

# Protección especial a la madre trabajadora: relación con el cuidado infantil

*Isabel Herrera González-Pratto*  
Asociada de la SPDTSS

Universalmente es reconocido que la madre trabajadora debe acceder a derechos de protección mientras continúa trabajando estando embarazada, y a su retorno al trabajo después del alumbramiento. ¿Hasta qué momento después del parto aquella merece, a mérito del principio de igualdad, una especial protección? ¿Hasta que culmina la lactancia? ¿Durante la temprana infancia? ¿Y cuál es el mínimo conjunto de derechos que concretizan el mandato constitucional de especial protección, en cada momento? El presente trabajo describirá algunos problemas que afrontan las madres en ambos momentos, e incluso en un momento anterior: al buscar empleo.

Previamente a esta descripción, haremos una reseña del régimen legal peruano de protección a la maternidad. El corolario de nuestra propuesta es la de fortalecer de los mecanismos de asistencia al cuidado infantil, cuestión que, si bien forma parte de los llamados derechos parentales que gozan de autonomía, asegura en última instancia la dignidad e igualdad de la madre trabajadora, los cuales subyacen al principio de protección especial a la misma consagrado constitucionalmente; siendo por lo tanto, para nosotros, elemento consustancial a tal protección.

## **1. RÉGIMEN LEGAL DE PROTECCIÓN A LA MADRE TRABAJADORA**

A continuación reseñamos el marco legal de protección existente en nuestro país en esta materia.

## 1.1. Protección internacional y constitucional

La Declaración de Filadelfia en el párrafo h), de su parte III, cita la protección de la maternidad como uno de los fines y objetivos de la OIT.<sup>1</sup> Y una de las primeras acciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) fue adoptar el Convenio N° 3 sobre la protección de la maternidad, 1919, modificándose posteriormente por el Convenio N° 103 sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952. Éste último reafirmó «las normas establecidas en el Convenio anterior -el derecho al descanso de maternidad de 12 semanas de duración, incluido un período puerperal obligatorio, las prestaciones en dinero durante dicho descanso, la prohibición del despido durante el descanso de maternidad y la autorización de interrupciones del trabajo a efectos de la lactancia- pero con mayor detalle y, respecto de ciertos puntos, con más flexibilidad.»<sup>2</sup> La Recomendación N° 95 sobre la protección de la maternidad, 1952, aportó mejoras y estableció otras medidas destinadas a proteger la salud de las mujeres embarazadas, de las madres lactantes y sus hijos. Finalmente, en el año 2002 entró en vigor el Convenio N° 183 sobre protección de la maternidad (revisado), 2000, habiéndose emitido además la Recomendación N° 191 sobre la protección de la maternidad, 2000.

Aunque el Perú no ratificó ninguno de los tres Convenios (3, 103 y 183), entre los años 1936 (obreros) y 1948 (empleados) el Congreso aprobó un seguro social con similares criterios y principios (Leyes N° 8433 y 10902 de agosto de 1936 y noviembre de 1948 respectivamente). Y con anterioridad al seguro social para la madre trabajadora, el Perú aprobó un régimen laboral específico para las mujeres mediante la Ley N° 2851 (Noviembre 1918), ley que reguló la jornada de 8 horas diarias y 45 horas semanales; la hora de lactancia; la sala cuna para hijos menores de un año; la indemnización por despido injustificado; la indemnización por despido dentro de los 3 meses anteriores o posteriores al parto; y las indemnizaciones por accidente de trabajo.

---

<sup>1</sup> En: 267ava Reunión Ginebra, noviembre de 1996, Segundo punto del Orden del Día, Propuestas para el Orden del Día de la 87ava reunión (1999) de la Conferencia Internacional de Trabajo. En: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/gb/docs/gb268/267-gb2.htm#V>.

