promoverá el establecimiento de servicios de cuidado infantil en los centros laborales públicos y privados.

En virtud de ello, a través del Decreto Supremo N° 001-2016-MIMP, que estableció disposiciones complementarias a la Ley N° 29896, el legislador determinó las características

⁵⁹ De conformidad con los artículos 14° y 18° del Reglamento de Alimentación Infantil, las políticas de salud pública promueven la lactancia materna exclusiva hasta los seis meses de edad y la lactancia materna con alimentación complementaria hasta los dos años de edad.

mínimas que debe tener el lactario para garantizar privacidad, comodidad e higiene a la madre trabajadora, indicando que este debe ser un “ambiente apropiadamente implementado para la extracción y conservación adecuada de la leche materna durante el horario de trabajo”; asimismo, deberá ubicarse en “un lugar alejado de áreas peligrosas, contaminadas u otras que impliquen riesgo para la salud e integridad de las personas”. La norma precisa la frecuencia y el tiempo de uso del servicio, entre otros.

Respecto al uso del lactario, este debe darse dentro del horario del trabajo y no podrá ser inferior a una hora por día. La frecuencia y oportunidad del uso del lactario serán determinadas por la madre trabajadora, observando el tiempo de uso vigente en la entidad empleadora. Asimismo, la ley destaca que el goce del permiso de la hora de lactancia es independiente del tiempo de uso del lactario que requieran las beneficiarias de dicho servicio.

Sobre este punto, se considera un gran acierto del legislador haber dejado sentado expresamente que el uso del lactario no menoscaba el derecho del trabajador a ausentarse del centro de labores una hora al día por la lactancia. Ello, debido a que la finalidad de ambos derechos es distinta. Si bien, con la implementación de este servicio se busca promover la lactancia materna- en tanto hecho natural- en el entorno laboral, lo cierto es que hay una realidad biológica y fisiológica que no se puede desconocer y es que el seno de la mujer produce grandes cantidades de leche. No extraer la leche puede ocasionar dolor, picazón y a veces, poner en riesgo la salud de la madre.

A su vez, en su artículo 8º, el Decreto Supremo N° 001-2016-MIMP incorpora siete acciones específicas que deberá contemplar el empleador para lograr el funcionamiento óptimo del servicio del lactario. Estas acciones están referidas por la norma como las cualidades que facilitan el desarrollo del servicio “a través de la promoción del servicio de lactario, la difusión de los beneficios de la lactancia materna, y la información o capacitación

a favor de las usuarias, el personal y directivos o funcionarios de la institución pública o privada”.

De todas esas cualidades, destacamos particularmente dos, la referida a la “promoción, información y/o capacitación sobre los beneficios de la lactancia materna”, utilizando estrategias de sostenibilidad y la que establece “elaboración de directivas internas o reglamentos internos para regular la implementación, mantenimiento, uso y acceso al servicio de lactario”. Por lo que esta implementación del servicio de lactario va más allá de la mera “construcción” o “adecuación” de un espacio para que la madre trabajadora extraiga su leche.

Mendoza (2016) cuestiona que existen algunos aspectos de la regulación del servicio de lactarios que resultan de difícil implementación para algunas empresas⁶⁰; no obstante, destaca que las ventajas de esta política se harán evidentes a largo plazo. En su opinión, “la mejora del clima laboral y fidelización de las trabajadoras son resultados esperables que pueden impactar positivamente en la productividad” (p. 113).

Ryan y Martínez (1989) citados por Corry & Cutler (2012, p. 64), refiriéndose a la experiencia de los trabajadores en Estados Unidos, señalan que:

Los beneficios de la lactancia materna para la salud no se limitan tan solo al niño. Un estudio reciente muestra que la mejora de la salud del niño mediante la lactancia materna tiene un efecto directo sobre la productividad del trabajador. Cuando los niños están más sanos, el número de días de trabajo que los padres pierden por tener que atender las enfermedades de sus hijos es significativamente menor.

De este modo, el Estado busca promover, en todos sectores de la sociedad, la lactancia materna, y, fundamentalmente, atender al interés superior del niño. Pues, como señala

⁶⁰ “Pareciera que estas normas se han formulado teniendo en cuenta la realidad de la gran empresa o, cuando menos, de la mediana; que su confección se ha planificado específicamente para el sector formal de la economía; y, además que está pensada para centros de trabajo edificados en espacios amplios” (Mendoza, 2016, p. 111).

Mendoza (2016), la potencialidad de la maternidad amerita, desde el punto de vista del legislador, el acondicionamiento de facilidades para que la extracción de la leche materna en el centro de trabajo cumpla su fin último: alimentar a los hijos de la trabajadora.

2.3. *Licencia por adopción*

El artículo 377° del Código Civil define a la adopción como la situación por la que “el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea”. La adopción es “una medida de protección al niño y al adolescente por la cual, bajo la vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paterno-filial entre las personas que no la tienen por naturaleza” (Jiménez, 2006, p. 5). Para Cornejo (1982) la adopción es, en esencia, un acto de voluntariedad y, por lo tanto, un negocio familiar que crea un vínculo legal de familia, paternidad y filiación.

El Código de los Niños y Adolescentes reconoce el derecho de los menores a vivir, crecer y desarrollarse en el seno de una familia, estableciendo que aquellos niños y adolescentes que carecen de una familia natural, tienen derecho a crecer en un ambiente familiar adecuado (artículo 8°). Es entonces, a través de la adopción, que el Estado protege a los niños que, por diversas razones, no han podido permanecer bajo el cuidado personal de su padres o familia biológica, salvaguardando así su derecho su derecho a tener una familia definitiva que le permita crecer y desarrollarse adecuadamente, en un ambiente de protección y afecto.

En tal sentido, siendo el interés superior del niño y la protección integral de la familia, principios que rigen nuestro ordenamiento jurídico, las normas laborales no pueden ignorar el hecho de que la adopción afecta la intimidad personal y familiar del trabajador adoptante, en tanto implica la integración de un nuevo miembro a su familia. Como señala Jiménez (20016) “su naturaleza hace que se tenga un contacto afectivo con la persona que pertenece a un seno

familiar nuevo, con costumbres y ritmos de vida distintos y, sobretodo, con la voluntad de experimentar sentimientos paternos” (p. 4).

La Ley N° 27409 establece que el trabajador peticionario de adopción tiene derecho a una licencia con goce de haber correspondiente a treinta días naturales, contados a partir del día siguiente de expedida la Resolución Administrativa de Colocación Familiar y suscrita la respectiva Acta de Entrega del Niño, de conformidad con lo establecido por la Ley N° 26981⁶¹, siempre que el niño a ser adoptado no tenga más de doce años de edad. Igual derecho asistirá al trabajador peticionario de adopción en el caso de los incisos a) y b) del artículo 128° de la Ley N° 27337⁶², siempre que el adoptado no tenga más de doce años de edad.

