



**UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO**  
**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS**  
**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**EXTENSIÓN DEL DERECHO A LA LICENCIA POR PATERNIDAD**  
**EN CASO DE MUERTE MATERNA EN EL PERÚ – 2018**

**TESIS**

**PRESENTADA POR:**

**Bach. MERCEDES ELIZARROBA OLVEA ALCON**

**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:**

**ABOGADO**

**PUNO – PERÚ**

**2018**



## DEDICATORIA

*A mi familia, por su apoyo incondicional que siempre me brinda.*

*Mercedes E. Olvea. Alcón*



## AGRADECIMIENTOS

*Agradezco a los docentes de la Escuela Profesional de Derecho de la Universidad Nacional del Altiplano, por los conocimientos brindados en mi formación profesional.*

*A los integrantes del jurado del presente trabajo de investigación: M.Sc. Jovin Hipolito Valdez Peñaranda, M.Sc. Wilder Ignacio Velazco, Mg. Flavio Cruz Mamani y al director y asesor de Tesis Dr. Boris Gilmar Espezuía Salmon, por sus aportes para mejorar la presente.*

*A todos, muchas gracias.*

*Mercedes E. Olvea. Alcón*



# ÍNDICE GENERAL

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTOS

ÍNDICE GENERAL

ÍNDICE DE TABLAS

ÍNDICE DE ACRONIMOS

ÍNDICE DE ACRÓNIMOS

RESUMEN ..... 9

ABSTRACT..... 10

## CAPÍTULO I

### INTRODUCCIÓN

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA..... 12

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA ..... 14

1.3. HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN ..... 14

1.4. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO ..... 15

1.5. OBJETIVOS DE INVESTIGACIÓN ..... 16

## CAPÍTULO II

### REVISIÓN DE LITERATURA

2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN ..... 17

2.2. MARCO TEÓRICO ..... 18

2.2.1. La licencia por paternidad ..... 18

2.2.2. La licencia por paternidad y responsabilidades familiares..... 20

2.2.3. Muerte en el embarazo, parto o puerperio..... 21

2.2.4. Supervivencia neonatal del fallecimiento de la madre ..... 22

2.3. MARCO CONCEPTUAL ..... 23



2.3.1.	Derecho al trabajo.....	23
2.3.2.	Derecho a la licencia por paternidad .....	24
2.3.3.	Bien jurídico protegido en la licencia por paternidad .....	24
2.3.4.	Titularidad del derecho.....	24
2.3.5.	Suspensión imperfecta de trabajo.....	25
2.3.6.	Derecho a la igualdad en el trabajo .....	25
2.3.7.	Paternidad.....	25
2.3.8.	Neonato.....	26

### **CAPÍTULO III**

#### **MATERIALES Y MÉTODOS**

3.1.	DISEÑO DE INVESTIGACIÓN .....	27
3.2.	TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	27
3.3.	POBLACIÓN Y MUESTRA .....	27
3.4.	METODO DE RECOJO DE INFORMACIÓN .....	27
3.5.	TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS .....	28
3.6.	DISEÑO DE ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE DATOS.....	28
3.7.	ÁMBITO DE ESTUDIO .....	28

### **CAPÍTULO IV**

#### **RESULTADOS Y DISCUSIÓN**

4.1.	LEGISLACIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL.....	29
4.1.1.	La licencia por paternidad y su protección en el ámbito laboral .....	29
4.1.2.	La especial protección de la familia como un derecho humano.....	34
4.1.3.	El derecho a la igualdad en el ámbito laboral.....	43
4.1.4.	El interés superior del niño y su condición de sujeto especial de protección .....	47



4.1.5.	La protección constitucional a la libertad de trabajo.....	53
4.2.	LEGISLACIÓN COMPARADA .....	53
4.2.1.	Países de América Latina .....	53
4.2.2.	Países Europeos .....	62
4.3.	CASO.....	71
4.4.	DAÑO CAUSADO POR FALTA DE ACCESO A LA EXTENSIÓN DE LA LICENCIA POR PATERNIDAD EN CASO DE MUERTE MATERNA.....	75
4.5.	PROYECTO DE LEY .....	79
<b>V. CONCLUSIONES.....</b>		<b>88</b>
<b>VI. RECOMENDACIONES.....</b>		<b>89</b>
<b>VII. REFERENCIAS.....</b>		<b>90</b>
<b>ANEXOS.....</b>		<b>96</b>

**Área** : Ciencias Sociales  
**Línea** : Derecho  
**Sub línea** : Derecho Laboral  
**Tema** : Derecho Laboral Individual

**FECHA DE SUSTENTACIÓN:** 27 de diciembre del 2018



## ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1. Licencias por paternidad en América Latina y el Caribe .....	61
Tabla 2. Licencias por paternidad en Europa 2017 .....	67
Tabla 3. Muerte Materna según departamento de ocurrencia Perú 2013 – 2018 .....	97



## ÍNDICE DE ACRÓNIMOS

<b>CEPAL</b>	Comisión Económica para América Latina y el Caribe
<b>CIE – MM</b>	Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas Conexos con la Salud – Mortalidad Materna.
<b>CIT</b>	Conferencia Internacional del Trabajo
<b>Const. P.P.</b>	Constitución Política del Perú.
<b>ESSALUD</b>	Seguro Social de Salud
<b>IVSS</b>	Instituto Venezolano de los Seguros Sociales
<b>LOTTT</b>	La Nueva Ley Orgánica del Trabajo de Trabajadores y Trabajadora.
<b>OMS</b>	Organización Mundial de la Salud
<b>OIT</b>	Organización Internacional del Trabajo
<b>SUNAFIL</b>	Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral
<b>TC</b>	Tribunal Constitucional





## RESUMEN

En el Perú, en el año 2018 existió 366 muertes maternas de los cuales 23 corresponden al departamento de Puno, frente a este hecho se otorga a los trabajadores de la actividad pública y privada la acumulación de la licencia de paternidad con la de maternidad o la que reste de ella, es decir, se transfiere este derecho; pero, no queda claro respecto a su otorgamiento cuando la madre no tiene una licencia de maternidad, esta realidad motivó a realizar la presente investigación con el objetivo general de demostrar la factibilidad de la extensión de la licencia por paternidad en caso del muerte materna en el Perú; para ello se utilizó el enfoque cuantitativo de tipo descriptivo de corte transversal, donde se recolecto la información aplicando el método de la observación documental constituido por datos estadísticos del MINSA, legislación, doctrina peruana, el derecho comparado y fuentes escritas. El resultado demuestra, que es posible extender la licencia por paternidad en caso de muerte materna, porque, los tratados internacionales y la legislación Peruana, reconocen el derecho a la igualdad del trabajador, no discriminación, el derecho a la protección especial del niño y la familia como objetivos de dos personas (padre y madre), los cuales son derechos humanos individuales e intransferibles.

**Palabras Clave:** Extensión, licencia por paternidad, muerte materna.



## ABSTRACT

In Perú, in 2018 there were 366 maternal deaths, 23 of which correspond to the department of Puno, in view of this fact, the accumulation of paternity leave with maternity leave or maternity leave is granted to workers of public and private activity subtracting from it, that is, this right is transferred; but, it is not clear regarding its granting when the mother does not have a maternity leave, this reality motivated to carry out the present investigation with the general objective of demonstrating the feasibility of extending the paternity leave in case of maternal death in the Perú; for this, the quantitative paradigm, descriptive, cross sectional approach was used, where the information was collected applying the method of documentary observation made up of statistical data from MINSA, legislation, Peruvian doctrine, comparative law and written sources. The result shows that it is possible to extend the paternity leave in case of maternal death, because, international treaties and Perú, recognize the right to equality of the worker, non-discrimination, the right to special protection of the child and the family as objectives of two people (father and mother), which are individual and non-transferable human rights.

**Key Words:** Extension, paternity leave, maternal death.



# CAPÍTULO I

## INTRODUCCIÓN

La licencia por paternidad en caso de muerte materna es un hecho social relevante en el ámbito jurídico laboral, teniendo en cuenta que ante el nacimiento de un niño (a), el padre asume un conjunto de roles que se intensifica cuando ocurre una muerte materna.

En el Perú la Ley 29409, Ley que concede el derecho de licencia por paternidad a los trabajadores de la actividad pública y privada (2009, modificado el 2018), otorga a los padres diez (10) días consecutivos de licencia remunerada por el nacimiento de un hijo (a) y en el supuesto que la madre muera durante el parto o mientras goza de su licencia por maternidad, el padre es beneficiado de dicha licencia con goce de haber, a manera de acumulación de licencias (Art. 2 inc. 2.4), poniendo al trabajador en una situación de desigualdad frente a la licencia de maternidad el cual es de 98 días calendarios.

Esta realidad, motivo a desarrollar la presente tesis, que es guiado por el enfoque cualitativo de tipo jurídico dogmático, con el objetivo general de demostrar la factibilidad de la extensión de la licencia por paternidad en caso de muerte materna en el Perú.

Bajo estas consideraciones la investigación se estructura a través de siete títulos y a partir del título II se aborda la revisión de literatura, donde se especifica los antecedentes existentes respecto a la presente investigación, en el marco teórico se describe la Ley que concede el derecho de licencia por paternidad a los trabajadores de la actividad pública y privada (2009, modificado el 2018), la muerte en el embarazo, parto o puerperio, la supervivencia neonatal del fallecimiento de la madre y finalmente se aborda el tema sobre el trabajo y las responsabilidades familiares. Asimismo, el marco conceptual contiene



definiciones sobre la licencia, el derecho a la licencia por paternidad, el neonato y el bien jurídico protegido en la licencia por paternidad.

En el título III se describe los métodos y materiales utilizados en la ejecución de la investigación, en el título IV se analiza los resultados obtenidos, considerando la regulación de la licencia por paternidad en el derecho peruano, en la legislación comparada y en la normativa internacional, el daño causado por falta de acceso a la extensión de la licencia por paternidad en caso de la muerte materna, para finalmente proponer un proyecto de ley para modificar la regulación de la licencia por paternidad.

En los títulos V y VI se presentan las conclusiones y recomendaciones; en el título VII se proporcionan las referencias bibliográficas y finalmente se incorporan los anexos que contienen la legislación peruana sobre la licencia por paternidad y el material utilizado en la investigación.

## **1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

En el Perú, según datos del Centro Nacional de Epidemiología, Prevención y Control de Enfermedades del Ministerio de Salud, en el año 2018 se produjeron 315 muertes maternas de tipo directas e indirectas, de los cuales 23 muertes maternas corresponden al departamento de Puno; estas pérdidas ocurrieron mientras estaban embarazadas o dentro de los 42 días siguientes a la terminación del embarazo, incluyen a mujeres que al momento de fallecer tenían un vínculo laboral en el sector público o privado y a mujeres que eran amas de casa y/o no realizaban una actividad laboral informal.

Toda muerte materna tiene consecuencias irreparables para el bienestar del neonato, la familia, la sociedad y más aún si la mujer se encuentra en edad reproductiva



y productiva; estos aportes son invaluableles en dinero, porque ellas dan vida, son cuidadoras de miembros de la familia en estado vulnerable, ayudan a la formación y educación de sus hijos, por lo que, constituyen el pilar de sus hogares.

Por ello, ante una muerte materna, el padre asume un conjunto de roles destinados al cuidado integral de su hijo (a) con el fin de garantizar el bienestar y evitar la muerte del neonato, porque, según la Organización Mundial de la Salud (OMS, 2018), el riesgo de muerte del niño es mayor durante el periodo neonatal (Los primeros 28 días de vida), porque, el sistema inmunológico del neonato es vulnerable y se agrava aún más si no cuenta con la protección de su madre, este hecho pone al niño en un estado aparente de riesgo social.

En la actualidad, el trabajador no tiene facilidades para compatibilizar las responsabilidades familiares y el ámbito laboral, impidiendo que exista una mayor presencia paterna el primer año de vida del niño (a), porque, en esa primera etapa es importante ofrecer cuidados como: realizar la higiene del cordón umbilical y de la piel, cuidar de los tratamientos de salud preventivos (vacunas), brindar una alimentación y atención adecuada, con el fin de aumentar las probabilidades de supervivencia del niño y construir los cimientos de una vida con buena salud, además de fortalecer los lazos afectivos entre padre e hijo (a), para que en el futuro no ocurra el abandono moral, social y/o económico del niño (a).

En el Perú la Ley 29409, Ley que concede el derecho de licencia por paternidad a los trabajadores de la actividad pública y privada (2009 modificado el 2018 por la Ley 30807), otorga al trabajador diez (10) días consecutivos de licencia por paternidad remunerada y en el supuesto que la madre muera durante el parto o mientras goza de su licencia por maternidad, el padre es beneficiado de dicha licencia con goce de haber, a



manera de acumulación de licencias; es decir, no se extiende el permiso con equidad a la licencia por maternidad, este hecho impide al trabajador desenvolverse en igualdad de condiciones en el ámbito laboral, social e individual, para que participe de forma activa en el cuidado físico, psicológico y emocional del recién nacido, que se desarrolla en el interior aparentemente privado de la familia, por lo que es necesario modificar la norma.

En la acumulación de licencias de paternidad con la licencia de maternidad, existe aspectos no regulados, tanto para los empleadores como para EsSalud, porque, no se ha determinado quien asume el pago ni la base de cálculo del subsidio por maternidad o el pago del subsidio por el periodo que resta, desde el fallecimiento de la trabajadora (madre), ¿será en base a su remuneración de la madre o la del padre?, por otro lado, hay un vacío en el caso que la madre fallecida no sea trabajadora y por ende, no tenía derecho a una licencia de maternidad.

Frente a esta realidad, se suma que se estaría vulnerando los derechos a la igualdad, no discriminación, la adecuada protección del niño y de la familia, por lo que se estaría generando conflicto entre las normas.

## **1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA**

¿Será posible extender la licencia por paternidad en caso de muerte materna en el Perú?

## **1.3. HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN**

**Hipótesis general.-** Es posible el acceso a una extensión de la licencia por paternidad en caso de muerte materna en el Perú.



#### 1.4. JUSTIFICACIÓN DEL ESTUDIO

El embarazo, el parto y el puerperio son procesos fisiológicos naturales; sin embargo, representa un riesgo para la madre y el neonato (recién nacido) donde algunos casos terminan en una muerte materna ya sea por causas directas (muerte materna), indirectas (complicaciones no obstétricas y/o una enfermedad no relacionado al embarazo) o por causas externas (a causa de un tercero), este hecho que es más que una tragedia personal y familiar, ya que cuando una madre muere, su aportación productiva al hogar, a la fuerza de trabajo, a la economía y a la sociedad se pierde, y la supervivencia y educación de sus hijos se ven amenazadas (mensaje 2, Día mundial de la salud, 2005 – OMS), este hecho incrementa la desigualdad y la pobreza.

Cuando nace un niño (a), el padre tiene el deber de prodigarle cuidados, y para esta labor, en el Perú conforme a la Ley 29409, Ley que concede el derecho de licencia por paternidad a los trabajadores de la actividad pública y privada (2009, modificado el 2018), en el supuesto que la madre muera durante el parto o mientras goza de su licencia por maternidad, se acumula a la licencia del padre con la de la madre (Art. 2 inc. 2.4) olvidando que existe mujeres que no tienen un vínculo laboral durante su embarazo, parto o puerperio.

Sin embargo, esta acumulación de licencias continua siendo materia de cuestionamientos, porque la licencia de maternidad es de 98 días y se extiende por 30 días en caso de nacimiento múltiple o nacimiento de niño con discapacidad, el cual resulta mucho más extensa que la otorgada a los padres trabajadores. Frente a este hecho, el Estado continúa con políticas familiares que históricamente han estado destinadas con exclusividad a las mujeres y que sirven para consolidar la división sexual del cuidado de



los hijos, pues las mujeres son las encargadas del cuidado de los hijos y los varones tienen que trabajar por considerarlos únicos proveedores materiales de la familia.

Por ello, es importante realizar un cambio en nuestra legislación donde el Estado reconozca el derecho de los trabajadores de acceder a una extensión de su licencia por paternidad, para contribuir a su desarrollo humano, a la igualdad legal entre padres y madres en el acceso y en la duración de la licencia.

## 1.5. OBJETIVOS DE INVESTIGACIÓN

**Objetivo General.-** Demostrar la factibilidad de la extensión de la licencia por paternidad en caso de muerte materna en el Perú.

### **Objetivos Específico**

- Analizar las razones legales en el derecho nacional y comparado del acceso a una extensión a una licencia por paternidad en caso de muerte materna.
- Explicar la magnitud del daño causado por falta de acceso a la extensión de la licencia por paternidad en caso de muerte materna.
- Proponer una iniciativa legislativa sobre una norma excepcional en caso de muerte materna.





## CAPÍTULO II

### REVISIÓN DE LITERATURA

#### 2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

En un inicio, los trabajadores, ante el nacimiento de su hijo (a) solicitaban permisos que en algunos casos eran no remunerados, vacaciones o faltaban al trabajo; posteriormente, su origen formal se dio en Ginebra en el año 1981(Conferencia Internacional del Trabajo), en la 67° Reunión de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), se emitió la Recomendación 165, “Sobre los trabajadores con responsabilidades familiares”, el cual estableció en el numeral 22, que debe haber un periodo inmediatamente posterior a la licencia de maternidad, donde el padre o la madre deberían tener la posibilidad de obtener una licencia pero sin consecuencias laborales, sin pérdida del empleo y gozando de los mismos derechos que se derivan del mismo; a esto la OIT lo denominó “licencia parental”.