<sup>2</sup> *Ibid.*

Con relación al bloque normativo peruano contemporáneo, Jose Balta y Guillermo Boza entre otros, han reunido la información y elaborado un panorama comentado sobre todas las normas legales internas y los numerosos convenios y tratados internacionales aplicables en el Perú, en relación a las materias de igualdad, discriminación, acoso sexual y maternidad, por lo que sería redundante recontar exhaustivamente la compilación.<sup>3</sup> Para este trabajo, es suficiente citar en relación al *principio de igualdad y prohibición de discriminación*, los artículos 2 inciso 2) y 26 inciso 1) de la Constitución; tema que, en la normativa internacional tiene por instrumentos más específicos y relevantes, *la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación de la Mujer* ratificada por Resolución Legislativa N° 23432, así como los Convenios N° 100 (Convenio sobre igualdad de remuneración 1951) y N° 111 (Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación) 1958), ratificados por el Estado Peruano. En lo que concierne a la *maternidad*, cabe citar el artículo 23 de la Constitución; siendo que en el campo internacional este tema está de alguna forma previsto en el Convenio N° 156 (Convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares 1981) ratificado por el Perú, y en el Convenio N° 183 (Convenio sobre la protección de la maternidad 2000), el último no ratificado por el Perú.

## 1.2. Régimen legal peruano

Como afirma Guillermo Boza, en el Perú se ha decidido eliminar cualquier dispositivo normativo que haga referencia sobre la protección especial a la madre trabajadora que pueda ser interpretada como ventajosa sólo por su condición de mujer y deje de lado la consideración objetiva, que es la protección del estado de maternidad. En esta línea, para Boza y otros autores, los únicos hechos biológicos que justifican un trato diferente son el embarazo y la lactancia,<sup>4</sup> debiéndose dejar de lado, consideraciones subjetivas, so riesgo de violarse el principio de igualdad y la norma constitucional del deber alimentario de ambos padres hacia los hijos (artículo 6°). De esta forma, nuestro marco legal vigente, ha quedado como sigue:

---

<sup>3</sup> BALTA, José. Discriminación por maternidad en el trabajo y acoso sexual. En: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/>; BOZA, Guillermo. La madre trabajadora como sujeto especialmente protegido en el ordenamiento peruano. Lima, SPDTSS: 2004.

<sup>4</sup> BOZA, Guillermo. *Op.cit.*

### 1.2.1. Licencia por maternidad

Descanso retribuido de 45 días antes y 45 días después del parto, pudiendo el primer período ser diferido de manera total o parcial con el post natal, siempre que ello no afecte a la gestante o al concebido y se comunique al empleador con anticipación (2 meses antes de la fecha probable de parto).

Si el parto se produce después de la fecha probable, los días de retraso se computarán como días de descanso médico por incapacidad temporal.

Además, se puede sumar el descanso vacacional que tuviese adquirido automáticamente al término de la licencia por maternidad si la notificación de tal decisión al empleador ocurre con 15 días calendarios de anticipación.<sup>5</sup>

### 1.2.2. Monto de los ingresos durante la licencia (maternidad) y subsidio por lactancia

La licencia por maternidad es una obligación del empleador. Tanto las licencias o descansos pre natal, post natal y el permiso de lactancia son pagados a la madre trabajadora a través del sistema de Seguridad Social, teniendo derecho a recibir:

- **Retribución durante la licencia de maternidad.**- El subsidio que reconoce la Seguridad Social a través del ESSALUD se liquida de acuerdo al promedio diario de las remuneraciones de los 12 últimos meses. Si el parto ocurre después de la fecha probable, los días de retraso se pagarán como días de descanso por incapacidad temporal por el ESSALUD, liquidándose el subsidio de la misma forma.
- **Subsidio adicional:** A la madre trabajadora se le otorga por única vez, un subsidio adicional por concepto de lactancia.

---

<sup>5</sup> Ley 26644, modificada por las Leyes N° 27402 y 27606.

### 1.2.3. Horario de lactancia sin perjuicio de la remuneración

El permiso de lactancia materna es de una hora diaria y debe ser otorgada hasta que el menor cumpla un año de edad. El horario de lactancia se tomará dentro de la jornada de trabajo y se reputará como trabajado para todo efecto legal.<sup>6</sup>

### 1.2.4. Prohibición del despido

La madre trabajadora goza de especial protección en caso de extinción del vínculo laboral. La prohibición de despedir a una madre trabajadora sin causa justa se encuentra regulada en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, bajo el supuesto de «despido nulo»; supuesto que sólo será aplicable cuando:

- La trabajadora haya comunicado a su empleador su estado.
- Legalmente se presumirá que la nulidad del despido, si el mismo ocurre en cualquier momento del estado de gestación o 90 días posteriores al alumbramiento.