Para que el trabajador peticionario de adopción pueda disfrutar de este beneficio, deberá comunicar expresamente a su empleador, en un plazo no menor de quince días naturales a la entrega física del niño, su voluntad de gozar de la licencia. La falta de comunicación dentro del plazo establecido impide al trabajador el goce de la misma. La norma señala que la licencia tomada por el trabajador no podrá exceder en conjunto el plazo de treinta días naturales durante un año calendario, independientemente del número de los procedimientos administrativos o procesos judiciales de adopción que el trabajador inicie.

En el caso que exista una negativa injustificada del empleador a otorgar la licencia, la norma señala que, será considerada como un acto de hostilidad equiparable al despido. Esta disposición resulta, en cierto modo, favorable para el trabajador, pues implica sancionar una conducta por parte del empleador, que impide que se efectivice la finalidad familiar que

⁶¹ La Ley N° 26981 – Ley de Procedimiento administrativo de adopción de menores de edad declarados judicialmente en abandono establece las disposiciones técnico-legales y administrativas que regirán las adopciones de niños y adolescentes a nivel nacional.

⁶² Ley N° 27337, que aprueba el Código de los Niños y Adolescentes

Artículo 128.- Excepciones

En vía de excepción, podrán iniciar acción judicial de adopción ante el Juez especializado, inclusive sin que medie declaración de estado de abandono del niño o del adolescente, los peticionarios siguientes:

a) El que posea vínculo matrimonial con el padre o madre del niño o el adolescente por adoptar. En este caso el niño o adolescente mantienen los vínculos de filiación con el padre o madre biológicos;

b) El que posea vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño o adolescente pasible de adopción.

(...)

tiene el otorgamiento de esta licencia, destinada a que el adoptante pueda vincularse de manera más fácil a su nueva familia.

La peculiaridad en el otorgamiento de esta licencia es que, si los trabajadores peticionarios de adopción son cónyuges, el beneficio será tomado por la mujer. Al respecto, Rivas (1999) considera que existe la necesidad de que al menos uno de los progenitores atienda al menor durante el periodo de adaptación a la nueva familia a tiempo completo, “pues la especial fragilidad psicológica de un niño sometido a un proceso de adopción, tras haber permanecido un periodo de tiempo en una institución pública de acogida, exige una atención más intensa, tanto como la que se pueda dispensar a un recién nacido, por otros motivos (p. 71).

En nuestra opinión, ambos padres deben poder gozar de este beneficio, que no es otra cosa que un beneficio en pro de la nueva familia. En cierto modo, la adopción- que implica el ingreso del adoptado en el círculo íntimo del adoptante- posee ciertas similitudes con el nacimiento de un hijo, lo que nos lleva a decir que sería conveniente que se le conceda al trabajador un “permiso similar al previsto para el nacimiento de un hijo, aunque abriendo la posibilidad de disfrute a cualquier adoptante” (Sánchez, 1999, p. 97), con independencia que fuese el padre o la madre.

Es innegable que el trabajo al interior del núcleo familiar va más allá de una mera adaptación entre el adoptante y el adoptado. El ingreso del menor adoptado en el núcleo familiar distinto del habitual implica tanto para él como para la familia que lo acoge una especial relación personal entre ambos. Esta deriva del desconocimiento mutuo, que exige una más ardua tarea de adaptación a realizar por él o los adoptantes, para evitar el rechazo del menor a su nuevo ambiente familiar, y en definitiva lograr que se encuentre cómodo (Rivas, 1999).

En palabras simples, podemos decir que la adopción otorga la calidad de padres a quienes no la tenían por naturaleza. Ello determina un *status* que genera una serie de derechos, deberes y obligaciones. Producto de la filiación se establecen vínculos personales y patrimoniales: nombre, capacidad sucesoria y compromiso alimentario, siendo la patria potestad el principal instituto que genera la filiación, la cual debe ser ejercida conjuntamente por los padres (Varsi, 2011).

2.4. *Licencia de paternidad*

La paternidad, anteriormente, solía identificarse con una imagen que representaba autoridad y, además, implicaba ser el sostén económico de la familia; sin embargo, gracias a los cambios sociales de las últimas décadas, el varón ha ido tomando mayor conciencia sobre la paternidad, incorporándose más en las tareas domésticas, y específicamente, en el cuidado de los hijos. Entonces, así como la mujer ha adquirido protagonismo en el ámbito del trabajo, el varón ha empezado a redescubrir el mundo privado de su familia⁶³, a través del ejercicio de una paternidad plena. No como un ayudante o colaborador, sino de una manera protagónica.

En este contexto, las licencias de paternidad adquieren un significado muy relevante, como un complemento a la licencia de maternidad, particularmente en las primeras semanas, que está orientada a la recuperación de la madre. En opinión de Guevara (2013, p. 202) la licencia de paternidad es “la corresponsabilidad que se requiere para que la mujer pueda en efecto recuperarse de tan hermosa, pero a la vez difícil y agotadora tarea”. Es decir, no solo sirve para que los padres alimenten y cuiden a los hijos recién nacidos sino también para apoyar a la madre emocional y físicamente después del parto.

⁶³ Como señala Guevara (2013, p. 202) “la llegada de un hijo a una familia no solo implica su cuidado, higiene y alimentación, sino que conlleva una serie de actividades adicionales, lo que significa que se sigan resolviendo una serie de trabajos encaminados a la limpieza y organización del hogar, la alimentación de la madre y el resto de la familia, entre otros. Además, de dichos cuidados, el trabajo doméstico no remunerado, que tradicionalmente en la cultura machista permea las naciones latinoamericanas, está destinado a ser desempeñado por la misma mujer, que debería estar en fase de recuperación después del parto”.

En lo correspondiente al marco legal internacional, nuestro ordenamiento ha regulado el derecho a una licencia de paternidad, en concordancia con lo establecido en el artículo 7° del Convenio 156 de la OIT, el cual señala que deberán tomarse las medidas adecuadas para que los trabajadores con responsabilidades familiares “puedan integrarse y permanecer en la fuerza de trabajo, así como reintegrarse a ella tras una ausencia debida a dichas responsabilidades”.

Este nuevo rol protagónico del padre en la construcción de su familia ha sido tomado en cuenta por nuestro legislador. Con la emisión de la Ley N° 29409 y su reglamento, Decreto Supremo N° 014-2010-TR, se concedió al padre que trabaja, en el sector público y privado, el derecho a un descanso por el nacimiento de sus hijos. Tal beneficio permitía, inicialmente, al trabajador ausentarse de su centro de trabajo cuatro (4) días calendario consecutivos. Sin embargo, mediante Ley N° 30807, que modifica el artículo 2° de la Ley que concede el derecho de licencia por paternidad, se amplió el plazo a diez (10) días calendario consecutivos por parto natural o cesárea.

La Ley N° 30807 establece la ampliación de licencia de paternidad mayor a diez (10) días para determinados casos especiales. Así, la licencia otorgada al trabajador será de veinte (20) días calendario consecutivos en el caso de nacimiento prematuro y parto múltiple; y de treinta (30) días calendario consecutivos si se presentan complicaciones graves en la salud de la madre o si el niño nace con enfermedad congénita terminal o discapacidad severa.