El Perú como Estado parte de la OIT, ratificó la Recomendación 165 en año 1988 y ha incluido dentro de su legislación la licencia por paternidad con la Ley 29409, Ley que concede el derecho de licencia por paternidad a los trabajadores de la actividad pública y privada (2009, modificado el 2018), como un derecho del padre para estar con su hijo recién nacido; este reconocimiento responde al derecho de igualdad que debe existir entre el hombre y la mujer, pero que aún está pendiente de consolidar.

Frente a este panorama, se tiene diversas investigaciones en el ámbito académico y una de ellas realizada en el Perú en la Universidad Nacional de Trujillo, la tesis de grado titula “el plazo de la licencia por paternidad y la igualdad como derecho fundamental”, realizada por Azabache & Barboza (2017), cuyo objetivo general fue determinar si el plazo de licencia por paternidad vulnera el derecho a la igualdad; bajo esa perspectiva



propone el aumento del plazo de la licencia a quince días consecutivos y en el caso especial como el del fallecimiento de la madre, propusieron que se subrogue a la madre en el disfrute del permiso de la licencia por maternidad de forma íntegra o en el periodo restante que le hubiere correspondido a la madre de no haber fallecido, tal como ocurre en nuestra legislación actual.

En Colombia la investigación: “Consecuencias de una muerte materna en la familia” elaborada por Rodríguez & Verdu (2013) con el objetivo de identificar y analizar las publicaciones que traten sobre las repercusiones o consecuencias de una muerte materna en la familia; para ello revisaron investigaciones cualitativas y cuantitativas en revistas biomédicas, donde participaron 439 familias de mujeres fallecidas, de las cuales reconstruyeron dos historias, obteniendo como resultado que las consecuencias de una muerte materna son de tal dimensión que repercuten durante mucho tiempo, tanto en la familia como en la comunidad y aclaran que a pesar de que su análisis se restringe a algunos estudios cualitativos, estas producen un impacto negativo en la estructura y dinámica familiar, así como aumenta en la morbi-mortalidad infantil.

A nivel de la Universidad Nacional del Altiplano de Puno, no se encontró antecedentes referentes al tema materia de investigación.

## **2.2. MARCO TEÓRICO**

### **2.2.1. La licencia por paternidad**

La licencia por paternidad como el derecho que tiene el trabajador a ausentarse de su puesto de trabajo con ocasión del nacimiento de su hijo o hija, con derecho a remuneración; asimismo, por la naturaleza y fines del beneficio concedido, éste es de carácter irrenunciable y no puede ser cambiado o sustituido por pagos en efectivo u otro



beneficio (Ley que concede el derecho de licencia por paternidad a los trabajadores de la actividad pública y privada, 2009).

La licencia por paternidad se concede a los trabajadores de los sectores público, privado, personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú e incluye a los trabajadores del Régimen de Contratación Administrativa de Servicios (CAS), conforme lo establece en el Expediente N° 00002-2010-PI/TC emitida por el Tribunal Constitucional.

El permiso por paternidad se amplía en el supuesto que la madre muera durante el parto o mientras goza de su licencia por maternidad, el padre del hijo (a) nacido (a) sería beneficiado de dicha licencia con goce de haber, de manera que es una acumulación de licencias. En caso de caso de parto natural o cesaría se otorga al padre diez (10) días calendarios consecutivos y se computa desde la fecha que el trabajador indique, comprendida entre la fecha de nacimiento del nuevo hijo y la fecha en que la madre o el hijo sean dados de alta (Ley que concede el derecho de licencia por paternidad a los trabajadores de la actividad pública y privada, 2009, art. 2); configurándose una suspensión imperfecta de labores.

De acuerdo con la norma la licencia por paternidad, no se otorga el permiso en las siguientes situaciones:

- Si el nacimiento ocurre dentro del período de vacaciones del trabajador,
- Si el contrato de trabajo se encuentra suspendido de forma temporal (por ejemplo, por motivos de conducta) no corresponde su otorgamiento en los casos en que el trabajador se encuentre haciendo uso de descanso vacacional o en cualquier situación que haya determinado la suspensión temporal del contrato de trabajo.



- El alumbramiento debe ser de su conyugue o conviviente, lo que significa que ante un alumbramiento extramatrimonial, no correspondería el beneficio, porque, un trabajador casado no puede tener una conviviente (Código Civil, art.326).

Para acceder a la licencia por paternidad el trabajador debe comunicar al empleador mediante un escrito donde detalle el inicio de la licencia por paternidad, adjuntando el documento probatorio con una anticipación no menor de quince (15) días naturales, respecto de la fecha probable del parto. Si el inicio del goce coincida con días no laborables, según la jornada aplicable al trabajador, el inicio del período de licencia se produce el día hábil inmediato siguiente. La remuneración que corresponde al trabajador durante los días que dure la licencia por paternidad equivale a la que hubiera percibido en caso de continuar laborando y es asumida por el empleador.

En caso de incumplimiento, el trabajador puede denunciar a su empleador ante la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL, 2018); la multa puede oscilar entre 5UIT y 100UIT, por lo que el empleador debe declarar en la planilla mensual de pagos, la licencia por paternidad otorgado al trabajador.

### **2.2.2. La licencia por paternidad y responsabilidades familiares**

Los diversos tipos de licencias (maternidad, paternidad, enfermedad, etc.) son fundamentales para que las personas puedan conciliar su trabajo remunerado con las responsabilidades familiares, y la “licencia de paternidad es fundamental para promover y reconocer el papel de los hombres en materia de responsabilidades familiares y prestación de cuidados” (Organización Internacional del Trabajo, 2009, p.3).

La familia son esferas en apariencia gobernadas por lógicas distintas: una pública, otra privada, y cada una de ellas afecta fuertemente a la otra. Las personas deben trabajar



y generar ingresos para atender las necesidades económicas (personales y de sus familias) y, al mismo tiempo, dedicar tiempo a los cuidados, los afectos y las tareas no remuneradas del hogar, tensionan la relación entre estas dos esferas (Organización Internacional del Trabajo, 2009, p.1).

Por otro lado, los cambios en la organización como la inseguridad e inestabilidad del trabajo, jornadas de trabajo que son menos previsibles, en incremento de empleos informales y atípicos, y la falta de políticas adecuadas que apoyen la conciliación de ambos mundos afectan el cumplimiento de las responsabilidades familiares, generando una serie de tensiones y costos en el trabajo como en los hogares. Frente a esta realidad, la gran mayoría de las familias recurren a estrategias privadas y femeninas para conciliar estos dos espacios.

La OIT afirma que para lograr que, las condiciones de trabajo respondan de manera óptima a las necesidades de las familias y simultáneamente se asegure la competitividad de las empresas, se requiere de un diálogo tripartito (Estado, empresa y trabajadores). Además, es necesario un diálogo con otros actores como las organizaciones de mujeres, proveedores de servicios para la niñez, etc.

### **2.2.3. Muerte en el embarazo, parto o puerperio**

En la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas de Salud Conexos – Mortalidad Materna, refiere que “la muerte materna es la muerte de una mujer mientras que está embarazada o dentro de los 42 días de terminar un embarazo, independientemente de la duración y la localización del embarazo, por cualquier causa vinculada o agravada por el embarazo o su manejo, pero no por causas accidentales o incidentales” (Organización Mundial de la Salud, 2012, p. 9).



En el Perú, conforme a la Directiva Sanitaria N° 036-MINSA/CDC-V.02 (2016) se clasifican operativamente como:

**a. La muerte Materna Directa** y/o muertes obstétricas directas, son aquellas que resultan de complicaciones obstétricas del estado gravídico (embarazo, trabajo de parto y puerperio), de intervenciones, omisiones, tratamiento incorrecto, o de la cadena de eventos que llevó a cualquiera de los arriba mencionados.

**b. Muerte Materna Indirectas** y/o muertes obstétricas indirectas, son aquellas que derivan de enfermedad previamente existente o enfermedad que apareció durante el embarazo y que no fue debida a causas obstétricas directas, pero que se agravó por los efectos fisiológicos propios del embarazo.

**c. Muerte Materna por causas coincidentes y/o incidental**, es aquella que ocurre por una causa externa a la salud de la madre, es decir las denominadas accidentales o incidentales. Algunos ejemplos son: accidentes de tránsito, muerte violenta por desastres naturales, herida por arma de fuego, homicidio, etc.

**d. Muerte materna tardía**, es aquella que ocurre por cualquier causa obstétrica directa o indirecta después de 42 días de ocurrido el parto, pero antes de un año de la terminación del embarazo. No se consideran para el cálculo de razón de tasa de muerte materna.

#### **2.2.4. Supervivencia neonatal del fallecimiento de la madre**

Ante la muerte materna y supervivencia del neonato, se produce un fuerte impacto en la estructura y dinámica familiar, deja un futuro incierto para los hijos huérfanos y los factores de bienestar para la supervivencia del niño (a) se precarizan. Asimismo, “una muerte materna significa el desequilibrio del núcleo familiar, que deja en la orfandad a



una familia entera” (García, 2017, p. 15), y este hecho trascenderá en la carencia de afectos, lactancia y cuidados del neonato.

De acuerdo a estudios sobre neonatos que han perdido a su madre, se sabe que se encuentran en una situación de riesgo social y desventaja, porque se vulneran sus derechos como el de la vida, a tener una familia, a la protección, y en muchos casos la familia descuidar la salud y desarrollo integral del niño (a) (OMS, 2010; Cajías, 2010 y UNICEF, en Montaña, 2016; citado por García, 2017, p. 16 y 17).

Esta población de sobrevivientes, puede compartir algunas características de riesgo que como 3 a 10 veces más probabilidades de morir en los dos años siguientes que los niños (as) que cuenta con ambos padres, presentan mayor riesgo de enfermar y de morir. Además de ser un problema de salud pública, es un imperativo ético por resolver. La madre en esos hogares era el eje del hogar y con su muerte se pierde la integración familiar, tienen mayor vulneración de sus derechos, especialmente en el caso de las niñas huérfanas, a muchas de ellas, se les prepara de forma indirecta a la maternidad temprana, porque asumen el rol de la madre que falleció y son responsables de los cuidados de sus hermanitos y las atenciones del padre.

## **2.3. MARCO CONCEPTUAL**

### **2.3.1. Derecho al trabajo**

El “trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona” (Const. P. P., 1993, art. 22). En esa línea, para el Tribunal Constitucional “Al trabajo puede definírsele como la aplicación o ejercicio de las fuerzas humanas, en su plexo espiritual y material, para la producción de algo útil. En ese contexto, implica la acción del hombre, con todas sus facultades morales, intelectuales y



físicas, en aras de producir un bien, generar un servicio, etc.” (Fundamento 18 del Expediente N° 0008-2005-AI/TC, 2006, pág. 21).

### **2.3.2. Derecho a la licencia por paternidad**

Para Addti, L; Cassirer N. & Gilchrist, K. (2014) “la licencia de paternidad en general consiste en un periodo breve de tiempo que se concede al padre inmediatamente después del nacimiento, para atender al/a la recién nacido/a y a la madre” (p. 7). En el Perú, la licencia por paternidad es el derecho que tiene el trabajador a ausentarse de su puesto de trabajo con ocasión del nacimiento de su hijo (a), con derecho a remuneración; es decir, es una autorización legal para ausentarse del puesto de trabajo por motivo del parto de la cónyuge o conviviente del trabajador”. (Reglamento de la Ley 29409, 2010, Art. 2 y 6).

### **2.3.3. Bien jurídico protegido en la licencia por paternidad**

Pacheco (2002) afirma que “el bien jurídico tutelado con este permiso es doble: el cuidado del hijo en tres momentos de su vida: al nacer, cuando se enferma y en el momento de la muerte. Y, en segundo lugar, la atención y ayuda a la madre en los primeros momentos que siguen al parto, ya sea que el hijo nazca vivo o muerto” (p. 28).

### **2.3.4. Titularidad del derecho**

El titular del derecho en la licencia por paternidad es el trabajador varón, padre biológico de la criatura, nuestra legislación no contempla la licencia por paternidad por adopción. Para acceder a este permiso, no se exige que el trabajador tenga un tiempo mínimo de labor, es suficiente que acredite el hecho causante es decir el nacimiento de su hijo (a) y su calidad de trabajador para que el empleador se encuentre obligado a concederle el permiso remunerado correspondiente.





### **2.3.5. Suspensión imperfecta de trabajo**

Conforme a nuestra normatividad, “la suspensión será imperfecta cuando el empleador abone la remuneración sin que exista una prestación efectiva de labores por parte del empleado. Dentro de este tipo de suspensiones podemos mencionar a los descansos vacacionales, así como el descanso pre y post natal” (Lora, 2016, p.272).

En el Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (1997) en su artículo 11 señala que se suspende de modo imperfecto, cuando el empleador debe abonar remuneración sin contraprestación efectiva de labores. En el citado precepto normativo ha determinado las ocasiones en las que, pese a que la relación laboral se encuentre vigente, el trabajador no prestará efectivamente sus servicios, generándose así una suspensión del vínculo de trabajo.

### **2.3.6. Derecho a la igualdad en el trabajo**

La igualdad ante la ley obliga a que el Estado asuma una determinada conducta al momento de legislar o de impartir justicia, es decir que la igualdad de trato obliga a que la conducta ya sea del Estado o los particulares, en relación a las actividades laborales, no genere una diferenciación no razonable y, por ende, arbitraria (Expediente N°008-2005-PI/TC, 2006, Fundamento 23, p. 21 y 22)

### **2.3.7. Paternidad**

La paternidad es definida como “la relación que los hombres establecen con sus hijas e hijos en el marco de una práctica compleja en la que intervienen factores sociales y culturales que además se transforman a los largo del ciclo de vida tanto ´del padre como de los hijos (as). Se trata de un fenómeno cultural, social y subjetivo que relacionan a



losvarones con sus hijos (as) y su papel como padres en distintos contextos, más allá de cualquier tipo de arreglo conyugal” (CEPAL, 2002, p. 5).

### **2.3.8. Neonato**

El Organización Mundial de la Salud (2018) refiere que el neonato es “un recién nacido es un niño que tiene menos de 28 días. Estos 28 primeros días de vida son los que comportan un mayor riesgo de muerte para el niño. Por este motivo, es esencial ofrecer una alimentación y una atención adecuadas durante este periodo con el fin de aumentar las probabilidades de supervivencia del niño y construir los cimientos de una vida con buena salud”, por lo que “los primeros 28 días de vida – el llamado periodo neonatal – son el momento más delicado para la supervivencia del niño” (Objetivo de Desarrollo del Milenio 4: Reducir la mortalidad infantil, 2015).



## CAPÍTULO III

### MATERIALES Y MÉTODOS

#### 3.1. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

De acuerdo a Campos, Marroquin, Flores y Delgado (2009) la presente investigación es de diseño “no experimental” y es guiado por el paradigma cuantitativo.

#### 3.2. TIPO DE INVESTIGACIÓN

La investigación es hipotético deductivo de tipo descriptivo de corte transversal.

#### 3.3. POBLACIÓN Y MUESTRA

La población de la investigación está constituido por la revisión de la legislación, doctrina peruana, derecho comparado y fuentes escritas actuales sobre la licencia por paternidad en caso de muerte materna. Por como muestra del universo se describe un Caso único.

#### 3.4. METODO DE RECOJO DE INFORMACIÓN

Para recoger la información se usó el método documental, el cual constituye una estrategia que permite observar y reflexionar sistemáticamente sobre datos estadísticos que refleja una realidad, para ello se utilizó diferentes tipos de documentos (estadística del MINSA, Legislación nacional, comparada y la doctrina), sobre la licencia por paternidad.



### 3.5. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

a. **Técnicas.**- Se usó la técnica de la observación directa documental para definir la información que dan cuenta de las posiciones jurídicas, que son producto de las normas aplicadas en los hechos de la vida social; y para ello se recopiló leyes, reglamentos y convenios (Pineda, 2017, p.24)

a. **Instrumentos:** Los instrumentos utilizados fueron la ficha de observación o registro, la ficha textual y la guía de entrevista estructurada.

### 3.6. DISEÑO DE ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE DATOS

a. **Método.**- Para el análisis e interpretación de datos se utilizó el método descriptivo.

b. **Técnica de análisis.**- En la investigación se analizó los datos en forma inductiva, guiado por la literatura inscrita en el marco teórico de la investigación, para lo cual se usó el “análisis de contenido” y la “interpretación jurídica”, estas técnicas permitieron identificar, separar y examinar la información obtenida en el proceso de recojo de información en la ficha documental, para consolidar el resultado.

### 3.7. ÁMBITO DE ESTUDIO

Legislación Peruana.



## CAPÍTULO IV

### RESULTADOS Y DISCUSIÓN

#### 4.1. LEGISLACIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL

El objetivo de la presente investigación es proponer la extensión de la licencia por paternidad para que cese inmediatamente la vulneración de los derechos fundamentales del padre trabajador cuya madre de su hijo haya fallecido a consecuencia de una muerte materna.