En estos casos, si el empleador no acredita la causa justa de despido, el despido será calificado como nulo, por lo tanto la trabajadora sería repuesta a su centro de labores, con el pago de las remuneraciones devengadas durante el proceso judicial hasta la reposición.

### 1.2.5. Protección a la salud de la mujer embarazada y a su hijo

Esta protección, que resguarda no sólo a la madre sino también al concebido, consiste en la adopción de medidas de seguridad y salud en el trabajo considerando el estado de maternidad.

---

<sup>6</sup> De acuerdo a la Ley N° 27240, modificada por la Ley N° 27591 y Ley N° 27403.

Los empleadores tienen la obligación de realizar los cambios en las labores que desarrolla la trabajadora cuando éstas pongan en riesgo su salud o la del concebido, previa evaluación del riesgo que corren. Asimismo la madre trabajadora podrá solicitar el cambio cuando se presenten riesgos generados por las condiciones del trabajo o por generados por el deterioro en la salud por su embarazo, siempre mediante un certificado que sustente lo solicitado. Los cambios que se establezcan son temporales hasta que el riesgo quede controlado o eliminado. En ningún caso estos cambios deben afectar los derechos laborales de la trabajadora.<sup>7</sup>

## 2. BÚSQUEDA DE EMPLEO Y DISCRIMINACIÓN CON MOTIVO DEL EMBARAZO

Las mujeres que buscan empleo sufren discriminación basada en su condición reproductiva. En México y otros países centroamericanos se han denunciado casos de trabajadoras que debían pasar por una prueba de embarazo para conseguir o mantener su empleo, principalmente en la industria maquiladora. Exigir pruebas de embarazo como condición para conseguir empleo constituye discriminación sexual prohibida por el Convenio N° 111 de la OIT (Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, 1958). La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha determinado que esta prohibición incluye la discriminación por motivo de embarazo.<sup>8</sup>

El Convenio N° 183 (Convenio sobre la protección de la maternidad 2000) señala que los Estados deben adoptar medidas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo, con inclusión del acceso al empleo; y expresamente contiene la prohibición de que se exija a una mujer solicitante de un empleo que se someta a un *test* de embarazo, salvo cuando se trate de trabajos prohibidos para mujeres embarazadas o lactantes, o que puedan presentar un riesgo reconocido para la salud de la mujer e hijo.

---

<sup>7</sup> BOZA, Guillermo. *Op. cit.* Base legal: Ley N° 28048 y su reglamento aprobado por el DS N° 009-04-TR.

<sup>8</sup> INTERNATIONAL LABOR OFFICE (Oficina Internacional del Trabajo). *Conditions of Work Digest*. (Módulos sobre Condiciones de Trabajo), vol. 13. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 1994. p.14, citado en: *Discriminación Sexual por Motivo de Embarazo en las Zonas Francas de la República Dominicana: Implicaciones para el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y Centroamérica (CAFTA)*. Informe de abril 2004. En: <http://hrw.org/spanish/informes/2004/dr0404/>

En el Perú, se sabe que en algunas industrias como la textil, agroindustria, productos pesqueros, y cosecha de algodón, trabajan numerosas mujeres como destajeras por su gran rapidez y destreza manual. Sin embargo, es muy poca la información de la que se dispone sobre las condiciones de trabajo de estas trabajadoras y si se presentan o no casos de discriminación con motivo del embarazo, particularmente para preservar el empleo. Por nuestra parte, consideramos que aunque no acontezca exactamente mediante la exigencia de un *test* de embarazo, o no haya un registro de denuncias, la discriminación probablemente tiene lugar en todos los sectores. Y es que en el fondo ningún empleador va a preferir a una persona menos productiva que otra; y no informar el estado de gestación sería considerado como una «deslealtad» hacia el empleador. Las posibilidades de una mujer embarazada de conseguir empleo son entonces usualmente bastante escasas.