De acuerdo a dichas normas, el inicio de la licencia se computa a partir de la fecha que el trabajador indique, pudiendo ser – a elección del trabajador-, desde la fecha de nacimiento del nuevo hijo, o desde la fecha en que la madre o el hijo sean dado de alta por el centro médico respectivo o, a partir del tercer día anterior a la fecha probable de parto. En este último supuesto el trabajador deberá presentar el certificado médico que indique la fecha probable de parto.

Para poder gozar del beneficio, el trabajador deberá comunicar al empleador, con una anticipación no menor de quince días naturales, la fecha posible del parto⁶⁴. No obstante, de no hacerlo, no pierde el derecho a la licencia de paternidad. Por tanto, al igual que la licencia de maternidad, es irrenunciable. Esta es una diferencia que se presenta en relación a la licencia por adopción, en la que de no observar el plazo para comunicar al empleador la voluntad de gozar de la licencia de adopción, se pierde el derecho al goce de la misma.

La Ley N° 30807 introduce algunas novedades, que no habían sido previstas en la norma anterior y que se consideran muy acertadas. Una de ellas, relacionada con el fallecimiento de la madre durante el parto o durante el goce de su licencia por maternidad, siendo que, en tal supuesto, el padre del hijo nacido beneficiario de dicha licencia con goce de haber, permitiéndole una acumulación de licencias.

Otra novedad es la referida a la acumulación de la licencia con el disfrute de las vacaciones. La norma señala que el trabajador peticionario que haga uso de la licencia por paternidad tendrá derecho a hacer uso de su descanso vacacional pendiente de goce, a partir del día siguiente de vencida la licencia de paternidad. La voluntad de gozar del descanso vacacional deberá ser comunicada al empleador con una anticipación no menor de quince días calendario a la fecha probable de parto de la madre.

La finalidad del otorgamiento de esta licencia, como bien lo indica el artículo 1° de la Ley N° 29409, es contribuir a la unión familiar y fortalecer el desarrollo de la familia, de tal manera que, permita mejorar la calidad de la relación paterno-filiar; es decir, que está orientada a realzar y destacar la importancia de la familia. Ello se encuentra estrechamente vinculado con la Política Nacional de Población cuyo objetivo es difundir y promover la

⁶⁴ Creemos que la importancia de la obligación de comunicar al empleador radica en la posibilidad de que la institución o empresa no se vea afectada ante la ausencia de un empleado durante cuatro días. De tal manera, que, ante tal contingencia, el empleador pueda adoptar medidas para no ver afectado el cumplimiento de sus metas o su producción.

paternidad y maternidad responsables, y con, ello reconoce que es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos.

Este permiso sirve para que el padre pueda pasar un tiempo con el recién nacido y con la madre, participar en las celebraciones familiares relacionadas con el nacimiento y ocuparse de los trámites necesarios. Asimismo, Sánchez (1999) señala que el permiso por nacimiento de un hijo persigue que el padre pueda acompañar a la madre en el momento del nacimiento del hijo y compartir las primeras horas de vida del menor, pero también se posibilita que el padre “disfrute plenamente de una vivencia singular (conocer y cuidar al recién nacido) y pueda atender obligaciones de tipo social (visitas, llamadas, etc.) o burocrático (inscripción en Registro Civil, en cartilla sanitaria, etc.)” (p. 92).

Algunos autores consideran que el fundamento sobre el que reposa la licencia de paternidad- además de estar relacionado a los cuidados que merece el recién nacido-, tiene que ver con el hecho de establecer un trato de igualdad entre el varón y la mujer. De ello deriva que se cuestione la duración de la licencia, pues la mujer trabajadora, a través del ejercicio de su licencia de maternidad, ostenta un descanso mucho más extenso que el padre. Sin embargo, y sin contradecir tal argumento, se considera que el enfoque que debe darse a este derecho, y, por tanto, lo que llevaría a cuestionar si tal como está reconocido en nuestro ordenamiento atiende a su finalidad, es que debe centrarse en el interés de la familia.

No cabe duda, que la preocupación del legislador por promover la unión familiar y fortalecer el vínculo padre e hijo durante los primeros días, es cada vez mayor. Se hace evidente la necesidad de que el padre comparta más tiempo con su hijo, para alimentarlo, para atenderlo, para acompañar a la madre en todo el proceso de vivir su maternidad, fortaleciendo también la unión esponsal cuando se trate de una familia fundada en el matrimonio. Se considera pues, que esta iniciativa legislativa, es un paso importante para el fortalecimiento de los vínculos familiares, tanto entre padre e hijo, como entre los mismos cónyuges.

La familia debe ser prioritaria tanto para la mujer, como para el varón y demás integrantes. Y en ese sentido, la licencia de paternidad encuentra su principal fundamento, en el hecho de que el varón viva junto a su mujer los días previos y posteriores al nacimiento de su hijo, para que así comparta su vida en familia y le dedique tiempo, también al hogar. “Los hijos reciben una educación de mayor calidad cuando tanto el padre como la madre participan de ella y cuando ambos tienen un contacto permanente con el exterior, del que reciben información y formación de manera constante” (Albéniz, 2002, p. 102). Son oportunas las palabras de Pacheco (2002, pp. 17-18), quien señala que

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. La atención de la madre con motivo del parto y del hijo, en los primeros días que siguen al nacimiento, 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.

Es innegable, por tanto, la importancia que tiene en nuestro ordenamiento jurídico, el reconocimiento de una licencia de paternidad. Tanto el padre como la madre, desempeñan roles socialmente relevantes y cumplen funciones dentro de su núcleo familiar. Sin embargo, una deficiencia advertida que resta mérito a esta disposición radica en el poco tiempo previsto para la licencia, lo que se pasará a cuestionar con mayor detalle, en el siguiente capítulo.

CAPITULO IV. HACIA UNA PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA FAMILIA EN EL ORDENAMIENTO LABORAL PERUANO

Habiendo desarrollado hasta aquí cada uno de los derechos reconocidos al trabajador en función de sus responsabilidades familiares, corresponde- en este capítulo- dar respuesta a la interrogante planteada al inicio de este trabajo, relacionada a si el régimen jurídico de los derechos que el ordenamiento laboral peruano pone a disposición de los hombres y mujeres trabajadores les permite atender a sus intereses familiares y promueve la vida familiar. Es decir, si nuestro ordenamiento jurídico laboral constituye un instrumento eficaz que motive al fortalecimiento de la familia y su promoción cómo célula primaria y fundamental de la sociedad.

En primer lugar, se ha podido advertir que la preocupación del ordenamiento jurídico por la protección de la mujer en su lugar de trabajo, durante la situación de maternidad se ha manifestado de forma reiterada. Se han promulgado muchas disposiciones que facilitan el desempeño de la mujer en su entorno laboral, sobre todo, en relación a su maternidad. Ello como consecuencia de la mejor comprensión del valor de su trabajo, así como de su identidad femenina y de su rol protagónico en el reparto de las responsabilidades en la vida familiar. Sin embargo, se considera que tal regulación tiene aún algunas deficiencias.