##### 4.1.1. La licencia por paternidad y su protección en el ámbito laboral

###### Protección Nacional

La licencia por paternidad es un derecho vinculado a otros derechos expresamente reconocidos, como es el derecho de la protección del niño (a), la familia; y este último es la inmediata responsable para quién ha nacido y no cuenta con protección de la madre porque ha fallecido y es el padre quien tiene el deber de cuidar al neonato y la forma en que este asuma su paternidad dependerá de muchos factores (laborales, valores éticos familiares, etc.) para desempeñar sus responsabilidades familiares y laborales.

Recientemente, se modificó la Ley que concede el derecho de licencia por paternidad a los trabajadores de la actividad pública y privada (2009), y establece lo siguiente:

###### Artículo 2.- Licencia por paternidad

[...] 2.4 En el supuesto que la madre muera durante el parto o mientras goza de su licencia por maternidad, el padre del hijo (a) nacido (a) será beneficiario de dicha licencia con goce de haber, de manera que sea una acumulación de licencias.



El supuesto del artículo 2 inciso 2.4, establece una acumulación de licencias y no admite una extensión de la licencia por paternidad, además hasta la fecha el reglamento no ha sido modificado, y aun no queda claro si continuara el empleador haciéndose cargo de los costos de la licencia objeto de transferencia, y se omitió legislar sobre la situación del padre trabajador cuya cónyuge y/o concubino no cuenta con una licencia por maternidad por no tener un vínculo laboral vigente al momento de fallecer, o porque, es posible la existencia de situaciones en que haya descanso pero no subsidio, cuando la trabajadora no cumpla con las condiciones señaladas para percibir dicha prestación económica.

Convenio N° 103 y la Recomendación N° 95 sobre la Protección de la Maternidad del año 1952, fueron revisados en el año 2000 y dieron origen al Convenio N° 183 (Protección de la Maternidad) que fue ratificado en el Perú mediante Decreto Supremo N° 012-2016-RE; esta norma reconoce determinadas licencias al trabajador y establece que en caso de fallecimiento de la madre antes de acabarse el periodo de licencia pos natal, el periodo de la licencia faltante, se le traslada al padre (R.191, de 1952).

Por otro lado, el convenio recomienda que la madre y el padre que trabaja, debería tener derecho a una licencia parental durante el periodo siguiente a la expiración de la licencia por maternidad, incluyendo este beneficio a los padres que adoptan hijos.

La licencia por maternidad, que es definido por la OIT (2012) como “el derecho de las mujeres a un período de descanso en el trabajo en relación con el embarazo, el parto y el posparto”. En el Perú la *Ley que precisa el goce del derecho de descanso prenatal y postnatal de la trabajadora gestante* (Ley 26644, 1996, modificado 2001, 2011, 2015 y 2018), otorga a la trabajadora gestante de gozar de 49 días de descanso prenatal y 49 días de descanso postnatal, el primero puede ser diferido, parcial o totalmente, y/o ser acumulado con el descanso postnatal (art. 1), durante esos períodos la trabajadora no debe



realizar ningún tipo de trabajo remunerado; asimismo, esta licencia puede extenderse por 30 días adicionales en casos de nacimiento múltiple o nacimiento de niños con discapacidad. EsSalud asume el costo del subsidio de maternidad de las Aseguradas Titulares en Actividad (art. 16 del Reglamento de la Ley 26790, *Ley de Modernización de la Seguridad Social*, 1997, modificado 2015, 2016 y 2017).

De acuerdo a la Directiva N° 09 – GG-ESSALUD-2016 el pago por subsidio por maternidad, se realiza en dos armadas; la primera armada se realiza al término de los primeros 49 días y la segunda armada se efectúa al vencimiento de los 98 días o 128 días subsidiados en caso de parto múltiple o niños con discapacidad, para dicho efecto la trabajadora tiene que cumplir los siguientes requisitos (ESSALUD, 2018):

- La asegurada regular debe contar con tres (3) meses consecutivos de aportaciones o cuatro no consecutivos dentro de los seis (6) meses calendario anteriores al mes en que se inicia el goce del subsidio.
- La asegurada agraria debe contar con tres (3) meses consecutivos de aportaciones o cuatro no consecutivos en los últimos doce meses, anteriores al mes en que se inicia el goce del subsidio.
- La asegurada regular debe tener vínculo laboral en el momento del goce de la prestación (al inicio y durante el periodo de subsidio).

Adicionalmente, la asegurada regular en actividad debe haber tenido vínculo laboral en el mes de la concepción.

- La asegurada en el régimen especial y la pescadora y procesadora pesquera artesanal independiente deben haber pagado el aporte del mes de la concepción antes de presentar la solicitud.



Está claro, que al momento del embarazo y alumbramiento la madre tiene que cumplir los requisitos y si no fuera así, no se acumularía a la licencia por paternidad en caso de muerte materna, quedando excluido de este beneficio a pesar de que algunos padres trabajadores cumplen por si mismos con los requisitos, vulnerando el derecho a la igualdad ante la Ley y no discriminación.

Esta lógica de la norma continua con la asignación tradicional de los roles del varón y la mujer, porque el derecho de los varones a la paternidad, están enmarcarlos a considerarlo como proveedor de la familia, ignorando su papel como padre; e incluso en la actualidad los varones se pueden sentirse valorados como trabajadores, pero sus responsabilidades de paternidad y cuidado son a menudo ignorados; vulnerándose su derecho a la igualdad, ante los diversos hechos que la realidad impone, porque, “los padres perciben que, las políticas favorables a la familia podrían estar en teoría disponibles a los padres, la socialización, la falta de hombres y la ausencia de un resultado favorable en el lugar de trabajo en que estas opciones sólo son utilizadas por mujeres” (Burnett et al., 2013).

Al respecto Garcia & Mendizaval (2015) cita a Martha Lamas, quien indica que es posible brindar un derecho individual conforme al derecho a la equidad de género considerando que hombres y mujeres, en pleno reconocimiento de sus diferencias, deben tener los mismos derechos y oportunidades. Ser hombre o mujer no debe servir de beneficio u obstáculo para hacer asequibles los derechos que todas las personas poseen por el simple hecho de serlo.

En el Perú, las normas que contienen el Derecho del Trabajo tiene un claro sesgo de género y esta es más visible en la legislación sobre la licencia por maternidad y paternidad; la primera es más ventajosa y este hecho contribuye a reforzar su identificación como las únicas destinatarias de las responsabilidades familiares, los cuales





promueven los roles sociales tradicionalmente asignados y perpetúan la desigualdad, y discriminación al excluir a los varones que asumen las responsabilidades familiares de forma íntegra cuando se suscita una muerte materna.

Construir los derechos de paternidad como derechos derivados del derecho de la madre continúa transmitiendo la idea de que son las madres las responsables del cuidado de los hijos, lo que atribuye una posición subordinada del padre en este ámbito al diseñar derechos derivados o accesorios, en lugar de derechos subjetivos de titularidad directa (Molero, 2009, p.239).

En un Estado de derecho es importante materializar una igualdad real en la legislación laboral como parte fundamental del trabajo decente; por lo que, la legislación debe promover la igualdad, en especial cuando fallece la madre, donde el padre asume todas las responsabilidades familiares; por ello es necesario garantizar que trabajador activo acceda a 98 días de licencia por paternidad con idénticas garantías que el permiso por maternidad, conforme a las disposiciones tanto nacionales como internacionales que reconocen los derechos y bienes comprometidos en esta causa.

### **Protección internacional**

Los instrumentos jurídicos internacionales representados por convenios, recomendaciones, declaraciones, pactos, convenciones, protocolos entre otros, con jerarquía constitucional para el Perú por su adhesión y ratificación como el de la OIT y otros instrumentos, son un complemento de los derechos y garantías en ella reconocidos. Estos instrumentos se refieren a derechos, deberes y libertades de todas las personas, entre ellas la protección de la familia, relacionado con el acceso al derecho a la licencia por paternidad, desde un enfoque basado en los derechos humanos.



## **Organización Internacional del Trabajo**

La OIT<sup>1</sup> no tiene normas sobre la licencia de paternidad, sin embargo, emitió instrumentos jurídicos como los Convenios, que son tratados internacionales legalmente vinculantes, ratificados por los Estados miembros o Recomendaciones, que actúan como directrices no vinculantes que se adoptan en la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT) y proporcionan orientación para guiar la política y la acción nacionales, con frecuencia se ocupan de las mismas cuestiones que los convenios. La finalidad de ambas formas es obtener un efecto concreto en las condiciones y prácticas laborales en todos los países del mundo.

Las Resoluciones adoptados en el CIT y por diversos órganos de la OIT, como las comisiones técnicas de expertos, conferencias regionales y reuniones técnicas, que responden a situaciones específicas de trabajadores, entre ellas tenemos la responsabilidad familiar y el trabajo, la igualdad de género como eje del trabajo decente y la licencia por paternidad. Estos instrumentos son preparados por los mandantes de la OIT (gobiernos, empleadores y trabajadores).

### **4.1.2. La especial protección de la familia como un derecho humano**

#### **En la Constitución política del Perú**

La Constitución Política del Perú otorga una especial protección a la familia, la cual es considerada un instituto natural y fundamental de la sociedad, por lo que, se considera que es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos; los padres que no cumplen con este deber, caen en actuación ilícita. Del mismo modo, en nuestro país todos tienen derecho a la protección de su salud la del medio

---

<sup>1</sup> La OIT fundado en 1919; es un organismo especializado de las Naciones Unidas. Su función es desarrollar y promover un sistema de normas internacionales de trabajo, los cuales fijan condiciones mínimas de derechos humanos en materia laboral. En el año 1946, se convirtió en un organismo autónomo vinculado a la ONU.



familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa (Const. 1993, art. 2,6 y 7).

### **Código Civil**

En caso de muerte materna hay que tener en cuenta que la familia es la institución fundamental para el desarrollo del ser humano y célula principal de la sociedad, de allí se desprende que los padres están obligados a proveer al sostenimiento, protección, educación y formación de sus hijos menores según su situación y posibilidades.

Los cónyuges se obligan mutuamente por el hecho del matrimonio a alimentar y educar a sus hijos, por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores (Código Civil Peruano, arts. 235, 287 y 418), este deber es también consecuencia del hecho jurídico de la procreación.

Por otro lado, los niños son sujetos de derechos y sustento del desarrollo; por ello el Estado debe ofrecer normas que contribuyan al cumplimiento del deber del trabajar como padre, más aun si está en un estado de vulnerabilidad del neonato, porque, el padre tiene que trabajar y generar ingresos para atender las necesidades económicas personales y de su familia y al mismo tiempo, dedicar tiempo a los cuidados que requiere el neonato y las tareas no remuneradas del hogar, lo cual tensiona la relación entre ambas esferas.

Batthyány refiere que “Los cuidados implican tiempo, conocimiento y dedicación exclusiva, sobre todo en los primeros meses de vida. Es una tarea “mano de obra intensiva” con tres componentes: el cuidado material, el económico y el psicológico” (citado por la CEPAL, 2011).

La interacción padre e hijo de calidad, contribuye al desarrollo del niño. La evidencia indica que esta participación es un factor clave para los niños haciendo mejor



en la vida en casi todos los indicadores de éxito (Flouri, 2005 y Lamb, 2010 citado en Asher 2011, citado por la OIT 2014).

Los beneficios de la licencia por paternidad en la vida de la familia y específicamente, del recién nacido, son diversos.

La licencia de paternidad ofrece al padre la gran ocasión de establecer un vínculo con el recién nacido, y le permite participar más en el ámbito doméstico. Hay datos que demuestran que la actuación del padre en los días siguientes al nacimiento tiene efectos positivos en el desarrollo y la salud de la criatura. Además, la mayor participación de los hombres en las tareas domésticas beneficia a la mujer, pues le permite equilibrar mejor las prioridades profesionales. Ofrecer la licencia de paternidad también beneficia a las empresas; las hace más compatibles con la vida familiar, y las ayuda a solucionar la disparidad entre mujeres y hombres, pues equilibran las condiciones entre ellos y reducen la discriminación por razones de maternidad. (Organización Internacional del Trabajo, 2015, p. 6).

El Decreto Legislativo N°1408, Para el fortalecimiento y la prevención de la violencia en las familias (2018), establece que la implementación de políticas sociales deben ser desde el enfoque transversal, donde las acciones del Estado tienen que garantizar el respeto de la dignidad humana, la libertad y la igualdad de oportunidades sin discriminación para desterrar las relaciones de poder, asimetrías e inequidades que existen en los roles y tareas que realizan los hombres y las mujeres que son obstáculos al desarrollo de relaciones igualitarias.



Esta norma, reconoce que la familia constituye el primer espacio de transmisión de afecto, seguridad, orientación, formación, educación, solidaridad y valores esenciales para el desarrollo integral de sus miembros, como seres humanos libres y felices, capaces de ejercer plenamente sus derechos, respetando la integridad y los derechos humanos de las demás personas, por lo que toda persona tiene derecho a vivir en familia, y este derecho es reconocido por el Estado y la sociedad (Const. P.P., Art. 5 y 6).

Las familias son el espacio fundamental donde se brindan los cuidados y la protección necesarios a sus integrantes, en especial a las niñas y niños, con la finalidad de cubrir sus necesidades y garantizar el ejercicio pleno de sus derechos para lograr su desarrollo integral y el derecho a una vida plena. Por lo que, entre las funciones del progenitor se tiene el de brindar al hijo una seguridad y protección económica, para garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de todos sus integrantes en el marco de la corresponsabilidad e igualdad, y otra función es el de transmitir, reproducir y promover vínculos de afecto entre las personas que integran las familias, esenciales para su formación, adquisición de habilidades emocionales, consolidación de su autoestima, autoconfianza y realización persona.

En deber del Estado es de promover responsabilidades familiares compartidas entre los integrantes de las familias, en términos de igualdad de género y el respeto a los derechos humanos, además de implementar programas, servicios especializados y políticos en beneficio de las familias que se encuentran en situación de vulnerabilidad.

La conciliación de la vida familiar y el trabajo, el Estado y las entidades privadas deben implementar acciones que permitan a las personas conciliar y armonizar sus responsabilidades familiares y su derecho al trabajo. El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo en coordinación con el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables y los tres niveles de gobierno, impulsan normas, estrategias y acciones



dirigidas a conciliar la vida familiar con el derecho al trabajo. Los servicios de cuidado diurno, vespertino, comunitario, lactarios u otros servicios se adecúan a los criterios estratégicos que establece el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, para contribuir a la conciliación de la vida familiar y el trabajo.

### **Plan Nacional de fortalecimiento a las Familias 2016 – 2021**

El Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables aprobó el 11 de marzo del 2016 el *Plan Nacional de fortalecimiento a las Familias 2016-2021* (D. S. N° 003-2016-MIMP, 2016), este documento de gestión tiene como finalidad general brindar condiciones, normas y servicios que permitan a las personas asumir sus responsabilidades familiares compartida, sin distinción de sexo, edad, estado civil, régimen laboral o estado socio económico, todo ello para continuar haciendo de las familias el mejor lugar para vivir.

Los niños, adolescentes crecen y se desarrollan en familias, por lo que el Estado debe fortalecer las funciones de estas para que generen vínculos primarios saludables y democráticos entre sus miembros, reconociendo las diferentes formas de organización familiar, la importancia de garantizar condiciones a sus miembros para que puedan asumir las funciones de formación, socialización, cuidado, seguridad económica y efectiva. Es decir, se debe promover políticas que protejan el principio de formar y vivir en familia de todas las personas, la generación de condiciones para que las personas puedan conciliar su vida laboral, la prevención de la violencia, abandono del menor y el fortalecimiento de la económica familiar.

### **Declaración Universal de Derechos Humanos**

Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. En el apartado 2) del Artículo 25 de ese instrumento, se proclama que “La maternidad y la infancia tienen



derecho a cuidados y asistencia especiales”, y en otros artículos se estipula que toda persona tiene derecho a la vida familiar, a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, a sí misma y a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana, un nivel de vida adecuado para la salud y el bienestar de la familia, incluso por lo que respecta a los servicios sociales y el derecho a la seguridad social.

### **La Convención Americana sobre Derechos Humanos**

La CADH, establece que la familia debe ser protegida por la sociedad y el Estado, y que los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derecho y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución, se adoptaran sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", establece en su artículo 15 lo siguiente:

#### **“Derecho a la Constitución y Protección de la Familia**

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material.
2. Toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna.
3. Los Estados partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a:
  - a. conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto;



- b. garantizar a los niños una adecuada alimentación, tanto en la época de lactancia como durante la edad escolar;
- c. adoptar medidas especiales de protección de los adolescentes a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral;
- d. ejecutar programas especiales de formación familiar a fin de contribuir a la creación de un ambiente estable y positivo en el cual los niños perciban y desarrollen los valores de comprensión, solidaridad, respeto y responsabilidad”.

En la sentencia recaída en el Expediente 02744-2015-PA/TC se señaló que "una de las formas más esenciales de cumplir con este mandato constitucional de protección a la familia radica en garantizar la unidad familiar de quienes la integran. Ello en tanto se asume a la familia como el lugar más idóneo para proporcionar a sus miembros, en especial a los niños, una adecuada satisfacción de sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas, debido a que ésta es el instituto básico, natural y fundamental de la sociedad, para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros" (fundamento jurídico. 32). La especial protección a la familia no solo busca preservar la unidad familiar sino también la salud de la familia.