### **3. LA PROTECCIÓN DE LA MADRE TRABAJADORA DURANTE EL EMBARAZO**

#### **3.1. «Notificación documental» del estado**

Incluso para las mujeres que llevan tiempo en un empleo, la comunicación al empleador de su estado constituye muchas veces una noticia embarazosa, pues la maternidad acarrea algún nivel de planificación y costos adicionales, aunque éstos sean según estudios de la Organización Internacional del Trabajo bastante marginales, excepto para los sectores informales, donde frente a la inexistencia de la cobertura de la maternidad por la seguridad social, sí hay un problema, cuya salida más fácil es la de concluir el vínculo. Normalmente sólo empresas formales de suficientes recursos, y que respetan la dignidad de las personas, apoyan sin mayor incomodidad a la trabajadora.

Sin embargo, la notificación es requisito formal del cual depende el inicio del llamado fuero maternal, de suerte que es posible que muchos casos queden descubiertos por la falta de una notificación formal o escrita, en razón de que la ley peruana exige una «*notificación documental*», término que mueve a algunos autores incluso a sugerir que luego de ello el empleador «podrá solicitar válidamente a la trabajadora que demuestre mediante documentos y pruebas médicas su estado

de gravidez o podrá solicitarle que se someta a un examen médico a fin de determinar la veracidad de su afirmación.»<sup>9</sup>

Nos preguntamos si realmente debería exigirse una «*notificación documental*» que podría ser limitativa de la protección. Para nosotros, las relaciones laborales deben discurrir con naturalidad y debería aceptarse la forma de comunicación que mejor se ajuste a las costumbres en la organización. A nuestro modo de ver, merecería mayor consideración la intimidad y dignidad de la trabajadora que está embarazada. Y si bien algunos países consignan la notificación, no la rodean de formalidad<sup>10</sup>; e incluso otros países prescinden por completo de legislar la misma, dejando en todo caso a la jurisprudencia delinear si opta por el principio de seguridad jurídica que supone la comunicación al empleador, o la tutela enérgica de la maternidad que le dispensa de la prueba del móvil discriminatorio haciendo innecesaria la comunicación.<sup>11</sup>

### 3.2. Fuero maternal versus despido discriminatorio

Sobre la relación entre fuero maternal y despido discriminatorio, tal y como está redactada la norma, la misma da pie para que la doctrina nacional se incline por considerar como algo redundante, aunque finalmente preferible y correcto, el inciso e) del artículo 29 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, norma que señala que es nulo el despido que tenga por motivos el embarazo, presumiéndose que el despido tiene por motivo el embarazo si el empleador no demuestra justa causa para despedir. En efecto, el inciso d) del mismo artículo ya prevé la nulidad del despido discriminatorio. Bajo el esquema de despido discriminatorio, Balta nos enseña que conforme al primer párrafo del artículo 1º del Convenio 111 se distinguen tres elementos que integran el acto discriminatorio: el acto, un motivo o razón y un

---

<sup>9</sup> DOLORIER, Javier. Despido nulo por maternidad: La evolución de la distribución de la carga probatoria. En: Cuadernos Jurisprudenciales, junio 2001.

<sup>10</sup> TOYAMA, Jorge y CORTES, Juan Carlos. Flexibilización del Derecho Laboral y Discriminación por razón de sexo. En: Discriminación Sexual y Aplicación en la Ley, vol. II. Lima: Defensoría del Pueblo, 2000. p. 184.

<sup>11</sup> ESCUDERO ALONSO, Luis José. El despido de una trabajadora que está embarazada. Comentario de Jurisprudencia Social. El autor, que es Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, comenta una sentencia del 19 julio de 2006 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. En: [http://www.graduados-sociales.com/ArticulosCO/ACO212\\_2.pdf](http://www.graduados-sociales.com/ArticulosCO/ACO212_2.pdf)

resultado. Así, la doctrina recogida por Balta considera que constituye un acto discriminatorio aquel que no hubiera podido ser tomado sin la existencia de un motivo discriminatorio, esto es, que debe estar «basada» en uno de los motivos legalmente prohibidos.<sup>12</sup> Ante ello, por lo menos en la figura de la nulidad del despido «con motivo del embarazo», se ha producido una redistribución de la carga probatoria. A partir de la Ley N° 27185, la cual modifica el inciso e) artículo 29° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, corresponderá a la madre trabajadora probar la «notificación documental» y al empleador demostrar que el despido de la madre trabajadora haya sido por causa justa.