Un primer aspecto que creemos, ha omitido el legislador, es el relacionado a la protección de la seguridad y salud de la madre trabajadora que se encuentra en periodo de lactancia. En concreto, se hace referencia al derecho de no realizar labores que pongan en riesgo la salud de la madre y el feto. El artículo 1º del Reglamento de la Ley N° 28048, referido al ámbito de aplicación, señala textualmente que el derecho “es de aplicación a toda trabajadora durante el periodo de gestación”; por lo que quedaría excluida del ámbito de aplicación, la trabajadora que ha dado a luz y se encuentra en periodo de lactancia.

Por otro lado, si bien la norma que regula este derecho, a previsto que, mediante pacto individual o convenio colectivo, pueda extenderse el tiempo del goce del mismo hasta que concluya el periodo de lactancia, lo cierto es que tal medida será adoptada por el empleador siempre que exista una negociación previa –sea individual o colectiva- en la que así se haya establecido. Por lo tanto, aquellas trabajadoras con las que no medie ningún tipo de negociación, deberán retornar a sus labores iniciales luego del parto. Ello no se condice con lo establecido en el artículo 66° de la LSST que estipula que las medidas deberán mantenerse durante el periodo de lactancia, al menos hasta el año posterior al parto.

Por ello, sí se cree necesario que se establezca expresamente en la norma el derecho de la mujer trabajadora a recibir la misma protección en la etapa posterior al parto. Esto es, establecer la obligación del empleador de evaluar riesgos potenciales y tomar las medidas adecuadas para que la madre trabajadora- en etapa de lactancia- no realice las labores que le suponen un peligro. Es cierto que, luego del parto los riesgos que puedan afectar su salud disminuyen, pero no desaparecen. Más aun teniendo en cuenta que, a través de la lactancia, cualquier agente (físico, químico, biológico, etc.) que pueda afectar a la madre trabajadora, afectará también al menor recién nacido. Y no nos referimos únicamente a una afectación en su estado físico o en su salud, que es muy importante cuidar, sino también a su estado psicológico, emocional, y porque no decirlo, a su crecimiento y normal desarrollo.

Otro aspecto que creemos importante acotar en relación a la seguridad y salud en el trabajo, es el referido al cuidado de la función reproductora del trabajador, sea este varón o mujer. El artículo 65° de la LSST señala, de modo incipiente, que el empleador deberá considerar, en las evaluaciones del plan integral de prevención de riesgos, aquellos factores que puedan incidir en las funciones de procreación de los trabajadores, por la exposición a los agentes físicos, químicos, biológicos, ergonómicos y psicosociales, con el fin de adoptar las

medidas preventivas necesarias. Sin embargo, no existe mayor desarrollo de ese reconocimiento, ni en la misma norma ni el reglamento de la ley.

Se considera que proteger la función reproductora del trabajador o trabajadora es una manera de proteger también a la familia; por lo que la evaluación de los factores de riesgo que realiza el empleador no debería tener en cuenta únicamente a la mujer. En tal sentido, creemos favorable que el legislador haya tenido en cuenta tal realidad. Lo que sí nos llama la atención es que no exista una norma que desarrolle esta disposición, de modo que se garantice al trabajador, varón o mujer, que el desempeño de sus labores no perjudicará su función reproductora, y a futuro, pondrá en riesgo su vida familiar⁶⁵.

Al respecto, Acevedo (2004) señala que “los trastornos de la salud reproductiva pueden presentarse tanto en la mujer como en el hombre, sin embargo, las medidas de protección son dirigidas a las mujeres o a la maternidad, dejando un vacío de intervención al no tomar en cuenta la participación masculina en la función reproductiva” (p. 35). Asimismo, “las medidas preventivas y de protección están dirigidas solo al periodo del embarazo en las mujeres, quedando otros momentos y eventos de la salud reproductiva sin protección” (p. 35).

En tal sentido, sí es importante concretar con mayor precisión el alcance de este derecho y la obligación del empleador respecto del mismo, destacando la necesidad de una adecuada formulación de políticas públicas que contribuyan a hacer frente a los problemas que se puedan presentar.

En relación al derecho de la trabajadora a recibir protección contra el despido arbitrario, se tiene la opinión que debe establecerse normativamente la no exigencia de la previa comunicación al empleador acerca del estado de gestación de la trabajadora. Si bien es

⁶⁵ “Ha sido demostrada la relación de diversos riesgos y condiciones de trabajo con trastornos a la reproducción biológica: la exposición laboral a sustancias químicas, radiaciones, temperaturas extremas y estrés ha estado asociada a trastornos de la fertilidad de hombres y mujeres trabajadoras, a abortos y daños cromosómicos, malformaciones congénitas” (Acevedo, 2004, p. 35).

cierto, existe un pronunciamiento de la Corte Suprema⁶⁶ que establece que tal exigencia se hace necesaria para los casos en que la mujer gestante no evidencie su situación real, siendo que para aquellos supuestos en los que sea evidente el estado de la trabajadora no será necesario, siendo igual acreedora de la protección contra el despido.

Pese a ello, se considera que la exigencia de tal comunicación resulta innecesaria aún para los casos en que no se evidencia el embarazo y hasta cierto punto, implicaría una carga para la mujer trabajadora. Ello, teniendo en cuenta que es el empleador el que deberá acreditar la causa justa del despido, esto es que obedece a razones objetivas. Es decir, la presunción de nulidad opera si el empleador no es capaz de demostrar que, desconocía el estado de gestación de la trabajadora o aun conociéndolo se presentó una razón objetiva que ameritaba la decisión de apartarla de su lugar de trabajo.

La Corte Constitucional de Colombia, a través de la Sentencia T-167 de 2003, flexibilizó la exigencia de notificar el embarazo al empleador, considerando que existen dos situaciones que llevan a inferir al empleador debía o podía tener conocimiento: la avanzada y evidente situación de gestación o cuando la trabajadora se ausenta por motivo del embarazo y presenta un certificado médico medica donde se señale su estado de gravidez. Por lo tanto, para esta corte la no efectiva notificación del estado de embarazo de la trabajadora al empleador, no es relevante frente al real conocimiento que de dicho estado pueda llegar a tener el empleador durante su desarrollo (Quispe, 2013).

Por otro lado, como bien se ha señalado, y expresamente así lo ha reconocido el legislador, el reconocimiento de la licencia de maternidad obedece a proteger la salud de la madre y del niño, especialmente en los primeros meses de vida, cuyo cuidado es primordial. De ese modo, este beneficio se estableció con la finalidad de que el tiempo de descanso sirva

⁶⁶ Casación N° 275-2005-Arequipa

para la reparación de fuerzas por parte de la madre y la alimentación y cuidado del hijo recién nacido. Así lo ha reconocido también la OIT-PNUD (2009, p. 88) al señalar que:

La protección de la maternidad se creó para resguardar la salud de la madre y el niño o niña por nacer y durante sus primeras semanas de vida; así como para protegerla frente a una discriminación a causa de su condición. Aunque no se estableció con el objetivo explícito de conciliar vida familiar y laboral, ha tenido efectos sumamente importantes en esa línea.