### **El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, 1976), establece, en el apartado 1 del artículo 10, que los Estados deben conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, 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 refiere que se reconoce “el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”.





## **Convenio 156 y Recomendación 165 de la OIT sobre trabajadores (as) con responsabilidades familiares**

El Convenio 156 (1981) sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares, es adoptado en Ginebra en la sexagésima séptima (67ª) reunión adoptados en la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT) realizada el 23 junio de 1981 y entro en vigor el 11 agosto de 1983.

En el Perú se aprobó el Convenio 156 mediante la Resolución Legislativa N° 24508 (1986), con el fin de consolidar la igualdad de oportunidades y trato entre trabajadores y trabajadoras, reconociendo los problemas y necesidades particulares que enfrentan los (as) trabajadores con responsabilidades familiares, como el de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella.

El convenio reconoce el derecho de las personas con responsabilidades familiares a desempeñar un empleo sin ser objeto de discriminación y sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales; e insta a implementar medidas para permitir la libre elección de ocupación y facilitar el acceso a la formación, y para permitir la reintegración a la fuerza de trabajo después de una ausencia por las responsabilidades familiares; también plantea que se adopten medidas que consideren las necesidades de este grupo de trabajadores y el desarrollo de políticas sociales que brinden asistencia a la infancia y a las familias; además, la responsabilidad familiar no debe constituir de por sí una causa para despido. (Notas OIT 1 Trabajo y Familia, 2009, p. 1).

Para la OIT, las medidas destinadas a mejorar las condiciones de trabajo y la calidad de vida, debe ser la reducción de la jornada de trabajo y la flexibilidad de horarios; asimismo, propone medidas que tomen en cuenta las condiciones de los trabajadores a



tiempo parcial y/o laboran a domicilio, se plantea la ampliación de los servicios a la infancia y de ayuda familiar, gratuitamente o a un costo razonable. Se asume que tanto el hombre como la mujer son responsables de sus hijos/as y, por lo mismo, se propone que ambos puedan hacer uso de una licencia parental posterior a la licencia de maternidad.

Ante la realidad laboral, la OIT recomienda que el costo total de las prestaciones no deberían sostener solo los empleadores, sino que sería mejor “mancomunar los recursos a través del seguro social o de fondos públicos y de asistencia social aliviaría la carga de los empleadores y además promovería la no discriminación en el trabajo” (Romainville, 2006).

Esta recomendación busca generar medidas que contribuyan con las políticas de mejoramiento de las condiciones de trabajo y la calidad de vida para garantizar el acceso, permanencia y reintegro al trabajo de los trabajadores con responsabilidades familiares, incluyendo a quienes tienen trabajos a tiempo parcial o en sus hogares. Todas estas iniciativas se basan en la idea de que tanto hombres como mujeres, son responsables de sus hijos(as).

La Recomendación 165 (1981) establece que durante un período inmediatamente posterior a la licencia de maternidad, la madre o el padre deberían tener la posibilidad de obtener una licencia (licencia parental) sin perder su empleo y conservando los derechos que se derivan de él. La duración del período posterior a la licencia de maternidad y las condiciones de la licencia deberían determinarse en cada país por vía legislativa, disposiciones reglamentarias, o de cualquier otra forma apropiada que sea conforme a la práctica nacional.



#### **4.1.3. El derecho a la igualdad en el ámbito laboral**

##### **a. En la Constitución Política del Perú**

En el ámbito laboral, los trabajadores tienen derecho a la igualdad de oportunidades sin discriminación, derecho que tiene carácter irrenunciable, bajo esta premisa, se expide leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas (Const. P.P. art. 26 y 103); esta disposición recoge el principio jurídico de la generalidad y de las condiciones de igualdad en la expedición de las leyes.

El Tribunal Constitucional con la sentencia 00011003-2003- AVTC, publicada el 31 de agosto del 2003, señala que “la prohibición prevista en el artículo 103° de expedir normas por razón de la diferencia de las personas, debe ser interpretado en forma concordante con el Artículo 2° inciso 2 de la Constitución. En este sentido, el artículo 103° abunda en la necesaria igualdad formal prevista (en dicho artículo), según la cual el legislador no puede ser generador de diferencias sociales”.

En el presente caso, si bien es cierto que los objetivos de las licencias de cada progenitor son diferentes, ya que la licencia por maternidad protege la salud de la madre y del neonato antes, durante y después del parto, además de promover la lactancia; la licencia por paternidad, busca que el padre participe en el cuidado del recién nacido; es decir, fomenta la paternidad responsable, pero ante una muerte materna, es necesario hacer valer el derecho a la igualdad y no discriminación ante la Ley (Const. P. P. art. 2 inciso 2).

Acumular las licencias frente una muerte materna, no crea ni fomenta la igualdad; entonces, se tiene que extender la licencia por paternidad para revertir una situación de desigualdad material establecida por una norma en el Perú; al respecto, el Tribunal



Constitucional indica que la ley debe ser aplicada de modo igual a todos aquellos que estén en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas o de circunstancias que no sean las que se encuentren presentes en la ley (STC 00004-2006-PI/TC).

**b. La ley de igualdad de oportunidad entre mujeres y hombre**

En el Perú, se garantiza a mujeres y hombres el ejercicio de sus derechos a la igualdad, dignidad, libre desarrollo, bienestar y autonomía, impidiendo la discriminación en todas las esferas de su vida, pública y privada, bajo esta política pública en caso de muerte materna el trabajador tendría el derecho de acceder a una licencia similar a la licencia por maternidad (Ley 28983, 2007, art. 1).

Asimismo, el Estado tiene el deber de examinar las implicancias que tiene para hombres y mujeres cualquier política pública, incluyendo legislación, programas en todas las áreas y en todos los niveles del Estado Peruano, porque tiene que garantizar la igualdad y la efectiva protección de los derechos humanos para mujeres y hombres, la no discriminación y el pleno desarrollo de las potencialidades y capacidades individuales y colectivas y entre ellos se tiene la licencia por paternidad en especial cuando la madre del neonato fallece.

Respecto a la discriminación, la Ley establece que es cualquier tipo de distinción, exclusión o restricción, basada en el sexo, que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de las personas, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad entre la mujer y el hombre, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra, en concordancia con lo establecido en la Constitución Política del Perú y en los instrumentos internacionales ratificados por el



Estado peruano (art. 2), razón por la cual, el Estado peruano tiene que establecer el derecho a la licencia por paternidad en caso de muerte materna tan igual como la licencia por maternidad.

### **c. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre**

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante Declaración), aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana realizada en Bogotá, Colombia en 1948; este instrumento que no es un tratado que tiene un valor moral y político para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que es el encargado de la protección regional de los derechos humanos en América.

Los países miembros de la OEA como lo es el Perú, están obligados a reconocer la existencia y prevalencia de la “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre” (Esta regla ha sido establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-10/89) siendo sin lugar a dudas fuente de obligaciones internacionales, siendo sin lugar a dudas fuente de obligaciones internacionales.

La Declaración se ocupa del derecho a la igualdad en el artículo II, señala que todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna. En este sentido, “la igualdad ante la ley” insta el derecho de las personas a participar del bien común en condiciones generales de igualdad, sin ningún tipo de discriminación, el mismo que implica a no ser objeto de un trato diferenciado por razones de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica.

En el Perú, el derecho de acceder a una licencia por paternidad y maternidad, es para configurar una oportunidad para fortalecer los lazos afectivos de los progenitores y



sus hijos (padre e hijo en la licencia por paternidad), de esta manera se podría garantizar el respeto de sus derechos humanos, en igualdad de condiciones, sin menoscabo a ser discriminados por ninguna índole.

Respecto a la familia, se afirma que toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad y, a recibir protección para ella; |y como deber tiene que asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad (Art. XXX).

#### **d. Resolución relativa a la igualdad de género como eje del trabajo decente de la Organización Internacional del Trabajo**

La Resolución relativa a la igualdad de género como eje del trabajo decente, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT, 2009), en su 98° reunión, que trato sobre el análisis del Informe VI, *La igualdad de género como eje del trabajo decente*, concluyeron que la igualdad de género es una cuestión de justicia social y se funda en un enfoque basado en los derechos y la eficiencia económica, donde reconocen que las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar interesan a todos.

Las medidas que permiten conciliar el trabajo y la familia, no se dirige únicamente a las mujeres, sino también a los hombres. Diversas medidas nuevas (como el establecimiento de la licencia de paternidad y/o la licencia parental) han permitido que los padres que trabajan compartan en mayor medida las responsabilidades familiares, como el cuidado de los hijos y de los familiares dependientes. Hay datos que demuestran que cuando aumenta la participación de las mujeres en la fuerza de trabajo, un mayor número de hombres utiliza la licencia parental. También se considera que esas medidas mejoran las tasas de natalidad y puede reducir los prolongados horarios de trabajo de los hombres.



Los padres hacen uso de la licencia de paternidad y comparten más responsabilidades familiares, lo que pone de manifiesto un cambio de actitud paulatino y la eliminación de los estereotipos de género. Podrían impulsar ese cambio la legislación innovadora y las políticas activas, así como la toma de conciencia de la «paternidad» como un valor y una responsabilidad de carácter social. Se debe velar por que los hombres poco calificados no se vuelvan más vulnerables.

La Resolución, insta a los gobiernos a formular políticas adecuadas que permitan equilibrar mejor las responsabilidades laborales y familiares, incluir la licencia por paternidad y/o licencia parental y prever incentivos para que los hombres las aprovechen.

**e. Convenio 111 de la OIT: Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación**

En el Perú, el Convenio N° 111 y la Recomendación N° 111, es aprobado por Decreto Ley N° 17687 de fecha 6 de junio de 1969 y entro en vigencia el 10 de agosto de 1970; esta norma, sienta el principio de la no discriminación, igualdad en el trabajo, vinculados a la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres.

El Perú, está obligado a tener políticas de respeto a todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, porque tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades que deben tener en cuenta al momento de establecer las condiciones de trabajo, la seguridad social, los servicios y las prestaciones sociales con relación al empleo.

**4.1.4. El interés superior del niño y su condición de sujeto especial de protección**



La licencia por paternidad es un derecho laboral que indirectamente afecta a los derechos del niño (a); motivo por el cual, el desarrollo legislativo peruano debe velar y asegurar al trabajador un desarrollo pleno del acceso a una extensión de la licencia por paternidad en caso que haya fallecido la madre del neonato.

**a. Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño**

La Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por las Naciones Unidas en 1989, constituye un instrumento internacional que reconoce a los niños, niñas y adolescentes un conjunto de derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales que se resumen en cuatro principios fundamentales, uno de los cuales es el “interés superior del niño”, recogido por nuestro Código de los Niños, Niñas y Adolescentes en su Título Preliminar, establece que todas las medidas concernientes a los niños, adoptadas por instituciones públicas o privadas de bienestar social, tribunales, autoridades administrativas y órganos legislativos deben tener muy en cuenta este principio.

La Defensoría del Pueblo (2009) afirma que el contenido del interés superior del niño se define como la plena satisfacción integral de sus derechos. Así, “solo lo que se considera derecho puede ser interés superior” (Ferrajoli, citado por la Defensoría del Pueblo, 2009, p.17) y agrega que lo expuesto implica lograr la máxima satisfacción de todos sus derechos – siempre que sea posible – y la menor restricción de ellos.

La Ley 30466, *Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño* (2016), define el interés superior del niño como un derecho, un principio y una norma de procedimiento que otorga al niño el derecho a que se considere de manera primordial su interés superior en todas las





medidas que afecten directa o indirectamente a los niños y adolescentes, garantizando sus derechos humanos.

Los responsables de la toma de decisión o los que diseñen e implementen políticas, programas, servicios y proyectos que afecten, directa o indirectamente, a las niñas, niños en entidades públicas y privadas dentro territorio nacional, deben tener el principio del interés superior del niño, por lo que se tiene que modificar la ley que otorga el derecho a acceso de la licencia por paternidad en caso de muerte materna para beneficiar al grupo de niños y su mejor interés, además de establecer los procedimientos o procesos se resuelven en el menor tiempo posible, con el fin de prevenir eventuales efectos adversos en su evolución, conforme lo establece la Ley 30466 y su Reglamento (2018).

En ese sentido, la Constitución Política del Perú en su artículo 4, ratifica la obligación del Estado de proteger al niño, entendiéndose como tal incluso al concebido, conforme al numeral 2) del artículo 2° de la Carta Fundamental y el artículo 1° del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, en atención a su condición de persona humana demandante de especial cuidado y protección, tanto para la satisfacción de sus necesidades vitales, como para el logro de su realización integral.

Dentro del orden de prelaciones y jerarquías en el interior de una Constitución, es decididamente un hecho incontrovertible, que mayor importancia reviste para un Estado y su colectividad, el proteger a la infancia y más aún, si se encuentra en situación de abandono.

La protección de la familia y el interés superior del menor de edad, no pueden ceder ante una norma que vulnera los derechos fundamentales del trabajador y su hijo (a) neonato, por eso, es necesario establecer el acceso a una extensión de la licencia por



paternidad en caso de muerte materna igual a la licencia por maternidad, para no poner en riesgo los derechos humanos del infante, porque la licencia es un tiempo para el trabajador establezca un vínculo con el recién nacido, pues la acción del padre en los días siguientes al nacimiento tiene efectos positivos en el desarrollo y la salud del neonato, y esta presencia es más vital cuando la madre del neonato ha fallecido y solo cuenta con su padre.

### **b. La Convención sobre los Derechos del Niño**

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN, 1989), reconoce los derechos humanos de los niños y las niñas (personas menores de 18 años). El Perú como Estado Parte debe asegurar que todos los niños y niñas se beneficien de una serie de medidas especiales de protección y asistencia, para que puedan desarrollar plenamente sus personalidades, habilidades, talentos y crezcan en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

Respecto al cuidado, establece que el Estado debe garantizar el reconocimiento del principio que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Además, se especifica que los Estados adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños.

El Comité de los Derechos del Niño en la Observación General N° 7, realizado en Ginebra del 12 a 30 de septiembre del 2005, examinaron los informes de los Estados Partes, poniendo énfasis en estudiar las repercusiones más amplias de la Convención sobre los Derechos del Niño en los niños pequeños, denominando al debate: "Realización de los derechos del niño en la primera infancia" y el resultado se tradujo en un conjunto de recomendaciones (párrafos 15 al 20) como:



a. Reconocen que la familia (familia nuclear, ampliada y otras modalidades tradicionales y modernas de base comunitaria) se ocupa de la atención, el cuidado y el desarrollo de los niños pequeños, siempre que sean acordes con los derechos y el interés superior del niño.

b. Los lactantes dependen totalmente de otros, pero no son receptores pasivos de atención, dirección y orientación, son agentes sociales activos, que buscan protección, cuidado y comprensión de los padres u otros cuidadores, a los que necesitan para su supervivencia, crecimiento y bienestar. Los recién nacidos pueden reconocer a sus padres (u otros cuidadores) muy poco después del nacimiento, y participan activamente en una comunicación no verbal. En circunstancias normales, los niños pequeños forjan vínculos fuertes y mutuos con sus padres o tutores. Estas relaciones ofrecen al niño seguridad física y emocional, así como cuidado y atención constantes. Mediante estas relaciones los niños construyen una identidad personal y adquieren aptitudes, conocimientos y conductas valoradas culturalmente. De esta forma, los padres (y otros cuidadores) son normalmente el conducto principal a través del cual los niños pequeños pueden realizar sus derechos”.

c. Respetar las facultades en desarrollo de los niños pequeños es esencial para la realización de sus derechos, y especialmente importantes durante la primera infancia, debido a las rápidas transformaciones que se dan en el funcionamiento físico, cognitivo, social y emocional del niño, desde la más tierna infancia hasta los inicios de la escolarización (párrafo 17).

La primera infancia es el período de responsabilidades parentales más amplias (e intensas) en relación con todos los aspectos del bienestar del niño contemplados por la Convención: su supervivencia, salud, integridad física y seguridad emocional, nivel de vida y atención, oportunidades de juego y aprendizaje y libertad de expresión. En consecuencia, la realización de los derechos del niño depende en gran medida del



bienestar y los recursos que dispongan quienes tienen la responsabilidad de su cuidado (párrafo 19).

Estas y otras recomendaciones se tienen que plasmar en políticas y programas globales en favor de la primera infancia, especialmente para niños vulnerables como son los niños huérfanos, estos niños pueden encontrarse en especial situación de riesgo cuando el padre y otro cuidador son incapaces de ofrecerles la protección adecuada por motivos laborales, por lo que el objetivo de los Estados Partes deberá ser garantizar que todos los niños, en cualquier circunstancia, reciban protección adecuada en la realización de sus derechos.

#### **d. Declaración de los Derechos del Niño**

La Declaración de los Derechos del Niño (1959), resalta el interés en el bienestar del niño, considerando que la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle. Esta Declaración tiene como fin que el niño pueda tener una infancia feliz y gozar, en su propio bien y en bien de la sociedad, de los derechos y libertades que en ella se enuncian e insta los gobiernos nacionales a reconocer esos derechos y luchan por su observancia con medidas legislativas.