Sin embargo, bajo un concepto más amplio de fuero maternal, éste podría llegar a ser independiente del despido discriminatorio. En Chile el fuero maternal es desde la concepción y hasta un año después de vencido el período post natal. Si por ignorancia del estado de embarazo se hubiere puesto término al contrato de trabajo de la mujer trabajadora, la medida quedará sin efecto, y ésta podrá volver al trabajo, presentando el certificado médico.

Quizá tal esquema de fuero maternal podría llevar a algunos a considerar que el mismo podría retraer la contratación de mujeres, representándoles lejos de un beneficio, una desventaja; pues entre un hombre y una mujer con igual costo y calificación, se preferirá al hombre. Pero apuntamos al hecho que la independencia conceptual es posible.

### **3.3. Nuevos requisitos para la cobertura de enfermedad y maternidad en el Perú**

Conforme continúen endureciéndose en nuestro país los requisitos para que la mujer gestante, y en general, el trabajador enfermo, goce de la cobertura de la seguridad social, se podrían acentuar algunos problemas de discriminación contra la mujer trabajadora. *«En ningún caso el empleador deberá estar personalmente obligado a costear las prestaciones debidas a las mujeres que él emplea»*

---

<sup>12</sup> BALTA, José. Qué es la discriminación en el empleo. En: Revista Jurídica del Perú, n° 1, año XLV. Trujillo: Normas Legales,, 1995. pp. 91-95; citado por DOLORIER, Javier. *Op. cit.*

señala el Convenio N° 103 (no ratificado por el Perú) en relación a las prestaciones médicas y económicas relacionadas con la maternidad, con el fin de evitar salvaguardar la igualdad de oportunidades de las mujeres en edad de procrear.<sup>13</sup> Sin embargo, si no hay cobertura en razón de la rigidez de los requisitos legales para acceder a la protección, ¿cómo se resuelven los costos asociados a la maternidad, y qué ocurre si se complica el embarazo? En la ley vigente, en los casos de incumplimiento de los aportes, el empleador asume los costos.

Así, vemos que en el Decreto Ley N° 22482 (año 1979), el único requisito para que la mujer embarazada quedara cubierta por la seguridad social era que la asegurada tuviera por lo menos 3 aportaciones mensuales consecutivas o 4 no consecutivas dentro de los 6 meses anteriores a la fecha probable del parto. Para evitar el fraude también se requería que además hubiese estado inscrita 9 meses antes de dicha fecha, salvo caso comprobado de prematuridad (artículo 19° del Decreto Ley citado).

Pero posteriormente, se dictó la Ley N° 26790 (año 1997), que señala que la cobertura actúa sólo a favor de los asegurados que cuenten con 3 meses de aportación consecutivos o 4 no consecutivos dentro de los 6 meses calendarios anteriores al mes en que se inició la causal. Es decir, que necesariamente se debería ingresar al empleo sin estar embarazada, exactamente entre 6 y 3 meses antes. La ley también señala que se consideran períodos de aportación, aquellos que determinan la obligación de la empleadora de pagar los aportes. Si la empleadora incumple y ocurre el siniestro, se brindará la cobertura sujeto al reembolso que realizará el empleador (artículo 10° de la Ley citada). Últimamente, ha entrado en vigencia la Ley N° 28791 (diciembre 2006), la cual reforma nuevamente los requisitos de la cobertura, haciéndolos más exigentes. En la última modificación, resulta que además el empleador debe haber declarado y pagado, o contar con fraccionamiento vigente, respecto de las aportaciones de los 12 meses anteriores a los 6 meses previos al mes de inicio de la atención. El ESSALUD queda facultado a señalar períodos de espera. Y si el empleador no reúne el récord de aportes que exige la norma, se le

---

<sup>13</sup> En: 267ª. Reunión, Ginebra, noviembre de 1996. Segundo punto del Orden del Día, Propuestas para el Orden del Día de la 87ª. reunión (1999) de la Conferencia Internacional de Trabajo. En: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/gb/docs/gb268/267-gb2.htm#V>

exigirá el reembolso de las prestaciones (artículo 10º, texto según la Ley N° 28791). El reembolso lo solicitará el ESSALUD o la Empresa Prestadora de Salud (EPS) que hubiera brindado las prestaciones.