No cabe duda que la protección de la mujer trabajadora o la gestante implica también, en cierto modo, una protección a la familia, por la posición que ocupa la mujer en la institución familiar. Como indica Pacheco (2003) la mujer es “pieza fundamental, insustituible para la vida familiar, con un rol protagónico en la educación de los hijos y en la atención del hogar”. Por ello, es importante que se adopten medidas destinadas a permitir que la madre trabajadora pueda pasar más tiempo con su hijo luego del parto, ya que noventa y ocho días resultan insuficientes para asegurar un desarrollo físico e intelectual pleno del niño.

La madre, una vez vencida su licencia de maternidad, debe retornar a su centro de trabajo para cumplir con sus obligaciones, lo que implica que debe dejar al niño, teniendo este, apenas entre tres a cuatro meses de vida. Ello, siempre y cuando el goce la licencia se haya tomado a partir del nacimiento del menor, o si se optó por acumular el periodo de vacaciones. Pues de no ser así, el tiempo al lado del niño sería mucho menor, como sería en aquellos supuestos en los que, si el embarazo es delicado, la trabajadora sea vea forzada a tomar su licencia semanas antes al nacimiento del niño.

En ese sentido, se cree conveniente que se establezca una ampliación a la licencia de maternidad, de modo que se garantice que la madre y el niño puedan compartir más tiempo juntos al interior de su entorno familiar y establecer vínculos más fuertes, evitando que la crianza del menor durante sus primeros meses de vida se ponga a cargo de terceras personas

(contratación de niñeras o uso de guarderías, etc.). Algunos países de América Latina ya otorgan licencias mayores a catorce semanas. Es el caso de Chile, Cuba y Venezuela, cuyas licencias se extienden hasta las dieciocho semanas. En Brasil, la licencia puede prorrogarse hasta seis meses (OIT-PNUD, 2009).

En el caso de los países de Europa, se tiene que España otorga una licencia de dieciséis semanas; Bulgaria otorga cincuenta y ocho semanas y terminando la licencia, cualquiera de los padres puede continuar en licencia hasta que el niño cumpla dos años; Suecia, por su parte, concede sesenta y ocho semanas a ambos padres, siendo obligatorio que cada uno goce como mínimo de noventa días; Islandia otorga una licencia de nueve meses, de los cuales tres son para la madre, tres para el padre y los otros tres podrán ser divididos entre ambos a su gusto; Finlandia otorga una licencia de siete semanas de descanso prenatal y dieciséis semanas de descanso post natal. En el caso de Australia, la licencia de maternidad es de doce meses. (Drumond, 2017)

No obstante, la familia no se reduce a la mujer y a su maternidad. Si bien es importante para el desarrollo de la vida familiar que la madre trabajadora pueda disponer de diversos beneficios para atender sus responsabilidades familiares- entre los que destaca la licencia de maternidad-, no resulta ser suficiente, en sí misma, para garantizar una adecuada protección a la familia.

En este punto, adquiere importancia el rol que desempeña el padre en el núcleo familiar. La paternidad implica para los padres también un periodo de desarrollo y crecimiento emocional. Si bien el Derecho no regula emociones, es importante destacar que en la relación paterno-filial los padres experimentan afectos y sensaciones nuevas a raíz del nacimiento de sus hijos, convirtiéndose en un eje central de sus vidas. Ejercer la paternidad implica no solo velar por el cuidado de su hijo recién nacido y de la madre, sino fundar una

relación paterno-filial sólida, basada en el amor y comprensión, a través de la que se transmitan enseñanzas y valores.

Así adquiere relevancia la regulación de la licencia por paternidad en nuestro ordenamiento, pues le da al trabajador la oportunidad de permanecer al lado de su hijo recién nacido y de la madre, para fomentar la unión familiar. Sin embargo, otorgar al padre trabajador un descanso de cuatro días resulta ser insuficiente. La corta duración del beneficio ocasiona que el disfrute del padre se reduzca a estar junto a la madre al momento del parto, a celebrar el hecho del alumbramiento y en ciertos casos, atender cuestiones administrativas en el hospital o clínica. Nuestro ordenamiento debe contribuir a fomentar la participación del padre en la vida familiar y en el cuidado de sus hijos. Ello requiere que el varón asuma sus responsabilidades en el hogar y comparta con la madre los deberes de atención y cuidado del recién nacido, que no se agotan en alimentar y vestir al menor.

La licencia de paternidad que se reconoce en los países europeos resulta también ser mayor en relación a la que se reconoce en nuestro país. En España, se le concede al trabajador una licencia de paternidad de cinco semanas; en Bulgaria, se otorga un descanso de quince días; en Suecia, se les reconoce a ambos padres un descanso de sesenta y ocho semanas, siendo obligatorio que cada uno goce como mínimo de noventa días; en Finlandia, el permiso de paternidad es de ocho semanas (Drumond, 2017).

En tal sentido, es importante la ampliación de la licencia de paternidad para que el trabajador pueda dedicar tiempo de calidad a su familia y vivir su paternidad de manera plena, fortaleciendo el vínculo con su hijo y con su cónyuge. Teniendo en cuenta el proceso de desarrollo del recién nacido y la necesidad de recibir máximos cuidados por parte de ambos padres, consideramos que el trabajador debería poder disfrutar de una licencia que sea mucho mayor a diez días.

A su vez, se hace necesario también la adopción de otras medidas que favorezcan la tarea de los padres de responsabilizarse de los hijos. Esta responsabilidad no se reduce, como ya hemos indicado, al aspecto económico, sino que implica también brindar afecto, transmitir enseñanzas y valores. Por ello, no se trata solo de conseguir que los hombres compartan las tareas del hogar con las mujeres, algo que se encuadra en la esfera privada de las parejas y que estas deberán resolver en cada caso, sino que se busca la construcción de un entorno sólido para el desarrollo de sus miembros, sobre todo de los nuevos integrantes (niños) en el que padre y madre puedan desarrollar de manera adecuada cada uno de sus roles como protagonistas, procurando el bienestar de toda la familia.

En atención a ello, la licencia de adopción también genera ciertos cuestionamientos. La norma que regula este derecho señala que el goce será exclusivo de la madre cuando ambos peticionarios adoptantes sean cónyuges. Esta medida descarta la posibilidad de que el padre pueda involucrarse en el proceso de adaptación del niño al entorno familiar, lo que podría afectar la futura relación que pueda mantener el menor con el padre trabajador. Ello nos lleva a pensar que el legislador ha perdido de vista que el bien jurídico protegido, no es el bienestar del niño adoptado sino el de la familia.

Otro aspecto vinculado a la licencia de adopción que es materia de cuestionamiento está referido a la inobservancia de comunicar al empleador la voluntad de gozar la licencia, lo cual acarrea la imposibilidad del trabajador de gozar de la misma. Asimismo, se considera un poco ambigua y poco clara la disposición que establece que la licencia no podrá exceder en conjunto el plazo de treinta días durante un año calendario, pese a que se hayan iniciado más de un procedimiento administrativo o judicial de adopción.