La licencia por paternidad tiene relación con el Principio 6 de la Declaración de los Derechos del Niño (1959), donde se establece que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión.

El niño siempre que sea posible, debe crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; es decir, este derecho conlleva la obligación de la familia, el Estado y la sociedad a cuidar, asistir y proteger al niño para procurar que tenga un nivel de vida adecuado y digno para su desarrollo físico, psíquico, afectivo, intelectual, ético, espiritual y social; para su eficacia resulta de vital importancia las relaciones parentales, pues los



padres son los primeros en dar protección y amor a sus hijos, así como en satisfacer sus derechos, por lo que la participación activa y permanente de los padres devienen indispensables para el desarrollo armónico e integral del niño (Tribunal Constitucional Expediente N°001821-2013-PHC/TC ).

#### **4.1.5. La protección constitucional a la libertad de trabajo**

El artículo 22 de la Constitución Política establece que "el trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona". En su artículo 23 establece que el trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, por lo que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

### **4.2. LEGISLACIÓN COMPARADA**

#### **4.2.1. Países de América Latina**

En los países de América Latina la licencia por paternidad es un derecho de carácter irrenunciable; de esta forma, los trabajadores al solicitar al empleador, este no puede condicionar o negar la petición. Pero, en Cuba, Chile, Ecuador y Venezuela, países que al igual que el Perú establecen que si la madre fallese, el padre del niño o niña tiene derecho a la licencia o permiso postnatal que hubiere correspondido a la madre en forma de acumulación de licencias.

#### **CHILE**

Al respecto, el Código de Trabajo (2018) de Chile brinda 5 días de licencia por paternidad pero en caso de muerte materna, establece que si la madre muere en el parto o durante el período posterior a éste, el permiso postnatal o el resto de él que sea destinado al cuidado del hijo, le correspondería al padre o a quien le fuere otorgada la custodia del menor, quien gozará del fuero establecido en el artículo 201 del Código del Trabajo y este



tendrá derecho a un subsidio equivalente al promedio de la remuneración mensual neta, del subsidio o de ambos, que se hayan devengado en los tres meses calendario más próximos al mes en que se inicia la licencia.

El fuero maternal en Chile, es una prohibición al empleador de poner término al contrato de trabajo sin desafuero, aún si desconocía tu estado de embarazo; este derecho de la trabajadora, se extiende desde el inicio de su embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad. Entonces, cuando ocurre una muerte materna el padre se le transfiere el derecho al fuero laboral y por el tiempo restante del fuero de la madre, también accede a este derecho el trabajador (a) a quien por resolución judicial le ha sido otorgado el cuidado personal de un niño (a), siendo la fecha de la resolución el inicio del plazo.

Sin embargo, en Chile el padre que sea privado por sentencia judicial del cuidado personal del menor perderá el derecho a fuero y subsidio. Además, otro beneficio que se otorga al padre el derecho al permiso para alimentar al hijo menor de 2 años y el derecho al acceso a una sala cuna siempre que la empresa donde trabaja exista 20 o más mujeres trabajadoras.

Entonces el padre trabajador en caso de muerte materna durante el parto o periodo posterior a este tiene derecho al fuero restante de la madre, al permiso postnatal o el restante de este, al subsidio correspondiente, al permiso de alimentación para hijo (a) menor de 2 años y tiene derecho a la sala cuna si la empresa en la que trabaja existen 20 o más mujeres trabajadoras.

Por otra parte, desde el año 2011, en Chile de acuerdo con los establecido en el artículo 197 bis del Código del Trabajo, incorporado por la Ley 20545, *Ley que modifica las normas sobre protección a la maternidad e incorpora el permiso postnatal parental*



(2011), se otorga el permiso posnatal a las trabajadoras por seis semanas antes del parto (prenatal) y tres meses (12 semanas) después de él (postnatal). Ambos períodos son pagados íntegramente. A este último permiso se agrega el permiso postnatal parental de tres meses (12 semanas) con descanso a jornada completa y pago total de subsidio, o de 18 semanas si la madre elige regresar a su trabajo por media jornada, en cuyo caso el subsidio será por la mitad del monto.

Si ambos padres son trabajadores, la madre puede elegir traspasar semanas de este permiso al padre:

- Si la madre decide tomarse 12 semanas a jornada completa, puede traspasar un máximo de seis semanas al padre a jornada completa.
- Si la madre decide tomarse 18 semanas a media jornada, puede traspasar un máximo de 12 semanas en media jornada.

En ambos casos las semanas utilizadas por el padre deberán ubicarse en el periodo final del permiso, y dan derecho a un subsidio cuya base de cálculo es su remuneración, es decir la licencia parental es más beneficiosa solo para la madre porque si el padre quiere hacer uso de este permiso la madre tendrá que renunciar y transferir este derecho y generalmente no lo hace por asegurar la lactancia materna, por ello solo el 1% de hombres accedió a hacer uso de este beneficio, según cifras entregadas por la Superintendencia de Seguridad Social (SUSESO, 2017).

El padre tendrá derecho a fuero por el doble del periodo que se tome a jornada completa o a un máximo de tres meses si lo utiliza a jornada parcial, contados desde diez días antes de iniciarse el permiso. Si el padre va a hacer uso del permiso, debe avisar con al menos diez días de anticipación a su empleador, al empleador de la madre y a la Inspección del Trabajo. El subsidio derivado del permiso postnatal parental es financiado



con cargo al Fondo Único de Prestaciones Familiares y Subsidio de Cesantía del decreto con fuerza de Ley N°150, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social de Chile.

En general, podría decirse que a nivel de América Latina Chile tiene la mejor legislación ya que permite que la madre y eventualmente los padres acompañen a sus hijos sus primeros 6 meses de vida, además existe empresas como Natura que de propia voluntad ofrecen al padre 40 semanas de licencia por paternidad en este país.

## **ECUADOR**

En Ecuador, conforme al Código de Trabajo (2018) el padre tiene derecho a la licencia con remuneración por diez (10) días por el nacimiento de su hija o hijo cuando el nacimiento es por parto normal; en los casos de nacimientos múltiples o por cesárea se prolongará por cinco (5) días más.

En caso de fallecimiento de la madre durante el parto o mientras goza de la licencia por maternidad (que para ella son doce semanas y diez días adicionales por nacimiento múltiple), el padre podrá hacer uso de la totalidad, o en su caso, de la parte que reste del período de licencia que le hubiere correspondido a la madre si no hubiese fallecido (Código de Trabajo, Art. 552).

En la reforma de 2009, se creó permisos adicionales como es la licencia o permiso sin remuneración para el cuidado de los hijos, donde el trabajador o trabajadora, concluida la licencia o permiso por maternidad o paternidad, tendrán derecho a una licencia opcional y voluntaria sin remuneración, hasta por nueve (9) meses adicionales, para atender al cuidado de los hijos, dentro de los primeros doce meses de vida del niño o niña, esta licencia aplicará también para el caso de padres o madres adoptivos.

Terminado el periodo de licencia o permiso de paternidad o maternidad respectivamente, el padre o la madre podrán solicitar dentro de los 3 días posteriores a la





terminación de la licencia o permiso de paternidad o maternidad los fondos de cesantía que tuvieren acumulados, los mismos que serán entregados el día sesenta y uno (61) contados a partir de la presentación de la solicitud; y para tal efecto estos valores no se considerarán para otras prestaciones de la seguridad social.

Durante el periodo de licencia o permiso sin remuneración se garantizarán las prestaciones de salud por parte de la seguridad social, las cuales deberán ser reembolsadas por parte del Ministerio de Salud Pública (Ley N° 0 art. 5, 2006).

### **VENEZUELA**

En Venezuela, la *Ley Orgánica del Trabajo de Trabajadores y Trabajadora* (LOTTT, 2012) y la *Ley de Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad* (LPFMP, 2007), establece que si fallece la madre, el padre del niño o niña tiene derecho a la licencia o permiso postnatal que hubiere correspondido a ésta.

La baja o descanso por maternidad, pre y post natal la trabajadora en estado de gravidez tendrá derecho a un descanso durante seis semanas antes del parto y veinte semanas después, o por un tiempo mayor a causa de una enfermedad, que según dictamen médico le impida trabajar. En estos casos, conservará su derecho al trabajo y al pago de su salario, de acuerdo con lo establecido en la normativa que rige la Seguridad Social (LOTTT, 2012, art.336). Es decir, la licencia por maternidad puede ser acumulada y es un derecho irrenunciable, por lo que, si fallece la madre el padre puede tomar la licencia por paternidad por 182 días o por los que hubiere correspondido a la madre.

Durante el descanso de maternidad, el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS) paga una indemnización diaria equivalente a los dos tercios (2/3) del promedio diario del salario (66,66% del salario total). Esto de acuerdo al artículo 141 del Reglamento General de la Ley del Seguro Social.



Cabe destacar, que la licencia por paternidad es un derecho irrenunciable, asimismo, en la normatividad venezolana otorga inamovilidad al padre desde el inicio del embarazo y hasta 2 años después del nacimiento del bebé y a los padres que tengan uno o más hijos con alguna discapacidad o enfermedad que le impida o dificulte valerse por sí mismo, estarán protegidos de inamovilidad laboral de forma permanente. Esto quiere decir que, el trabajador no podrá ser despedido ni trasladado de trabajo sin justa causa por el periodo señalado. Tampoco podrán modificarse sus condiciones de trabajo. Esta inamovilidad también se aplicará durante los 2 años siguientes a la adopción de niños menores de 3 años.

## **CUBA**

En Cuba la licencia por paternidad se establece en el Decreto Ley N°339, *De la maternidad de la trabajadora* (2016), contribuye a propiciar la responsabilidad compartida de la madre y el padre en el cuidado y atención de los hijos e hijas, ya que la normatividad cubana reconoce el derecho de ambos padres para decidir cuál de ellos se acogerá a la licencia laboral y atenderá a sus hijos durante su primer año de vida, una vez transcurridas las etapas de licencia postnatal (6 semanas antes del parto y 12 semanas post parto y si el embarazo es múltiple se extiende a 8 semanas más) y de lactancia materna. Sin embargo, ese cuerpo legal aún no es completo, solo hace referencia a los derechos de la madre, y no detalla las cuestiones económica – salariales en beneficio del padre.

En el caso del fallecimiento de la madre, establece que mientras disfruta del período de licencia postnatal, el padre del niño o niña, si es trabajador, tiene derecho a una licencia retribuida de duración equivalente al tiempo que falte para que expire el referido período de licencia, si cumple con los requisitos exigidos Asimismo, le corresponde el disfrute de la prestación social y las licencias complementarias a que la madre hubiera tenido derecho.



Además, permite que el padre que por circunstancias plenamente justificadas no pueda asumir esta responsabilidad, puede delegar expresamente el disfrute de esta licencia y la prestación social en la abuela, abuelo, hermana o hermano maternos o paternos u otro pariente que sea trabajador de los obligados a dar alimentos al menor de edad, hasta que el niño o niña arribe al primer año de vida.

Respecto a la prestación económica, cuando el padre o el familiar encargado del cuidado del menor, si es trabajador, se acoge al disfrute de la licencia posnatal por fallecimiento de la madre trabajadora, recibe la prestación económica que le corresponda, para la que se toma como base lo devengado por el trabajador en los doce (12) meses inmediatos anteriores al nacimiento del menor. Si cobró en ese período subsidio por enfermedad, accidente o garantía salarial, se le acredita como salario el que le hubiese correspondido de haber laborado en ese tiempo.

Es decir, el encargado del cuidado del menor al padre o extender la opción a uno de los abuelos maternos o paternos que sean trabajadores, hasta que el menor arribe al primer año de vida, los que reciben la prestación social ascendente al sesenta (60) por ciento de su salario promedio mensual, para la que se toma como base los salarios percibidos en los doce (12) meses inmediatos anteriores al nacimiento del menor.

El padre o familiar encargado del menor comunica por escrito la decisión a su empleador, dentro del término de hasta treinta (30) días naturales posteriores al fallecimiento de la madre trabajadora.

En Cuba existe las Licencias complementarias no retribuidas, cuando el menor arribe al primer año de vida, si en atención a su cuidado, la madre o el padre, según se trate, no puede reincorporarse a su puesto de trabajo, tiene derecho a una licencia no retribuida a partir de la fecha del vencimiento de la prestación social, que el empleador



está obligado a conceder hasta el término de tres (3) meses, vencido el cual la madre o el padre puede disfrutar las vacaciones acumuladas y, una vez concluidas, si no se reincorpora al trabajo, el empleador puede dar por terminada la relación de trabajo.

Cuando la madre o el padre estén impedidos de asistir al trabajo por razón del cuidado del menor, tienen derecho a disfrutar de una licencia no retribuida por el término de:

- a) Hasta nueve (9) meses, mientras el menor no arribe a un año de edad, para aquellos que no reúnan los requisitos para el pago de la prestación social, previstos en el artículo 11 del presente Decreto Ley;
- b) Hasta seis (6) meses, por razón del cuidado del menor de hasta diecisiete (17) años de edad, que se concede inicialmente por un período máximo de tres (3) meses, prorrogable tres (3) meses más, si subsisten las causas que motivaron la solicitud, y no puede ser inferior a una semana.

Para acogerse a la licencia no retribuida referida en el segundo caso, es requisito indispensable que la madre o el padre hayan trabajado efectivamente cuatro (4) meses dentro de los seis (6) anteriores a la fecha de solicitud de la licencia.

En la actualidad en todos los países de América Latina y el Caribe, las regulaciones laborales más ventajosas se transfieren como ocurre en el Perú y se muestra en la siguiente Tabla 1.

**Tabla 1. Licencias por paternidad en América Latina y el Caribe**

(Absoluto y porcentaje)

PAÍS	Duración (Días) *	Prestación n durante la licencia	Fuente de la prestación	MUERTE MATERNA	
				Duración (Días) <sup>a</sup>	Fuente de la prestación
Perú	10	100%	Empleador	98	Empleador
Chile	5	100%	Seg. Social	84 <sup>b</sup>	Seguro Social
Cuba	-	60%	Seg. Social	365 <sup>c</sup>	Seguro Social
Ecuador	10	100%	Empleador	84 <sup>b</sup>	Mixto 25% Empleador/75% SS
Venezuela	14	66%	Seg. social	182 <sup>b</sup>	Instituto Venezolano de los seguros sociales

FUENTE: Elaboración propia, sobre la base de la OIT (2018).

<sup>a</sup> En caso de muerte materna la licencia por maternidad se transfiere al padre.

<sup>b</sup> Licencia por paternidad individual.

<sup>c</sup> Licencia por paternidad más licencia parental

Las licencias por paternidad en caso de muerte materna en los países que muestra la tabla 3 se observa que el derecho al acceso a una extensión de la licencia por paternidad es transferible, no es individual. De los 31 países de América Latina y el Caribe estudiados, solo Chile y Cuba prevén la licencia parental, como se observa en la tabla en Cuba se otorga hasta un año de licencia para cuidar a un niño menor de 1 año de los cuales 12 semanas corresponden a la madre y luego es a elección de los padres.

Por otra parte, en todos los países las regulaciones laborales excluyen de beneficios a trabajadores informales, autónomos, por tiempo parcial, rurales, así como a sus hijos e hijas.

Rico & Pautassi (2013) refieren que "Es necesario que el Estado maximice los escasos recursos existentes, aumente el gasto social en la primera infancia desde el



nacimiento y actúe como proveedor y garante de la calidad del cuidado", por ello es indispensable que se trabaje con un enfoque integrado que considere los derechos de los niños, la igualdad de género y la política social inclusiva.

#### **4.2.2. Países Europeos**

En los países europeos que integran la Unión Europea como Finlandia, Suecia, España, Francia, Grecia y otros países, su tendencia es establecer la licencia parental que para Van (2016) es “un periodo de trabajo protegido para los padres empleados, que a menudo es suplementario a la licencia por maternidad o paternidad”, este término es más genérica y permite incluir proporciones específicas solo para padres, madres y una parte que se puede compartir (Moss, 2015; citado por Van, 2016).

Esta concepción se formó a partir de la ya derogada Directiva 1996/34/UE del Consejo de Europa, sobre el Permiso Parental, donde por primera vez, se caracterizó el permiso por paternidad como figura diferenciada del permiso por maternidad y también del permiso parental, como un derecho exclusivo del padre a ausentarse con mantenimiento de sus derechos, incluida la retribución con motivo del nacimiento del hijo. Además, en este Acuerdo Marco de la Directiva del 1996 estableció que debería configurarse como un derecho individual de las personas trabajadoras, hombres y mujeres, por motivo de nacimiento o adopción de un hijo (a), para poder ocuparse del mismo durante un mínimo de tres meses hasta una edad determinada que puede ser de hasta ocho años.

En la Resolución del Consejo y de los Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales, reunidos en el seno del Consejo, de 29 de junio del 2000, relativa a la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y familiar, en la cual se sugiere a los Estados Miembros a evaluar la posibilidad de que sus ordenamientos



jurídicos reconozcan a los hombres trabajadores como un derecho individual e intransferible al permiso de paternidad, manteniendo al mismo tiempo los derechos laborales; pues se entiende que sin la participación del padre no puede haber un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares, lo que obviamente dificulta el acceso y sobre todo, la permanencia de las mujeres en el mercado de trabajo.