### **3.4. La posibilidad de una menor productividad**

El embarazo normalmente disminuye la productividad de la trabajadora, o por lo menos mantener la misma productividad le supone un importante esfuerzo. Aunque el embarazo afecta de diferentes maneras a las mujeres, las molestias más comunes que aquejan a algunas y que redundan en la productividad, son el insomnio, la fatiga, los mareos y el sueño (no puede contra restarse con caféina por ser prohibitivo); los calambres o edemas (que demandarían masajes o tomar reposos con las piernas en alto, algo prácticamente imposible de cumplirse en una jornada corrida de ocho horas, con lo cual, la mujer que no logra hacer una interrupción o pausa al medio día, llega a su hogar con dolencias más intensas); los antojos (que impiden conciliar el sueño o relajarse); y, dolores abdominales espasmódicos y de espalda generalizados.

El Convenio 103 de la OIT, relativo a la protección de la maternidad, dispone la prohibición de despedir de su empleo a una mujer por su estado de embarazo. Aunque éste no ha sido ratificado por el Perú, como se indicó anteriormente, nuestra legislación interna considera nulo el despido de la mujer durante la gravidez o 90 días después.

La merma en la producción o baja productividad de la trabajadora producto del embarazo, no sería justa causa para el despido si el menor rendimiento responde al estado de gestación. Esto sería contrario a lo que sucede en aquellos casos en los cuales sí existe justa causa para el despido si el trabajador no rinde la cantidad y calidad del trabajo que de éste se espera. Como indica Javier Dolorier, si el empleador buscase demostrar el rendimiento deficiente en relación de la capacidad de la trabajadora y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares (artículo 23 inciso b) de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral), la trabajadora podría probar que no existe causal debido a su especial situación que puede suponer la disminución de su normal rendimiento por no hallarse en iguales condiciones.

### **3.5. Medidas para controlar los riesgos de trabajo**

Como indicamos antes, nuestra legislación prevé obligaciones en materia de seguridad y salud. Así, el empleador está obligado a identificar los riesgos, informar de los mismos, y adoptar medidas para reducir, eliminar o controlar tales riesgos. Estos están relacionados normalmente con agentes físicos, químicos, biológicos, condiciones de trabajo y procesos. Los más comunes derivan de cargar o arrastrar objetos pesados, estar sentada o de pie por largos períodos de trabajo, la exposición a enfermedades infecciosas, el acondicionamiento del lugar de trabajo, trabajos que afectan la postura, la exposición a agentes radioactivos, el contacto con fumadores, las largas horas de trabajo, el trabajo en lugares ruidosos y la exposición al estrés.

Pero de otro lado, al margen del ambiente de trabajo, el embarazo en sí, puede afectar la salud de la madre (presión alta, historia de pérdidas). En estos casos, idealmente el empleador debería ser informado de las prescripciones médicas a fin de que se puedan tomar medidas o dar facilidades a la trabajadora considerando las mismas. Asimismo, la madre puede verse en la necesidad de solicitar ciertas licencias o descansos durante la jornada, o cuando menos cumplir estrictamente su horario a fin de acudir a citas médicas o ejercicios de adiestramiento prenatal. Quizá es difícil que la mujer embarazada solicite alguna consideración especial, a menos que no tomar las medidas ponga en riesgo la vida o salud del niño, para que su situación no sea percibida como una desventaja en ningún aspecto.

## **4. PROTECCIÓN DE LA MADRE TRABAJADORA AL RETORNO AL TRABAJO. EL CUIDADO INFANTIL**

A partir del alumbramiento, la protección está orientada a la madre y en algunos casos al recién nacido, y consiste normalmente en continuar manteniendo apropiadas medidas de seguridad y salud en el trabajo considerando la etapa de lactancia; el descanso y subsidio postnatal; el reconocimiento de la hora y subsidio por lactancia; y el mantenimiento del fuero maternal o protección contra el despido con motivo de la maternidad durante tres meses siguientes al parto. Estos temas ya han sido

comentados arriba, por lo que nos limitamos a tratar dos aspectos: la lactancia y el cuidado infantil.

#### **4.1. Lactancia**

Recogiéndose la evidencia científica de que la lactancia es óptima para la salud materna e infantil al menos durante seis meses, universalmente se reconoce un tiempo para la lactancia que supuestamente está destinado a amamantar (algo difícil excepto que exista una sala cuna en el centro de trabajo o que la vivienda de la madre estuviera ubicada en un lugar muy cercano) o quizá más bien a exprimirse la leche en el centro de trabajo; beneficio que en la práctica es generalmente permutado por una reducción de la jornada diaria de trabajo.