Se tiene la opinión que la llegada de un menor adoptado a un nuevo entorno familiar se equipara a la del bebé recién nacido, pues en ambos casos, tanto el padre como la madre deben adaptar su vida a la del nuevo miembro de la familia y, de alguna manera, construir una

nueva forma de vida, ya no pensada exclusivamente para la madre, el padre o para los cónyuges. Por ello, consideramos que la licencia por adopción debe recibir el mismo tratamiento que la licencia por maternidad o paternidad⁶⁷, más si puede darse el caso que el adoptado sea un recién nacido o un niño que esté en sus primeros meses de vida.

En todo caso, atendiendo a la edad del menor adoptado, se puede reconocer un mismo derecho que pueda ser compartido por ambos padres o que quede a elección de cada uno cómo disfrutar del mismo, siendo necesario que el tiempo sea mayor a treinta días calendarios, la inobservancia de la comunicación no impida el goce del derecho al trabajador y que, al igual que la licencia de paternidad o maternidad, se otorgue siempre que se produzca la “llegada” de un nuevo miembro a la familia (hijos).

Rodríguez (2005, p. 84) señala que la adopción “adquiere *per se*, una importancia capital, equiparada a la protección biológica del fenómeno generativo; la protección del hijo y su adecuada y satisfactoria incorporación a la familia, así como la correcta ‘cimentación’ de las relaciones paterno/materno-filiales”.

En tal sentido, la legislación existente resulta insuficiente para garantizar una adecuada protección a la familia. Si bien es cierto, las disposiciones legales rescatadas otorgan bondades a los trabajadores que les facilitan la interacción trabajo-familia, existen algunas deficiencias que llevan a concluir que la protección de la institución familiar aún es incipiente. Algunas de estas deficiencias radican por ejemplo en el poco tiempo previsto para la licencia de maternidad y la licencia de paternidad (De Lama, 2012).

No se desmerece la labor del legislador al otorgar licencias remuneradas y descansos subsidiados que permitan a la madre y al padre trabajador tener un tiempo para dedicarse

⁶⁷ Resulta oportuno mencionar la diferencia que existe entre la duración de la suspensión del contrato a la que tiene derecho el trabajador varón en función de que aquella sea solicitada por paternidad biológica (cuatro días) o por adopción (treinta días). Por ello, al referirnos a la licencia de paternidad, nos colocamos en el ideal de que esta tenga un periodo de disfrute de treinta días, pues no resultaría beneficioso para el trabajador varón que, al adoptar, se le otorgue una licencia de cuatro días frente a los treinta días de la licencia de adopción.

exclusivamente a estrechar su vínculo afectivo con su hijo recién nacido. Pero, luego de haber realizado un examen de las normas laborales, es posible afirmar que, se remiten a solucionar situaciones cercanas y directamente relacionadas con el nacimiento o adopción de los hijos. En tal sentido, se advierte una escasez de normas que promuevan la vida en familia una vez superada la etapa de parto, post parto y lactancia. Se coincide con De Lama (2012, p. 65), quien señala que no existen “disposiciones normativas que ayuden a los padres trabajadores puedan conciliar su desempeño laboral con su vida familiar mientras van creciendo sus hijos y en el transcurso de su relación marital”.

Al respecto, es oportuno mencionar la Ley española 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas, la cual establece ayudas específicas para las familias numerosas en las que ambos cónyuges trabajen fuera del hogar. Así se le otorgan beneficios sociales, como la entrega de una bonificación para la contratación de un cuidador que suplan las necesidades que se derivan de la atención de los menores; beneficios en materia de actividades y servicios públicos, como es establecer exoneraciones y bonificaciones en tasas y precios; en materia de vivienda, asegurarle el acceso preferente a préstamos cualificados concedidos por entidades de crédito públicas o privadas concertadas para la promoción y adquisición de viviendas sujetas al régimen de actuaciones protegibles; en materia tributaria, garantizar a las familias numerosas beneficios fiscales para compensar a las rentas familiares en función de las cargas que soportan y favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral de los padres y madres trabajadores.

Una protección integral de la familia requiere que se adopten medidas destinadas no solo a conciliar las responsabilidades familiares y laborales, sino también a promover la vida familiar, siendo uno de los objetivos primordiales para el trabajador el poder dedicar tiempo de calidad a su familia. Para nuestro punto de vista, la familia en cuanto célula de la sociedad, es un grupo natural y primario, y se la debe regular como tal, como un grupo, atendiendo al

interés superior de la familia⁶⁸, constituida por todos sus elementos. “No podemos enfrentar los intereses de cada uno: del niño, el adolescente, el joven, el de la tercera edad, la mujer, como si fueran individualidades, tenemos que compatibilizar los intereses de todos para poder lograr un interés de la unidad del todo” (De la Fuente, 2012, p. 63).

Las medidas dispuestas para lograr una protección integral de la familia deben provenir, sin duda del ordenamiento jurídico laboral, pero en esta misión también están comprometidas otros sectores, como son la seguridad social, el sistema fiscal, la política educativa. Para que el derecho, y deber, de atender a la familia se ejercite en armonía con los derechos del empleador es necesaria la intervención de la Seguridad Social, que debe asumir aquella carga.

Y para lograr esta protección integral, tiene una importancia fundamental el papel del Estado. El Estado es lo que son sus familias, la humanidad es lo que son sus Estados, tenemos que partir del concepto de esa base y regular a la familia como núcleo o célula de la sociedad, integrada por distintos individuos unidos de manera indisoluble, de manera inseparable, solo así puedo entender a la familia (De la Fuente, 2012).

El Estado debe ser un activo participante en la búsqueda de la promoción de la familia, a través de políticas que permitan a la mujer y al hombre, condiciones de trabajo flexibles, tiempo suficiente para los niños y unos ingresos que les permitan evitar la presión de tener que trabajar muchas horas y llegar al hogar a horas de la noche sin poder compartir un momento con los niños⁶⁹. La efectividad de estas medidas requiere un alcance más amplio que el estrictamente laboral, desde el desarrollo de servicios de atención de niños adecuados, como las guarderías en el centro de labores, hasta la promoción de valores educativos,

⁶⁸ Botella (1996) y Argüelles (1998) hacen referencia a la necesidad de incorporar, como un principio rector del Derecho del Trabajo, uno nuevo: el interés de la familia.

⁶⁹ En opinión de Haaland (2002) podría darse una violación de los derechos de los niños a estar con sus padres, lo cual es inaceptable.

culturales y económicos. No basta velar por los intereses familiares, sino que es necesario que exista un marco legal que promueva la vida familiar, y brinde una sólida protección que salvaguarde la familia.

Finalmente, es importante destacar que, no existe una norma que se ocupe de manera integral de la protección de la familia, sino que el tema vinculado a la atención de responsabilidades familiares es abordado por diversas normas. Como bien indica Boza (2009) la legislación interna sobre la materia es inorgánica. La misma postura sostiene De la Fuente (2012) al señalar que hay una dispersión normativa, “ya que existe gran cantidad de disposiciones dedicadas a la familia, pero sin que establezcan una unidad normativa, una sistematización legislativa” (p. 63).

En tal sentido, se puede decir que la familia se vería mucho más enriquecida y protegida si en lugar de existir una regulación dispersa sobre las diferentes técnicas se ofreciese una protección de conjunto, articulando el régimen jurídico de unas y otras como un todo armónico.