Posteriormente la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo señala en su artículo 2.7 que su contenido no afectará al derecho de los Estados miembros a reconocer derechos específicos al permiso por paternidad; estableciendo que los Estados miembros que reconozcan tales derechos tomarán las medidas necesarias para proteger a los trabajadores del despido motivado por el ejercicio de dichos derechos y garantizarán que al término de dicho permiso tengan derecho a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente en condiciones que no les resulten menos favorables, y a beneficiarse de cualquier mejora de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia. Por tanto otorga a una protección a los trabajadores que disfruten de la licencia por paternidad similar a la prevista para las trabajadoras con licencia por maternidad.

En esta línea, también el Informe de la Comisión sobre la Igualdad entre mujeres y hombres (CE, 2007) refuerza este tema al incluir una serie de recomendaciones que los Estados miembros deben tener en cuenta respecto a los permisos parentales:

- Se deben conceder tanto a los hombres como a las mujeres, de forma individual y no transferible.
- Los permisos deben ser remunerados y que su duración no resulte excesiva, a fin de que no representen un obstáculo en la reincorporación al puesto de trabajo.



- Debe existir márgenes de flexibilidad en el disfrute de los permisos parentales, por ejemplo permitiendo que sean fraccionables y se puedan tomar a tiempo parcial.
- Debe promover los permisos de paternidad para “animar” a los padres a que se impliquen en la asunción de las responsabilidades domésticas y familiares desde el nacimiento del bebé.
- Preservar la empleabilidad de las personas trabajadoras en permiso parental mediante medidas de acompañamiento durante el permiso y en la vuelta al trabajo.

En la actualidad la Directiva 2010/18/UE del Consejo de Europa (vigente), por la que se aplica el “Acuerdo Marco sobre el Permiso Parental del 1996”, celebrado el 8 de marzo de 2010 por las organizaciones europeas de interlocutores sociales intersectoriales (Business Europe, la UEAPME, el CEEP y la CES), establece disposiciones mínimas para facilitar la conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales a los trabajadores con hijos, teniendo en cuenta la diversidad de las estructuras familiares y respetando al mismo tiempo la legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales.

Este acuerdo se aplica a todos los trabajadores hombres como mujeres, que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral definida por la legislación. Asimismo, los Estados miembros no deben excluir del ámbito de aplicación del presente Acuerdo a trabajadores a tiempo parcial, trabajadores con contrato de duración determinada o de personas que tienen un contrato de trabajo o una relación laboral con una empresa de trabajo temporal. (Directiva 2010/18/UE, Cláusula 1)





Bajo estas condiciones el Acuerdo marco establece de la siguiente manera sobre la licencia por paternidad y maternidad (Clausula 2):

- Se concede un derecho individual de permiso parental a los trabajadores, hombres o mujeres, por motivo de nacimiento o adopción de un hijo, para poder cuidarlo hasta una edad determinada, que puede ser de hasta ocho años y que deberán definir los Estados miembros o los interlocutores sociales.
- El permiso tendrá una duración mínima de cuatro meses y, a fin de promover la igualdad de oportunidades y la igualdad de trato entre hombres y mujeres, debe, en principio, concederse con carácter intransferible. Para fomentar un uso más igualitario del permiso por ambos progenitores, al menos uno de los cuatro meses será intransferible. Las modalidades de aplicación del período intransferible se establecerán a nivel nacional por ley o convenios colectivos que tengan en cuenta las disposiciones sobre permisos vigentes en los Estados miembros.

Del mismo modo, para aplicar el acuerdo los Estados podrían (clausula 3):

- Decidir si se concede el permiso parental a tiempo completo o parcial, de manera fragmentada o conforme a un sistema de crédito de tiempo, teniendo en cuenta las necesidades tanto de los empresarios como de los trabajadores;
- Subordinar el derecho al permiso parental a un período de trabajo o a una antigüedad, que no podrá ser superior a un año; al hacer uso de esta disposición, los Estados miembros o los interlocutores sociales velarán por que, en el caso de contratos sucesivos de duración determinada con el mismo empleador conforme



- a la definición de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, sobre el trabajo de duración determinada, la suma de estos contratos se tenga en cuenta a la hora de calcular la antigüedad necesaria;
- Definir las circunstancias en que se permite que un empleador, previa consulta conforme a la legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales, posponga la concesión del permiso parental por razones justificables relacionadas con el funcionamiento de la organización; cualquier dificultad resultante de la aplicación de esta disposición deberá resolverse conforme a la legislación, a los convenios colectivos o a los usos nacionales;
  - Además de lo dispuesto en la letra c), autorizar acuerdos particulares para responder a las necesidades de funcionamiento y organización de las pequeñas empresas.
  - Este Acuerdo Marco sobre el permiso parental, tiene un lenguaje inclusivo bajo una perspectiva de género, donde el permiso es considerado como un derecho individual de las personas hombres y mujeres, por motivo de nacimiento o adopción de un hijo(a), para poder ocuparse del mismo durante un mínimo de cuatro (4) meses hasta una edad determinada que puede ser de hasta ocho años.

Bajo esta perspectiva solo algunos países han ido cambiando su legislación. Dieciocho de los países de la UE-28 ofrecen licencia de paternidad y la duración media de la UE es de 12,5 días, que van de un día en Italia a 64 días laborables en Eslovenia. La indemnización varía en los casos en que la licencia de paternidad que es superior a siete días: de los 13 países que ofrecen, diez días o más, ocho proporcionan una compensación del 100%; los otros cinco proporcionan menos del 100 por ciento.

En la Unión Europea cada Estado miembro ha adaptado estas directrices europeas, y se observan situaciones diferenciadas entre unos países y otros. En la práctica, cada Estado europeo ha optado por los criterios más acordes con sus respectivas políticas nacionales y su posicionamiento ante la división sexual del trabajo.

La licencia por paternidad que se conceden en los países nórdicos (Finlandia, Islandia, Dinamarca, Suecia y Noruega) son los más aventajados en políticas sociales, con medidas que fomentan la igualdad entre padre y madre, facilitando la conciliación laboral y familiar. Además, en casi todos los países que la conceden, el padre tienen la posibilidad de decidir si gozar o no de su derecho.

Entre los países de Europa con políticas más igualitarias y aventajados podríamos destacar:

**Tabla 2.** *Licencias por paternidad en Europa 2017*

(Absoluto y porcentaje)

PAÍS	Duración (días)	Prestación durante la licencia	Fuente de la prestación
Corea	371	40%	Empleador
Japón	364	100 %	Empleador
Noruega	112	100%	Seg. social
Islandia	90	80%	Seg. social
Suecia	90	80%	Seg. social
Finlandia	56	100%	Seg. social

FUENTE: Elaboración propia, sobre la base de OIT (2016).

Como se observa en la Tabla 2, de acuerdo a l Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) el promedio de licencia por paternidad que



recomienda es de ocho (8) semanas, y sugiere otras medidas como el de reservar una parte del posnatal pagado para que sea utilizado por el padre, es decir que se pueda compartir, el asegurarse que la licencia se pague bien, asociándolo a períodos más cortos de ausencia y el de llegar a acuerdos laborales flexibles para que un padre no deje de trabajar completamente.

Las legislaciones de los países que integran la Unión Europea, otorgan los mismos beneficios al padre y a la madre, con alternancia en el uso; además, se da mucho más el uso de jornadas parciales y, en consecuencia, los progenitores pueden ocupar el tiempo que éstas permiten para el cuidado de los hijos.

Los países Corea del Sur y Japón son los más aventajados con respecto al acceso de la licencia por paternidad, porque ofrecen 371 días y 364 días respectivamente, pero en Corea del Sur el subsidio es equivalente al 40% de su remuneración, por lo que pocos trabajadores se animan a tomar su licencia.

## **NORUEGA**

En Noruega se da la licencia de parentalidad compartida, estos beneficios incluyen en total 42 semanas de licencia, que son divididos entre ambos padres. Estas semanas se distribuye 3 semanas antes del parto se reservan para la madre; 6 semanas después del parto se reservan para la madre y 4 semanas se reservan para el padre (Organización Internacional del Trabajo, 2009 cita el informe World of work, N° 54, 2005).

Las restantes 29 semanas de licencia parental pueden ser utilizadas por la madre, el padre o ambos. La cuota de paternidad de cuatro semanas fue introducida en 1993, con el fin de alentar a que los padres asuman un papel activo en el cuidado de los niños durante su primer año. Estas cuatro semanas no pueden ser transferidas a la madre y se pierden si



el padre no hace uso de ellas. Los padres pueden utilizar esta licencia independientemente de si la madre se queda en casa tras el parto o no, lo que significa que ambos padres pueden quedarse en casa simultáneamente. Alrededor del 90% de los padres que tienen derecho a esta licencia, efectivamente la utilizan.

## **SUECIA**

El actual sistema sueco, que fue introducido en 2002, concede 480 días (16 semanas) de licencia paterno – maternal, denominado licencia parental a las parejas con hijos recién nacidos, de los que 90 están reservados a cada uno de los padres y el resto se reparten entre ellos. Durante los primeros 390 días, el progenitor que deja de trabajar recibe 80% de su salario de parte del Estado. Después de eso, pueden tomar hasta 90 días más de licencia a una tasa más baja de pago, por lo que Suecia es uno de los países con la menor brecha de género, según el Foro Económico Mundial (2012).

Al igual que en el caso de la licencia de maternidad, la puesta en común de riesgos mediante el seguro social o los fondos públicos puede ayudar a mitigar la posible discriminación o la situación de desventaja laboral de los hombres con responsabilidades familiares, y puede propiciar un aumento del índice de utilización de la licencia por parte de los padres. El hecho de consagrar en la legislación nacional un derecho legal a la licencia de paternidad sería un indicador del valor que la sociedad atribuye al trabajo de cuidado de las mujeres y de los hombres, y propiciaría la igualdad de género.

## **ISLANDIA**

Notable es la experiencia de Islandia, nación en la que, a partir del año 2000, se fue implementando gradualmente un período postnatal parental en el que, de a poco, se fue aumentando la cuota in transferible de cada padre, hasta llegar a 3 meses para cada



uno (90 días), además de otros tres meses que pueden ser compartidos entre los dos. Cada padre recibe el 80% de su salario durante la baja.

## **ESPAÑA**

En España a partir del 5 de Julio del 2018 se concede 5 semanas de licencia por paternidad. Pero, bancos como el Banco Santander ofrece a sus empleados (Banco Santander, Banco Popular y Banco Pastor) una semana extra hasta las 6 semanas o entidades como la Mutua Madrileña o Ikea que estiran el permiso de paternidad hasta las 7 semanas.

El Congreso inicia la tramitación de una ley para igualar los permisos de paternidad y maternidad y llevar a los padres a ofrecerles 16 semanas de permiso.

Respecto al salario en España se otorga el 100% incluidos todos los conceptos de la base reguladora, normalmente incluidos todos los complementos asignados en la nómina. El Tribunal Supremo ha determinado que las cantidades recibidas durante el permiso de maternidad o paternidad están exentas del IRPF.

Después de revisar las legislaciones más beneficiosas para el trabajador respecto a su licencia por paternidad, se entiende que la concesión de una licencia para los padres es más habitual en las Economías Desarrolladas, África y Europa Oriental, y Asia Central. La duración de la licencia de paternidad varía, en estos países ofrecen periodos de licencia que superan las dos semanas.

Por otra parte, se observa que a pesar de que el tiempo de licencia por paternidad son los más altos a nivel mundial en países que conforman la Unión Europea como ocurre con Japón y Corea, una gran mayoría optan por no acceder a este beneficio, al respecto



Van (2016) opina que “los niveles de compensación bajos o inexistentes durante la licencia son un factor clave de por qué los padres eligen no tomar su derecho a la licencia o no pueden hacerlo, las investigaciones sugieren que un aumento en la aceptación probablemente será el resultado de un conjunto de familias entrelazadas políticas que ayudan a las familias con doble ingreso a combinar el trabajo y la vida familiar de manera sostenible” ( p. 20), pero en caso de muerte materna, los padres toman su licencia por paternidad considerando que él es el único responsable frente al cuidado del niño

“los índices elevados de utilización de la licencia guardan mucha relación con el nivel de compensación por la pérdida de ingresos mientras se está de licencia y con la disponibilidad de protección del empleo. En general, los datos indican que, más que licencias prolongadas con compensaciones reducidas, quienes trabajan, personas de uno y otro sexo, prefieren una licencia mejor remunerada, y además modalidades de trabajo favorables a la familia, y servicios de cuidado infantil de calidad y asequibles, que contemplen sus necesidades y las de sus hijos (as)” (Addti, L., Cassirer N. & Gilchrist, K., 2014, p.10).

### 4.3. CASO

#### **Fundamentos de hecho.-**

El señor J.Q.C. de 35 años de edad, labora en una institución formal del sector educación, y cuenta con tres (4) meses de aportación consecutivos al Régimen Contributivo de la Seguridad Social (EsSalud) y está afiliado al Seguro Regular (+Seguro) él y sus derechohabientes.



La conviviente del trabajador, la señora R.V.S.V. de 29 años de edad, natural del distrito de Ilave, provincia del Collao de educación superior completa, de ocupación ama de casa, cuyo seguro de salud era en calidad de derechohabiente; al encontrarse en la semana 38 de su estado de gestación, y al presentar dolores de parto, ingresa al Hospital III de EsSalud Puno en fecha 30 de Julio del 2018 para dar a luz.

El proceso de parto se complica y los médicos deciden realizarle una cesaría por presentar síntomas de preeclamsia; en dicha operación el neonato nace sin complicaciones, pero la madre entra estado de coma por lo que es transferida a un hospital de alta complejidad de la zona sur, Hospital Seguin Escobedo de ESSALUD de Arequipa, pero en fecha 4 de agosto del 2018 falleció, las causas de su fallecimiento es muerte cerebral, fallo multiorganos, insuficiencia respiratoria aguda, hemorragia.

Al trabajador se le otorgo una licencia por paternidad de 10 días, pues su cónyuge no le corresponde una licencia por maternidad porque su seguro de salud es en calidad de derechohabiente, por lo que no se le otorgo la transferencia que contempla la Ley 29409, Ley que concede el derecho de licencia por paternidad a los trabajadores de la actividad pública y privada (2009, modificado el 2018), siendo claramente vulnerado su derecho a acceder a una licencia por paternidad más extensa.

El trabajador labora en calidad de contratado bajo la modalidad de CAS, por lo que, refiere que para evitar ser despedido no realizó ninguna demanda, a pesar de que se estaría vulnerando sus derechos fundamentales como el disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a su derecho a trabajar libremente, al libre desarrollo de la personalidad, sino también en los derechos y/o bienes jurídicos protegidos, cuya titularidad corresponde a su hijo recién nacido, tales como el principio del interés superior del niño, la salud y la protección a la familia.





Adicionalmente al daño que se habría producido en la esfera subjetiva del trabajador y del recién nacido, pueden derivar en un riesgo de irreparabilidad del daño enfocado desde la perspectiva de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, y estos corresponden a un universo importante de personas y bienes protegidos (trabajadores, los hijos y la familia) los están en riesgo.

### **Sobre la protección de la licencia por paternidad**

El derecho del padre trabajador a gozar de la licencia por paternidad no se encuentra enumerado en la Constitución, lo cual no quiere decir que carezca de sustento constitucional, en ese sentido, la licencia por paternidad es un derecho vinculado a otros derechos expresamente reconocidos constitucionalmente, que adquiere especial relevancia debido a los diversos principios que la Constitución prevé con respecto al trato preferente hacia la el padre trabajador, el niño y la familia.

Nuestra Constitución reconoce el *derecho a la salud*, que comprende la dimensión reproductiva así como la salud del medio familiar; asimismo, se reiteró que la decisión de ser padre, junto con otras manifestaciones vinculadas a la libertad o autodeterminación reproductiva, está protegida por el *derecho al libre desarrollo de la personalidad*.

### **Sobre el pago del subsidio de paternidad**

El pago de la remuneración de la licencia por paternidad hasta los 10 días, lo asume el empleador, pero el subsidio de maternidad lo otorga EsSalud y se encuentra sujeto al cumplimiento de los requisitos y condiciones establecidos en las normas de seguridad social, como son la Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social; su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 009- 97-SA; entre otros dispositivos. Estos requisitos se encuentran relacionados a un determinado número de



meses de aportación al Sistema y, especialmente, con que la trabajadora haya estado afiliada al tiempo de la concepción, lo cual no sucede en el caso materia de análisis, porque, la conviviente del trabajador no contaba con un trabajo.

Mediante la Directiva N° 09-GG-ESSALUD-2016 "Pago de Subsidio por Maternidad", aprobada por Resolución de Gerencia General N° 518-GG-ESSALUD2016, se han establecido hormas, criterios y procedimientos que regulan el pago del subsidio por maternidad, que son de aplicación obligatoria para las entidades empleadoras, los asegurados regulares, aquellos bajo el régimen de Contrato Administrativo de Servicios - CAS, entre otros. Dichos requisitos no cumplía la mujer al momento del parto, siendo el titular del seguro el trabajador el cual había aportados 4 meses consecutivos anterior a ocurrida la contingencia.