La necesidad de intervalos para amamantar durante las jornadas de trabajo se especificó en dos descansos de media hora en el Convenio N° 3 de 1919; mientras que el Convenio N° 103 de 1952, autorizaba la interrupción del trabajo en uno o varios períodos, dejándose a criterio de los Estados ratificantes la duración que debían tener los intervalos, pero añadiendo la precisión de que las interrupciones son remuneradas y consideradas como tiempo de trabajo. La Recomendación N° 95 propuso que el derecho a intervalos para amamantar se debería extender en una hora y media.

La revisión del Convenio N° 103 por el Convenio N° 183 no especificó la duración que deben tener los intervalos, pero empezó a reconocer que alternativamente cabe acortar la jornada diaria de trabajo de las mujeres para la lactancia del hijo, dejando también constancia que las interrupciones o reducción diaria del tiempo de trabajo deben computarse como remuneradas y como tiempo de trabajo.

En el sector público, el Decreto Supremo N° 009-2006-MIMDES<sup>14</sup> obliga a disponer de un ambiente especialmente acondicionado para que las mujeres

---

<sup>14</sup> Norma publicada el 23 de agosto de 2006. Cuenta, además, con el Anexo 1, publicado el 25 de agosto de 2006 que establece las características mínimas que debe contener un lactario para las madres trabajadoras

extraigan la leche materna y puedan conservar la misma, en los centros de trabajo donde laboren 20 o más mujeres en edad fértil.

#### 4.2. El cuidado infantil

En los países en vías de desarrollo las mujeres pueden, incluso si participan en el mercado laboral, dedicar 30 o más horas semanales a las tareas domésticas y al cuidado de niños, enfermos y ancianos, frente a las 4 horas que invierten los hombres. En los países desarrollados la disparidad, siendo menos acentuada, sigue siendo muy importante. Las funciones principales incluyen la de proporcionar vivienda (comprar, alquilar, mantener, reparar), proporcionar alimentación (planificar la comida, comprar víveres, prepararla, servirla, lavar servicios), proporcionar vestido (comprar ropa, lavarla, plancharla, repararla) y proporcionar cuidado (niños, enfermos, ancianos). A ello se añade las tareas auxiliares (transporte, impuestos, control de finanzas). La responsabilidad y el cuidado de los niños dependientes, abarcan varios años debido a que se considera, por un estereotipo cultural, responsabilidad principalmente de la mujer. Así, es al momento de retornar a laborar luego del alumbramiento, que se hace más difícil conciliar las responsabilidades familiares y laborales. Como anota Luis Vinatea, es con miras a la atención de los hijos en edades tempranas que se produce el mayor número de deserciones laborales de las mujeres, y no hay una normativa que atienda dicho factor tan relevante para la continuidad laboral de las mismas.<sup>15</sup>

En nuestro país, las madres trabajadoras de las clases medias o altas que no desean interrumpir su actividad laboral pueden equilibrar sus responsabilidades laborales y el cuidado de sus niños, recurriendo a servicios de guardería, de estimulación e incluso educativos para temprana edad, así como al apoyo de trabajadoras del hogar (lamentablemente con graves estadísticas de trato injusto y contratación de niñas y migrantes). Es así como la escasez de guarderías gratuitas, de programas oficiales educativos antes de los tres años, y de otros mecanismos de asistencia al cuidado infantil, viene a impactar desigualmente en las madres

---

<sup>15</sup> VINATEA, Luis, Discriminación laboral por razón de sexo en el Perú. En Discriminación Sexual y Aplicación en la Ley, vol. II. Defensoría del Pueblo: Lima, 2000. p.340

trabajadoras según su estrato social, siendo las más vulnerables las obreras, destajeras, empleadas del hogar y trabajadoras autónomas de poca educación.