CONCLUSIONES

PRIMERA: La persona y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. La dignidad de la persona se erige como el fundamento del reconocimiento de los derechos fundamentales, entre los que destacan la familia y el trabajo, por ser su ejercicio una manifestación de su propia naturaleza y porque garantiza su plena realización. Por ello la Constitución los reconoce y les brinda máxima protección.

SEGUNDA: La familia y el trabajo son espacios donde la persona se desarrolla, sin embargo, se aprecia que algunas veces en la práctica estos ámbitos resultan incompatibles. Esta realidad no es la que se desprende de la naturaleza de la persona, ya que al ser ambos, familia y trabajo, derechos fundamentales, estos deberían procurar su correcto desarrollo recíprocamente; es decir, que el trabajo favorezca a la familia y la familia favorezca al trabajo.

TERCERA: El Estado, a través de sus poderes públicos, es el llamado a establecer diversos mecanismos e implementar políticas de apoyo multisectorial y de promoción, que contribuyan a alcanzar una verdadera protección integral de la familia, tal como dispone la Constitución. Entre sus principales instrumentos destacan la Ley de Política Nacional de la Población, la Ley de Fortalecimiento de la Familia y el Plan Nacional de Fortalecimiento de las Familias 2016-2021.

CUARTA: Las normas del ordenamiento laboral reflejan una preocupación por tutelar a la familia. Dicha tutela, se centra principalmente en la mujer trabajadora. Nuestra legislación ha eliminado todo tipo de discriminación respecto del acceso de la mujer a un empleo formal y digno; asimismo, por la peculiar condición de su maternidad, tiene una especial protección y le reconoce el derecho a no realizar labores que supongan riesgo para su salud, al despido injustificado, al descanso pre y post natal, a la licencia por adopción y al derecho a la hora de lactancia. La finalidad que subyace al reconocimiento de estos derechos

es la protección de la vida y salud de la madre, así como la del feto o la del hijo y su normal crecimiento.

QUINTA: El ordenamiento laboral reconoce también al padre trabajador derechos referidos al cuidado y atención de su hijo, como son la licencia de paternidad y la licencia por adopción. Estos derechos presentan una doble dimensión, en tanto garantizan, por un lado, que el trabajador pueda ejercer paternidad, facilitando el cuidado de los hijos durante sus primeros meses de vida; y, por otro, el bienestar y salud del menor, procurando el pleno desarrollo de sus capacidades físicas y mentales.

SEXTA: El legislador peruano ha previsto licencias remuneradas y descansos subsidiados que permiten a la madre y al padre trabajador tener un tiempo para dedicarse exclusivamente a estrechar su vínculo afectivo con su hijo recién nacido. Sin embargo, algunas de las deficiencias advertidas están referidas al poco tiempo previsto para la licencia por paternidad o la inexistencia de dispositivo legal que le permita al padre trabajador acumular su descanso vacaciones y su licencia por paternidad con el solo aviso a su empleador, o la imposibilidad que el padre adoptante pueda gozar de la licencia por adopción cuando su cónyuge sea solicitante también de dicho beneficio.

SÉPTIMA: Las disposiciones normativas existentes en nuestro ordenamiento resultan ser insuficientes para garantizar una protección integral de la familia. Se remiten a solucionar situaciones cercanas y directamente relacionadas con el nacimiento o adopción de los hijos, pero se evidencia una escasez de normas que promuevan la vida en familia una vez superada la etapa de parto, post parto y lactancia.

OCTAVA: La protección y promoción de la familia desde el derecho laboral es aún básica en el Perú. Atiende a las cuestiones urgentes que son exigidas para la sostenibilidad de la familia, pero el Estado no llega a realizar un correcto fomento de ella. Es una tarea pendiente procurar el modo de alcanzar una protección y fomento adecuado de la familia

desde el ordenamiento laboral, porque los puntos de conexión entre ambos ámbitos son evidentes.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Albéniz, L. (2002). La cultura de la corresponsabilidad. En Aparisi, A. & Ballesteros, J. (Eds.). *Por un feminismo de la complementariedad: nuevas perspectivas para la familia y el trabajo* (pp. 97-104). Pamplona: EUNSA.
- Alva, N. (2013). El derecho al descanso por maternidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Soluciones Laborales*, (69), 113-117.
- Arévalo, J. (2016). El embarazo como causal de nulidad del despido. *Soluciones Laborales*, (99), 29-35.
- Argüelles, A. (1998). *La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Bernales, E. (1996). *La Constitución de 1993: Análisis comparado*. Lima: Konrad Adenauer Stiftung.
- Blancas, C. (2007). *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo*. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Blasco, C. (2003). *La familia en el derecho de la seguridad social*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Botella, A. (1996). *La protección laboral de la familia*. Jaén: Universidad de Jaén.
- Boza, G. (2009). La madre trabajadora como sujeto laboral especialmente protegido en el ordenamiento peruano. En Blancas, C., Boza, G. & García, F. [Ed.(s)]. *Los principios del derecho del trabajo en el Derecho Peruano: Libro Homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez* (pp. 67-97). Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Grijley.
- Buttiglione, R. (1999). *La persona y la familia*. Madrid: Palabra.
- Cardona, M. (Coord.). (2009). *Medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar: hacia un respeto igualitario de las reformas parentales*. Albacete: Bomarzo.

- Cornejo, H. (1982). *Derecho Familiar Peruano*. Tomo I. Sociedad Conyugal. Lima: Librería “Studium” Ediciones.
- Cornejo, H. (1998). *Derecho Familiar Peruano*. Tomo I. Sociedad Conyugal. Lima: Gaceta Jurídica Editores S.R.L.
- Cornejo, M. (2000). *Matrimonio y Familia: Su tratamiento en el Derecho*. Lima: Tercer Milenio S.A.
- Corral, H. (1994). *Familia y Derecho. Estudios sobre la realidad jurídica de la Familia*. Santiago de Chile: Universidad de los Andes.
- De Lama, M. (2012). Relaciones entre trabajo y familia. Aproximación a los problemas que presenta esta interacción. *Soluciones Laborales*, (58), 59-68.
- Gutiérrez-Ticse, G. (2011). *La Constitución Política del Perú. Interpretada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Grijley.
- González, L. (2013). La protección de la trabajadora gestante en el periodo de prueba y en los contratos temporales de trabajo. *Soluciones Laborales*, (65), 24-29.
- Hakansson, C. (2009). *Curso de Derecho Constitucional*. Lima: Palestra Editores.
- Haaland, J. (2002). Un nuevo feminismo para el siglo XXI. En Aparisi, A. & Ballesteros, J. (Eds.). *Por un feminismo de la complementariedad: nuevas perspectivas para la familia y el trabajo* (pp. 173-186). Pamplona: EUNSA.
- Manrique, K. (2001). *Derecho de Familia. La Unión de hecho*. Lima: Editorial ffecaat E.I.R.L
- Marrades, A. (2002). *Luces y sombras del derecho a la maternidad: análisis jurídico de su reconocimiento*. Valencia: Universidad de Valencia
- Martínez, E. (2002). Mujer y Mercado Laboral. En Aparisi, A. & Ballesteros, J. (Eds.). *Por un feminismo de la complementariedad: nuevas perspectivas para la familia y el trabajo* (pp. 77-95). Pamplona: EUNSA.