En el contexto descrito, el derecho a gozar de licencia por paternidad constituye, claramente, un contenido implícito de los derechos a la igualdad, la salud reproductiva y a la salud del medio familiar, que se encuentra reforzado por la especial protección reconocida por la Constitución al niño indirectamente afectado.

### **Sobre la especial protección de la familia y el niño**

Por otro lado, el artículo 4 de la Constitución establece que la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño y a la familia, además, dispone la promoción de la paternidad responsable (artículo 6), así como el deber del Estado de brindar atención prioritaria al trabajo.

La niñez constituye un grupo de interés y de protección especial para el Estado. En efecto, el artículo 4 de la Constitución así lo ha considerado al establecer que “la



comunidad y el Estado deben proteger especialmente al niño y al adolescente” derecho que está establecido en instrumentos internacionales.

#### **4.4. DAÑO CAUSADO POR FALTA DE ACCESO A LA EXTENSIÓN DE LA LICENCIA POR PATERNIDAD EN CASO DE MUERTE MATERNA**

La licencia por paternidad es un derecho irrenunciable, pero si un trabajador no accede a una extensión por muerte materna, se estaría produciendo un daño a la persona, definido como la lesión al derecho de la licencia por paternidad, que afecta y compromete a la persona, carece de connotación económico patrimonial; el daño a la persona comprende el daño moral que estaría configurado por las tribulaciones, angustias, aflicciones, sufrimientos psicológicos, los estados depresivos que padece una persona ( Casación N°4122-2014, 7°considerando), pues perder a un ser querido como es la conyuge o concubina y enfrentar solo el cuidado de un recién nacido causa angustia en el trabajador.

La licencia por paternidad es una norma discriminadora, porque no promueve la igualdad, al establecer la licencia por maternidad como transferible y acumulable a la licencia del padre, y no como debe ser, un derecho individual y equitativo, por lo que se estaría vulnerando su derecho a la igualdad establecido en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución de 1993 que refiere que ante la Ley, nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

Existe importantes omisiones y deficiencias en la forma en que actualmente se reconoce el derecho a la licencia por paternidad en caso de muerte materna, por ello, se



debe adoptar medidas a efectos de lograr una igualdad material, a favor de las personas que se encuentran en una situación de desigualdad.

En la investigación Work and Family – Training Package, realizado por la Oficina de la OIT de Actividades para los Empleadores; y Programa sobre las Condiciones de Trabajo y Empleo, Ginebra (2008), publicada en la Hoja informativa N° 5 describe las consecuencias del conflicto entre el trabajo y la familia, que sería la lesión que sufre el trabajador al no concederle una extensión de su licencia por paternidad y son:

- a. **Posibles consecuencias en el trabajo o en el desempeño laboral**, se presenta como la pérdida de motivación, dificultades para concentrarse, ausencia del trabajo, o mala gestión del tiempo, menor productividad, dificultades en las relaciones de trabajo y deseo o necesidad de abandonar el trabajo.
- b. **Consecuencias sobre la salud personal, de los familiares o de las personas a cargo Síntomas y reacciones frecuentes**, como el estrés, ansiedad o depresión, la fatiga, mala salud psicológica o física, problemas en las relaciones y alteraciones de la salud reproductiva

En situaciones extremas, cuando no se puede conciliar las exigencias laborales y familiares se expone a riesgos a hijos u otros familiares en situación de vulnerabilidad, se desatiende a los familiares enfermos o con discapacidad, o quedan sin cuidados adecuados, se obliga a los hijos a dejar de estudiar para prestar cuidados esenciales (en ausencia de sus padres), mala salud a largo plazo, crisis psicológica o física y muerte o suicidio en el peor de los casos.



Las consecuencias sobre la fuerza de trabajo futura son el desaprovechamiento del potencial, la pérdida de eventuales calificaciones y capacitación, fuerza de trabajo menos saludable y menos instruida

- c. **En la sociedad,** se agudizan las desigualdades de género en el hogar y en la familia, se socava la posición de la mujer en el mercado laboral, no se protege a los grupos vulnerables, se bloquea el crecimiento y el desarrollo, donde las más perjudicadas son las familias más pobres.
- d. **Sobre los compañeros de trabajo,** se presentan como el desánimo, estrés laboral, mayor absentismo, deficiencias en la dinámica de grupo y menor productividad.
- e. **Para la empresa,** se tiene la pérdida de productividad, mayor ausentismo, mayores exigencias a los directivos, cuando se plantean problemas y no se resuelven, el desánimo, relaciones de trabajo deficientes, dificultad para retener al personal, incremento de los costes, pérdida de continuidad, malas relaciones laborales, mayores riesgos financieros, deterioro de la imagen de la empresa, quejas de los clientes si los servicios, los productos, la calidad, o los costos se ven afectados.
- f. **En el ámbito personal,** en ocasiones se tiene la pérdida del trabajo, de la seguridad laboral o de las perspectivas profesionales, posibles sanciones disciplinarias, baja calificación en las evaluaciones del desempeño, denegación de formación, de traslados o de promociones, renuncia forzosa, despido o descenso de categoría, incapacidad para terminar la formación o para aspirar a ella, incapacidad para encontrar otro trabajo y crisis en las relaciones laborales o las familiares



Bajo esta referencias queda claro que se causa una lesión en la parte psicosomática del trabajador, y que por lo general se ve desde una leve perturbación psicológica, como un dolor o un sufrimiento, depresión, hasta puede causar en algunos casos en la pérdida de discernimiento, etc; esta afectación puede ser producida por el hecho de tener que conciliar el trabajo y el cuidado del menor indefenso.

Por ello es importante consolidar el derecho a la igualdad, el cual no sólo debe hacer referencia a la duración del permiso, sino también a la protección frente al empleador por el ejercicio del mismo, y a la cobertura de la Seguridad Social. Ninguno de estos aspectos ha sido tenido en consideración por la legislación peruana.

Bajo estas inferencias, considero que el daño a la persona se produce a partir de la norma de la licencia por paternidad, el cual es una discriminación indirecta, porque existe un trato desigual que no está manifiesta de manera clara, porque está camuflada en el sentido de que la finalidad de ambas licencias que son diferentes; al respecto la literatura menciona que la licencia por maternidad protege el bien jurídico de la salud de la madre y el niño y promueve la lactancia materna y la licencia por paternidad es para que apoye en la recuperación de la mujer del parto y brinde cuidados al nuevo ser.

Ante una muerte materna, el padre sume por completo el cuidado del neonato y cumple el rol de la madre, como por ejemplo alimentar con leche maternizada al neonato; entonces, frente a este caso especial es necesario equiparar el derecho, además no debemos olvidar el principio del interés superior del niño, con el cual se debe priorizar la necesidad de protección del niño.

El daño que ocasiona la norma, es diferente en cada persona, es decir, solo quien lo sufre puede establecer el grado de daño que se le causa; debido a que el daño a la



persona es de carácter personalísimo, por lo que este tipo de daño a la persona será irreparable, y por más que en un futuro pueda equilibrarse el derecho de la licencia para cuidar a un hijo (a) recién nacido, no hay nada que se pueda hacer respecto a los momentos en los que se pudo causar severa pena y angustia al padre trabajador, debido a que no se brindó una extensión de su licencia.

Por lo que está claro que no es posible la reparación integral con la equivalencia perfecta e idéntica a la que se procura frente al daño material.

#### **4.5. PROYECTO DE LEY**

**SUMILLA: Proyecto de Ley N°.....**

**Ley que modifica la Ley 29409, Ley que concede el derecho de licencia por paternidad a los trabajadores de la actividad pública y privada, a efectos de extender la licencia en caso de muerte materna.**

La ciudadana Mercedes E. Olvea Alcon, ejerciendo el derecho de iniciativa legislativa que contiene el artículo 31 de la Constitución Política del Perú, el artículo 74 del Reglamento del Congreso de la Republica y el artículo 2 de la Ley 26300, Ley de los Derechos de participación y Control Ciudadanos.

#### **PROYECTO DE LEY**

**LEY QUE MODIFICA LA LEY 29409, LEY QUE CONCEDE EL DERECHO DE LICENCIA POR PATERNIDAD A LOS TRABAJADORES DE LA ACTIVIDAD PÚBLICA Y PRIVADA, A EFECTOS DE EXTENDER LA LICENCIA EN CASO DE MUERTE MATERNA.**



### **Artículo 1.- Objeto de la Ley**

La presente Ley tiene por objeto modificar el marco legal que regula la licencia por paternidad a efectos de facilitar que los padres puedan destinar un mayor tiempo posible al cuidado de sus hijos recién nacidos, cuando se presentan situaciones excepcionales que demandan mayor tiempo.

### **Artículo 2.- Alcance de la Ley**

La licencia por paternidad se otorga a los trabajadores que prestan labores en las distintas entidades y empresas de los sectores público y privado, cualquiera sea el régimen laboral o régimen especial de contratación laboral al que pertenezcan. Se incluye dentro de los alcances de la Ley al personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú.

### **Artículo 3.- Modificación del inciso 2.4 del artículo 2 de la Ley 29409, Ley que concede el derecho de licencia por paternidad a los trabajadores de la actividad pública y privada.**

Modifíquese el inciso 2.4 del artículo 2 de la Ley 29409, Ley que concede el derecho de licencia por paternidad a los trabajadores de la actividad pública y privada, en los siguientes términos:

#### **Artículo 2.- De la licencia por paternidad**

2.4.- En caso de muerte materna que ocurre mientras está embarazada o antes de que cumpla 1 año el niño (a), la licencia por paternidad se extenderá por 88 días naturales y más treinta (30) días naturales en caso de parto múltiple o nacimiento de niños con discapacidad.





Este beneficio también recae sobre el trabajador (a) a quien por resolución judicial se le otorga el cuidado personal de un niño (a) menor de 1 año, siendo la fecha de la resolución el inicio del plazo. (Licencia Parental)

Se excluye de acceder a una licencia por paternidad al padre que ha perdido la patria potestad del niño (a).

#### **Artículo 4.- Modificación del inciso f) del artículo 29 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728**

Modificase el inciso f) del artículo 29 del Texto Único ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en los términos siguientes:

#### **Artículo 29.- Es nulo el despido que tenga por motivo:**

(...)

- f) Es nulo el despido si se produce en cualquier momento del periodo de licencia por paternidad, se presume que el despido tiene como causa el nacimiento y sus consecuencias, si el empleador no acredita la causa justa del despido.

### **DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS**

#### **Primera.- Vigencia**

El presente decreto supremo entra en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano



## **Segunda.- Refrendo**

El Poder Ejecutivo reglamentará la Ley en un plazo de 30 días útiles, contados a partir de su vigencia.

Puno, 20 de diciembre del 2018

## **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

### **I. FUNDAMENTOS DEL PROYECTO DE LEY**

En el Perú, a fin de promover y fortalecer el desarrollo de las familias, aprobó la Ley N° 29409, Ley que concede el derecho de licencia por paternidad a los trabajadores de la actividad pública y privada, y dispone el otorgamiento al trabajador público, privado, incluidas las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional del Perú y los que se encuentran en el régimen especial de Contratación Administrativa de Servicios, una licencia remunerada de paternidad, en el supuesto que la madre muera durante el parto o mientras goza de su licencia por maternidad a manera de una acumulación de licencias; esta norma es un avance, pero aun no es suficiente para consolidar la igualdad en el otorgamiento de una licencia por el nacimiento de un niño.

En caso de muerte materna directa, indirecta o tardía, el Estado y la sociedad tiene el deber de garantizar el bienestar del neonato y la familia, por lo que es necesario consolidar el derecho a la licencia por paternidad como un derecho individual, intransferible, equitativo a la licencia por maternidad, porque este hecho pone al trabajador y al neonato en una especial situación de vulnerabilidad que requiere atención prioritaria de parte del Estado y sociedad, en cumplimiento de las siguientes normas:



El Perú aprobó el Convenio 156 sobre “la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: Trabajadores con responsabilidades familiares” mediante la Resolución Legislativa N° 24508 del 23 de mayo de 1986, por lo que estamos obligados a implementar medidas que permitan la reintegración a la fuerza de trabajo después de una ausencia por las responsabilidades familiares y a adoptar medidas que consideren las necesidades de este grupo de trabajadores, y el desarrollo de políticas sociales que brinden asistencia a la infancia y a las familias en igualdad.

En esta línea, la Constitución Política del Perú (1993) reconoce el derecho a la igualdad de oportunidades sin discriminación; además, brinda una protección especial al niño y a la familia que constituye el primer espacio de transmisión de afecto, seguridad, orientación, formación, educación, solidaridad y valores esenciales para el desarrollo integral de sus miembros, por los que toda persona tiene derecho a vivir en familia, por consiguiente el Estado debe promover responsabilidades familiares compartidas entre los integrantes de las familias, en términos de igualdad de género y el respeto a los derechos humanos. (Art 5 al 8 inc. 2 y 4 y art 26).

Por otro lado, la Convención sobre los Derechos del Niño obligada al Perú a respetar el interés superior del niño; en esa medida se reconoce en la Ley 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño (2016), donde se establece el derecho a que se considere de manera primordial todas las medidas que afecten directa o indirectamente a los niños y adolescentes, para garantizar sus derechos humanos, por lo que los órganos legislativos deben tener una consideración especial al establecer una norma que afecte directa o indirectamente a un niño.



En nuestro país, la Ley 30367, Ley que protege a la madre trabajadora contra el despido arbitrario y prolonga su periodo de descanso (2015), señala que las trabajadoras gestantes pueden gozar de 49 días de descanso prenatal y 49 día de descanso post natal, con el fin de proteger la salud de la madre y la del hijo en la etapa prenatal y garantiza la lactancia materna y la salud de la madre en el en la etapa post natal, mientras que la licencia por paternidad en caso de muerte materna, al no ser equitativa a la licencia por maternidad, impide garantizar el bienestar del neonato y fortalecer los lazos afectivos de padre e hijo (a).

Que, del mismo modo, la Ley 28983, Ley de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres (2007), tiene por finalidad garantizar a mujeres y hombres el ejercicio de sus derechos a la igualdad, dignidad, libre desarrollo, bienestar y autonomía, impidiendo la discriminación en todas las esferas de su vida, pública y privada.

En el Decreto Legislativo N°1408, Para el fortalecimiento y la prevención de la violencia en las familias (2018), establece que las políticas sociales deben ser implementadas con un enfoque transversal, donde las acciones del Estado tienen que garantizar el respeto de la dignidad humana, la libertad y la igualdad de oportunidades sin discriminación para desterrar las relaciones de poder e inequidades que existen en los roles que realizan los hombres y mujeres, los cuales son obstáculos para el desarrollo de relaciones igualitarias (art. 3 inc. 3.2).

El Plan Nacional de fortalecimiento a las Familias 2016-2021 (D.S. 003-2016-MIMP, 2016) tiene como finalidad general mejorar las condiciones, normas y servicios que permitan a las personas asumir sus responsabilidades familiares compartida, sin distinción de sexo, edad, estado civil, régimen laboral o estado socio económico, todo ello para continuar haciendo de las familias el mejor lugar para vivir.



Bajo estas premisas es necesaria la modificación de la Ley 29409, porque en el Perú la tasa de mortalidad materna siguen siendo elevada, ya que según datos del Centro Nacional de Epidemiología, Prevención y Control de Enfermedades del Ministerio de Salud, hasta noviembre del 2018 existe 315 muertes maternas (de tipo directas e indirectas) de mujeres que tenían una actividad laboral activa o eran amas de casa.

En la actualidad las tendencias observadas a nivel mundial respecto a las licencias de paternidad, es que éstas puedan aumentar su duración como un derecho individual e intransferible conforme al principio de progresividad, siendo factible otorgar al trabajador una licencia similar a la licencia por maternidad como lo realizan los países que integran la Unión Europea.

El Estado reconoce que los derechos individuales sean garantizados y se generen condiciones adecuadas en los espacios públicos y privados, por ello las familias representan un importante espacio de intervención para lograr la equidad, igualdad, libertad y justicia social. En este marco, el Estado debe potenciar las capacidades de las familias para asumir funciones de formación, socialización, cuidado, seguridad económica y afectiva de sus miembros.

Finalmente considero que en un Estado de derecho es importante materializar una igualdad real en la legislación laboral como parte fundamental del trabajo decente; por lo que, la legislación sobre la licencia por maternidad y paternidad deben buscar el respeto a la igualdad, en especial cuando fallece la madre, otorgando al trabajador activo 98 días de licencia por paternidad con idénticas garantías que el permiso por maternidad.



## **II. EFECTO DE LA VIGENCIA EN LA NORMATIVIDAD**

La aprobación de esta norma no es contraria a la Constitución Política del Perú, porque el efecto que va a tener, es el de fortalecer el derecho a la igualdad y no discriminación, el cumplimiento de las responsabilidades familiares, garantizar el bienestar del niño, la familia y la sociedad.

## **III. ANÁLISIS COSTO – BENEFICIO**

La aprobación de esta norma no va a generar gastos al erario del Estado, ya que la propuesta de la extensión de la licencia por paternidad lo asumirá la Seguridad Social de Salud a través del otorgamiento de prestaciones económicas.

Por otro parte, el otorgamiento de este derecho a los trabajadores en caso de muerte materna, tiene importantes beneficios que es incuantificable en dinero, debido a que los padres que están presentes los primeros días del recién nacido, fortalece los lazos afectivos entre padre e hijo (a) y contribuye al desarrollo físico, psicológico y emocional del niño (a), de esa forma se evitará el abandono moral y económico del menor en el futuro, porque el padre tendrá un papel más activo y permanente en las tareas domésticas no remuneradas que conciernen al cuidado de los hijos (as).

Proteger la primera infancia reducirá los costos sanitarios, de educación, índices de delincuencia y se incrementará los ingresos individuales de los adultos, es decir, es un beneficio económico para las familias y el Estado, este último contará con una mano de obra más competente y mejor preparada para afrontar los retos de una economía digital a escala mundial.



Conciliar las responsabilidades familiares con el ámbito laboral, genera condiciones que fortalecen la económica familiar sin descuidar sus responsabilidades paternas. De acuerdo con la OIT, al reconocer el derecho a la licencia de paternidad en la legislación nacional, los gobiernos, los trabajadores, los empresarios y la sociedad en su conjunto, fortalecen la igualdad de derechos entre las trabajadoras y trabajadores, básicos en un Estado de derecho.



## V. CONCLUSIONES

En el Perú, es factible extender hasta 98 días la licencia por paternidad, equiparable a la licencia por maternidad, porque, es un derecho humano laboral individual e intransferible, reconocido en instrumentos internacionales ratificados por el Perú y establecidos en nuestra Constitución Política, como el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación de personas con responsabilidades familiares, no discriminación en el ámbito laboral y el derecho a la protección especial del niño y del medio familiar.

Por otro lado, los países que integran la Unión Europea, reconocen y promueven el permiso por el nacimiento de un hijo como un derecho individual e intransferible, como lo establece la legislación de Suecia que tiene la menor brecha de género, porque concede 480 días (16 semanas) de licencia parental, de los que 90 días es para cada uno de los padres y el resto se reparten entre ellos; los primeros 390 días, el progenitor que deja de trabajar recibe 80% de su salario de parte del Estado. Después de eso, pueden tomar hasta 90 días más de licencia a una tasa más baja de pago.

En América latina y el Caribe, hay una tendencia de acumular las licencias de paternidad y maternidad, pero esto ocasiona en el trabajador un daño a la persona al no individualizar este derecho que son esenciales y fundamentales para consolidar el trabajo decente, la igualdad de género y no discriminación por razón de sexo en el ámbito social y laboral.





## VI. RECOMENDACIONES

En el Perú, además de extender la licencia por paternidad en caso de muerte materna, debe asegurarse el derecho a no ser despedido por 2 años a partir del nacimiento del hijo sin causa justa; además, debe brindarse el permiso por lactancia, donde el trabajador pueda ausentarse una (1) hora diaria en el horario de trabajo, para alimentar al recién nacido hasta que cumpla doce meses (1 año) de edad.

El Estado debe garantizar el pago del 100% de la remuneración del trabajador con licencia por paternidad y permitir a elección del trabajador fórmulas de trabajo flexible posterior a la licencia por paternidad, esta iniciativa permitiría al padre mantenerse activo en el trabajo sin descuidar sus responsabilidades familiares, por ejemplo pueden ser, semanas laborales comprimidas, trabajo a tiempo parcial, extensión de la licencia por paternidad no remunerado hasta por 6 meses, etc.

En general, el Estado y las Empresas deben ser compatibles con la vida familiar de los trabajadores, ayudando a revertir la desigualdad entre mujeres y hombres; brindando a ambos padres el mismo tiempo de permiso de forma individual, intransferible, donde su uso debe ser a elección de los padres. De esa manera se podría consolidar el derecho a la igualdad y contribuir a fortalecer el vínculo padre e hijo (a), para que este tenga mayores posibilidades de desempeñar un papel más activo en el desarrollo de su hijo.

En caso de trabajadores informales el Estado debe brindar mediante el Seguro Integral de Salud (SIS), un bono equivalente al sueldo mínimo vital hasta que el niño cumpla los 3 primeros meses de vida, para el progenitor o para quien por resolución judicial tenga el cuidado del niño (a).



## VII. REFERENCIAS

- Addati, L., Cassirer, N., & Gilchrist, K. (2014). *La Maternidad y la Paternidad en el Trabajo: La legislación y la práctica en el mundo*. doi:978-92-2-128631-8
- Anderson, J. (2011). *Responsabilidades por compartir: La conciliación trabajo – familia en Perú*. doi:978-92-2-325202-1
- Azabache, P., & Barboza, M. (2017). El plazo de la licencia por paternidad y la igualdad como derecho fundamental. (*Tesis de grado*). Universidad Nacional de Trujillo, Trujillo.
- Centro Nacional de Epidemiología, Prevención y Control de Enfermedades. (24 de Diciembre de 2018). *Muertes Maternas*. Obtenido de Ministerio de Salud: <https://www.dge.gob.pe/portal/docs/vigilancia/sala/2018/SE29/mmaterna.pdf>
- Código del Trabajo [Código]. (8 de Octubre del 2018). Dirección de trabajo. (Chile). Obtenido de [https://www.dt.gob.cl/portal/1626/articles-95516\\_recurso\\_1.pdf](https://www.dt.gob.cl/portal/1626/articles-95516_recurso_1.pdf)
- Código del Trabajo [Código]. (2018). Registro Oficial Suplemento N°167 (Ecuador).
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia & Oficina Regional para América Latina y el Caribe. (Julio de 2011). *Cuidados infantiles y licencias parentales*. Obtenido de Comisión Económica para América Latina y el Caribe: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/35987-cuidado-infantil-licencias-parentales>
- Conferencia Internacional de Trabajo 98. Reunión. (2009). *Informe VI: La igualdad de género como eje del trabajo decente*. Organización Internacional del Trabajo, Ginebra. Obtenido de [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_106175.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_106175.pdf)



Congreso de la República. (27 de junio 1996). *Ley que precisa el goce del derecho de descanso prenatal y postnatal de la trabajadora gestante. [Ley N° 26644]*. Diario Oficial el Peruano N°140601.

Congreso de la República. (5 de Julio del 2018). *Ley que modifica la Ley 29409, Ley que concede el derecho de licencia por paternidad a los trabajadores de la actividad pública y privada [Ley N° 30807]*. Diario Oficial El Peruano N° 14565.

Congreso de la República de Venezuela. (20 de septiembre de 2007). *Ley de Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad [LPFMP]*. Gaceta Oficial Extraordinaria N° 38.773.

Congreso de la República de Venezuela. (7 de mayo del 2012). *Ley Orgánica del Trabajo de Trabajadores y Trabajadora [LOTTT]*. Gaceta Oficial N° 6.076. Obtenido de <http://www.onapre.gob.ve/index.php/publicaciones/descargas/viewcategory/43-ley-organica-del-trabajo-los-trabajadores-y-las-trabajadoras>

Constitucional., Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal. (2015). *Compendio Normativo: Constitución Política del Perú*. Lima: Servicios Gráficos JMD S.R.L.

Convenio N°156. Convenio sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares. (23 de junio 1981).

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por don Juan José Gorriti y más de cinco mil ciudadano contra la Ley N.° 28175, Expediente N°008-2005-PI/TC (Tribunal Constitucional 12 de Agosto de 2005).

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. (Junio de 2006). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Obtenido de UNICEF: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>



- García, F. (2017). *Supervivencia Neonatal e infantil de madres fallecidas*. Obtenido de UNICEF: [https://www.unicef.org/bolivia/CIDES\\_UMSA\\_OMMN\\_-\\_Neonatos\\_que\\_sobreviven\\_a\\_madres\\_fallecidas.pdf](https://www.unicef.org/bolivia/CIDES_UMSA_OMMN_-_Neonatos_que_sobreviven_a_madres_fallecidas.pdf)
- García, J., & Mendizaval, G. (2015). *Análisis jurídico de la paternidad con perspectiva de género: Una visión desde la masculinidad*. Obtenido de <http://www.scielo.org.mx/pdf/rlds/n20/1870-4670-rlds-20-00031.pdf>
- Gutiérrez, W., & Sosa, J. (2005). *La constitución Comentada. Tomo I*. Lima: GACETA JURIDICA S.A.
- Lupica, C. (2016). Licencias de Paternidad y Permisos Parentales en América Latina y el Caribe: Herramientas Indispensables para Propiciar la Mayor Participación de los Padres en el Cuidado de los Hijos e Hijas. *DIALNET*, 5(3), 295-320. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5694489>
- Matorras, R., Hernández, J., & Molero, D. (2008). *Tratado para la reproducción humana para enfermería. Panamericana*. Madrid: Médica Panamericana S.A.
- Ministerio de Salud. (3 de Octubre de 2016). *Directiva Sanitaria N° 036-MINSA/CDC-V.02, 2016. Directiva Sanitaria de notificación e investigación epidemiológica para la vigilancia epidemiológica de la muerte materna*. Perú: Resolución Ministerial N°778-2016/MINSA. Obtenido de [https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/193019/191744\\_RM\\_778-2016-MINSA.pdf20180904-20266-1qi2qim.pdf](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/193019/191744_RM_778-2016-MINSA.pdf20180904-20266-1qi2qim.pdf)
- Molero Suárez, M. (2009). Maternidad, paternidad y Estado. Los derechos de conciliación como desarrollo del derecho a la igualdad entre hombre y mujeres. *IUS ET VERITAS*, 19(39), 224-243. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12177/12742>



- Organización Internacional del Trabajo. (13 de Enero de 2009). *Trabajo y responsabilidades familiares: Nuevos enfoques*. Obtenido de Organización Internacional del Trabajo: [https://www.ilo.org/americas/publicaciones/notas-trabajo-y-familia/WCMS\\_189330/lang--es/index.htm](https://www.ilo.org/americas/publicaciones/notas-trabajo-y-familia/WCMS_189330/lang--es/index.htm)
- Organización Internacional del Trabajo. (17 de Junio de 2009). *Licencia y responsabilidades en el trabajo*. Obtenido de Organización Internacional del Trabajo: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms\\_189335.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_189335.pdf)
- Organización Internacional del Trabajo. (17 de Marzo de 2009). *Lugares de trabajo que apoyan la conciliación: Mejores empresas*. Obtenido de Organización Internacional del Trabajo: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms\\_189332.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_189332.pdf)
- Organización Internacional del Trabajo. (1 de Diciembre de 2015). *MATERNIDAD, PATERNIDAD Y TRABAJO. Pequeños pasos para lograr grandes resultados*. Obtenido de Organización Internacional del Trabajo: [https://www.ilo.org/gender/Informationresources/Publications/WCMS\\_438275/lang--es/index.htm](https://www.ilo.org/gender/Informationresources/Publications/WCMS_438275/lang--es/index.htm)
- Organización Mundial de la Salud. (23 de Agosto de 2002). *Guía de la OMS para la aplicación de la CIE-10 a las muertes ocurridas durante el embarazo, parto y puerperio: CIE-MM*. Obtenido de Organismo Panamericano de la Salud: [https://www.paho.org/clap/index.php?option=com\\_content&view=article&id=175:guia-oms-aplicacion-cie10-a-las-muertes-ocurridas-durante-el-embarazo-parto-y-puerperio-cie-mm&Itemid=234&lang=es](https://www.paho.org/clap/index.php?option=com_content&view=article&id=175:guia-oms-aplicacion-cie10-a-las-muertes-ocurridas-durante-el-embarazo-parto-y-puerperio-cie-mm&Itemid=234&lang=es)
- Organización Mundial de la Salud. (3 de Octubre de 2018). *Lactante, recién nacido*. OMS. Obtenido de [https://www.who.int/topics/infant\\_newborn/es/](https://www.who.int/topics/infant_newborn/es/)



- Organización Mundial de la Salud. (4 de Setiembre de 2018). *Reducir la mortalidad de los recién nacido*. Obtenido de Organización Mundial de la Salud: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs333/es/>
- Pacheco, L. (2002). El permiso parental: Un derecho pendiente en el Perú. (*Tesis de grado de Derecho*). Universidad de Piura, Piura. Obtenido de [https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2807/Permiso\\_Parental\\_derecho\\_pendiente\\_Peru.pdf?sequence=1](https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2807/Permiso_Parental_derecho_pendiente_Peru.pdf?sequence=1)
- Pineda, J. (2017). *El Proyecto de Investigación de Tesis en Derecho*. Puno: Altiplano E.I.R.L. .
- Plácido, A. (2013). El modelo de familia garantizado en la Constitución de 1993. *Revista Derecho PUCP*, 2(71), 77–108. Obtenido de [http://revistas.pucp.edu.pe/imagenes/derechopucp/derechopucp\\_071.pdf](http://revistas.pucp.edu.pe/imagenes/derechopucp/derechopucp_071.pdf)
- Poder Ejecutivo del Perú. (12 de setiembre 2018). *Decreto Legislativo para el fortalecimiento y la prevención de la violencia en las familias*. [D. L. N°1408] . Diario Oficial el Peruano N°14644.
- Poder Ejecutivo del Perú. (17 de junio del 2016). *Instrumento de ratificación del Convenio Relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación*. [Decreto Ley N° 17687]. Obtenido de <https://www.uv.mx/uge/files/2014/05/Convenio-111-OIT.pdf>
- Poder Ejecutivo del Perú. (17 de junio del 2016). *Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño*. [Ley N° 30466]. Diario Oficial el Peruano N°13709.
- Poder Ejecutivo del Perú. (20 de setiembre de 2009 ). *Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud*. [Ley N° 26790] . Diario Oficial el Peruano N°10737.
- Reglamento de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud. [D. S. N° 009.97-SA]. (9 de setiembre 1997). Diario Oficial el Peruano N°6283.



- Rodríguez-Leal, D., & Verdú , J. (Diciembre de 2013). Consecuencias de una muerte materna en la familia. Aquichan. *Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal*, 13(3), 433-441. Obtenido de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=74130042011>
- Romainville, M. (22 de Enero de 2016). Datos sobre la licencia por paternidad que seguro no conoces. *El Comercio*. Obtenido de <https://elcomercio.pe/economia/peru/datos-licencia-paternidad-seguro-conoces-209009>
- Tribunal Constitucional del Perú. (2006). *Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Laboral* . Lima: PALESTRA EDITORES S.A.C.



# ANEXOS



## ANEXO A

**Tabla 3.** *Muerte Materna según departamento de ocurrencia Perú 2013 – 2018*

(Absoluto y porcentaje)

Departamentos de procedencia	Años						Total	%
	2013	2014	2015	2016	2017	2018*		
Amazonas	11	11	12	17	12	9	72	3.23
Ancash	14	15	12	14	8	12	74	3.32
Apurímac	1	2	4	3	1	1	12	0.54
Arequipa	12	11	11	14	8	9	65	2.92
Ayacucho	7	10	8	6	8	9	48	2.15
Cajamarca	29	30	31	22	31	18	161	7.22
Callao	12	18	9	7	6	9	61	2.74
Cusco	23	29	18	22	26	17	135	6.06
Huancavelica	2	6	4	2	9	2	25	1.12
Huánuco	10	8	14	10	14	16	72	3.23
Ica	6	4	4	3	4	6	27	1.21
Junín	16	30	26	11	19	13	115	5.16
La Libertad	31	30	28	25	23	20	157	7.04
Lambayeque	19	23	24	15	17	16	114	5.11
Lima	54	51	74	55	52	59	345	15.48
Loreto	29	32	25	24	34	21	165	7.40



---

Madre De Dios	5	3	2	2	2	2	16	0.72
Moquegua	1	0	1	0	0	0	2	0.09
Pasco	6	5	2	1	6	7	27	1.21
Piura	30	28	42	34	36	25	195	8.75
Puno	25	25	28	13	26	20	137	6.15
San Martín	18	13	14	8	18	5	76	3.41
Tacna	5	1	2	7	3	2	20	0.90
Tumbes	2	3	2	2	1	3	13	0.58
Ucayali	15	24	18	11	13	14	95	4.26
Total general	383	411	415	328	377	315	2229	100

---

**Fuente:** Centro Nacional de Epidemiología, Prevención y Control de Enfermedades – MINSA. (\*) Hasta la SE (semana) 46 – 2018.





## ANEXO – C

### GUÍA DE ENTREVISTA

Nombre del entrevistado:.....

**1. Situación laboral del trabajador**

.....  
.....

2. ¿Qué tipo de seguro tenía ud. al momento de la contingencia de salud (parto) de su cónyuge o concubina?

.....  
.....

3. ¿Qué tipo de seguro tenía su cónyuge o concubina al momento de su parto?

.....  
.....

4. ¿Cuál era la situación laboral de su cónyuge o concubina al momento de su parto?

.....  
.....

¿Tiempo de aportación a EsSalud que tenía antes de la contingencia de su cónyuge o concubina?

.....  
.....

5. Descripción de los hechos sobre el parto de su cónyuge o concubina

.....  
.....  
.....

6. ¿Cuánto tiempo duro su licencia por paternidad?

.....  
.....

7. Situación laboral posterior a la muerte de su cónyuge o concubina

.....  
.....