- Mendoza, L. (2016). Los servicios de lactarios: buenas prácticas empresariales y la formulación de políticas internas. *Soluciones Laborales*, (101), 110-115.
- Moreno, J. & Romero, A. (2000). *Maternidad y salud laboral: la protección de la salud laboral de la trabajadora embarazada, de parto reciente y en periodo de lactancia*. Valencia: Tirant lo Blanch
- Neves, J. (2009). El principio de la norma más favorable. En Blancas, C., Boza, G. & García, F. [Ed.(s)]. *Los principios del derecho del trabajo en el Derecho Peruano: Libro Homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez* (pp. 53-65). Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Grijley.
- Neves, J. (2012). *Introducción al Derecho del Trabajo*. Lima: PUCP.
- Neves, J (Ed.). (1989). *Trabajo y Constitución*. Lima: Cultural Cuzco S.A.
- OIT-PUND (2009). *Trabajo y familia: hacia nuevas formas de conciliación con corresponsabilidad social*. Santiago: Organización Internacional del Trabajo & Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.
- Pasco, M. (2013). Ética en las relaciones Laborales. En *Homenaje aniversario de la SPDTSS: Año de las 25 Bodas de Plata de la Sociedad*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- Quispe, E. (2013). Hacia una estabilidad laboral reforzada de la trabajadora embarazada en los contratos a plazo determinado o fijo. *Soluciones Laborales*, (61), 108-118.
- Quispe, G. & Mesinas, F. (2009). *El despido en la jurisprudencia judicial y constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Rivas, M. (1999). *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*. Barcelona: Aranzadi.
- Rubio, M. (2001). *Para conocer la Constitución de 1993*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Ruiz, J. (2013). La nulidad radical del despido de la trabajadora embarazada. *Soluciones Laborales*, (69), 30-36.
- Sánchez, C. (1999). *Los permisos retribuidos del trabajador*. Pamplona: Aranzadi S.A.
- Sánchez, R. (2013). Desarrollo de la mujer en el mercado laboral internacional y peruano. *Soluciones Laborales*, (71), 53-60.
- Sánchez, R. & Gonzáles, L. (2016). Implementación de los lactarios en el centro de trabajo: Nuevas exigencias y obligaciones. *Soluciones Laborales*, (99), 73-77.
- Toyama, J. (2004). *Instituciones del Derecho Laboral*. Lima: Gaceta Jurídica. Primera Edición.
- Toyama, J. (2009). La Constitución: fuente del derecho Laboral. En Ulloa, D. et. al. *Estudios de derecho del trabajo y de la seguridad social: Libro homenaje a Javier Neves Mujica* (pp. 62-75). Lima: Librería Jurídica Grijley.
- Vidal, M. (2009). La Constitución, su contenido laboral y la delimitación del mismo mediante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: El caso del derecho al trabajo y la adecuada protección contra el despido arbitrario. En Ulloa, D. et. al. *Estudios de derecho del trabajo y de la seguridad social: Libro homenaje a Javier Neves Mujica* (pp. 77-98). Lima: Librería Jurídica Grijley.
- Varsi, E. (2011). *Tratado de Derecho de Familia. La nueva teoría institucional y jurídica de la familia*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Zegarra, A. (2009). *Descubrir el Derecho. Las nociones elementales del Derecho Privado y del Derecho Público explicados en forma sistemática*. Lima: Palestra Editores.

EN LINEA:

- Acevedo, D. (2004). Género y Políticas de Protección Laboral. Protección a la Maternidad y la Familia en la Ley Orgánica del Trabajo en Venezuela. *Salud de los Trabajadores*, 12(1), 33-53. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1411190.pdf>
- Aguilera, R. (2009). Protección social de la familia: Aspectos laborales y de Seguridad Social. *Foro Nueva Época*, (9), 61-87. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3069163&orden=271802&info=link>
- Almendros, M. (2013). Protección familiar del trabajador. *Temas Laborales*, (72), 69-103. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/802072.pdf>
- Corry, M. & Cutler, E. (2012). Estrategias en el lugar de trabajo para la mejora de la salud maternal e infantil: experiencias de los trabajadores en estados unidos. En Messite, J. et. al. [Ed.(s)]. *Enciclopedia de Salud y Seguridad en el Trabajo* (pp. 62-69). Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Recuperado de <http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/TextosOnline/EnciclopediaOIT/tomo1/15.pdf>
- De La Fuente, J. (2012). La protección constitucional de la familia en América Latina. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, (29), 60-76. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4044620.pdf>
- Drummond, C. (2017). Así es el permiso de maternidad y paternidad en España frente a otros países europeos. Recuperado de <http://www.ticbeat.com/empresa-b2b/asi-es-el-permiso-de-maternidad-y-paternidad-en-espana-frente-a-otros-paises-europeos/>
- Guevara, J. (2013). Las licencias para los trabajadores con responsabilidades familiares: hacia la consolidación de la igualdad de las parejas. *Revista Lex*, (11), 190-208. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5157870.pdf>
- Jiménez, L. (2016). Licencia laboral por adopción. *Actualidad Empresarial*, (103), 4-6. Recuperado de http://www.aempresarial.com/web/revitem/4_1223_41402.pdf

- López, M. & Carrillo, D. (2008). *Protección sociolaboral de la familia en el ámbito autonómico: Especial referencia a la conciliación de la vida familiar y laboral*. Bilbao: Fundación BBVA. Recuperado de https://www.fbbva.es/wp-content/uploads/2017/05/dat/DE_2008_proteccion_sociolaboral_familia_ambito_autonomico.pdf
- Martínez, J. (2000). La Familia en la Constitución Española. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (58), 11-43. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/79675.pdf>
- Organización Mundial de la Salud (2018). *Inicio temprano de la lactancia materna*. Recuperado de http://www.who.int/elena/titles/early_breastfeeding/es/
- Pacheco, L. (2002). El permiso parental: un derecho pendiente en el Perú. *Revista de Derecho*, (03), 77-125. Recuperado de <https://hdl.handle.net/11042/2807>
- Pacheco, L. (2003). La Protección de la mujer trabajadora en el ordenamiento peruano. *Actualidad jurídica: información especializada para abogados y jueces*, (120), 12-26. Recuperado de <https://pirhua.udep.edu.pe/handle/11042/2701>
- Plácido, A. (2013). El modelo de familia garantizado en la Constitución de 1993. *Revista Derecho PUCP*, (71), 77-108. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4906539.pdf>
- Rodríguez. S. (2005). La protección jurídico-laboral de la maternidad: Algunas cuestiones pendientes. *Temas Laborales*, (82), 47-92. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1395102.pdf>
- Sandoval, C. (2016). *Uniones civiles en el Perú*. Tesis de pregrado en Derecho. Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú. Recuperado de <https://hdl.handle.net/11042/2359>

Sempere, A. (2006). Modulación laboral de los derechos cívicos. *Persona y Derecho*, (54), 471-493. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2252331>