La intervención del Estado se justifica no sólo en virtud del principio de igualdad de oportunidades (en los hechos, el cuidado infantil es un problema de mujeres, especialmente de los sectores de bajos recursos), sino en nombre de la vida y la seguridad de nuestra niñez. Las páginas policiales de los diarios registran con insuficiente protagonismo cómo nuestros niños en situación de pobreza, mueren en sus hogares por falta de seguridad y cómo son víctimas de situaciones de violencia, muchas veces justamente cuando la madre sale a trabajar. Este drama como tantos otros, aqueja principalmente a familias de origen migrante, andino y selvático.

En el Perú se creó el Programa Nacional Wawa Waşi (PNWW) en 1993<sup>16</sup> financiado por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID).<sup>17</sup> Su objetivo es brindar atención integral a la infancia temprana, lo que permite responder a la necesidad de cuidado diurno para niñas y niños menores de 4 años, particularmente para aquellos en condición de riesgo y pobreza o pobreza extrema. En la actualidad a través de aproximadamente 5,000 Wawa Wasis (Supervisados por 33 sedes descentralizadas), el programa atiende a cerca de 50,000 niños a nivel nacional (3,000 de ellos en zonas rurales) que reciben atención alimentaria, promoción

---

<sup>16</sup> «El Programa se inicia en 1993, con un modelo de atención integral al menor de tres años denominado «Hogares Educativos Comunitarios», a cargo del Ministerio de Educación, con el aporte financiero de UNICEF, estos hogares surgen en el marco de la Convención de los Derechos del Niño y el Plan Nacional de Acción por la Infancia. En 1994, considerando la experiencia como exitosa, se inicia el proyecto «Sistema de Casas de Niños Wawa Wasi» con fondos de la Cooperación Técnica no reembolsable del BID, complementado con aportes de la Comunidad de la Unión Europea, de UNICEF y del Programa Mundial de Alimentos PMA. En octubre de 1996 se creó el Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano (PROMUDEH) con la finalidad de promover el desarrollo de la mujer y la familia, bajo el principio de igualdad de oportunidades, promoviendo actividades que favorezcan el desarrollo humano, atendiendo de manera prioritaria a los menores en riesgo. La creación de este nuevo marco institucional originó la transferencia de las funciones de promoción y apoyo de los Hogares de Cuidado Comunitario Wawa Wasi, del Ministerio de Educación al PROMUDEH. Posteriormente, el 2 de diciembre de 1997, se crea el Programa de Atención al menor de tres años denominado Wawa Wasi. El 11 de julio de 2002, la Ley Orgánica 27779 del Poder Ejecutivo, sustituyó al PROMUDEH por el MIMDES - Ministerio de la Mujer y del Desarrollo Social.» En: <http://www.mimdes.gob.pe>

<sup>17</sup> Entre enero de 1999 y enero del 2005, el Programa Nacional Wawa Wasi contó con el financiamiento y supervisión técnica del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), desde febrero del 2005, el Estado Peruano ha asumido íntegramente el financiamiento.

nutricional, aprendizaje infantil temprano, y salud infantil preventivo-promocional.<sup>18</sup>

Los Wawa Wasi son de tres tipos:

- Familiar:

Instalado en la mejor pieza de la casa de una madre de la comunidad, atendiendo de 6 a 8 (máximo) niñas y niños.

- Comunal:

Instalado en un local cedido por la comunidad o construido por el PNWW para uso exclusivo, atendiendo por lo menos a 16 niñas y niños. De la comunidad organizada surgen dos elementos básicos del programa: la Madre Cuidadora y el Comité de Gestión. La Madre Cuidadora es una voluntaria -que después de una evaluación médica y psicológica- es capacitada y constantemente supervisada por el PNWW para ejecutar las estrategias de salud, alimentación y educación de las niñas y niños. El Comité de Gestión está formado por cinco miembros -pertenecientes a alguna Organización Social de Base- quienes son elegidos en asamblea comunal para administrar los recursos del PNWW en su comunidad.

- Institucional:

Gestión compartida por el PNWW y la institución interesada, quien recibe y aplica los lineamientos, metodologías y asistencia técnica, asumiendo los costos operativos. Acoge los lineamientos del PNWW, en beneficio de los hijos de sus trabajadores o vecinos de la comunidad. El WWI, ofrece un ambiente adecuado y con experiencias de aprendizaje a través de actividades cotidianas como las que realiza el niño en su hogar: juegos, momentos de aprendizaje, sueño, descanso, alimentación e higiene. La nueva estrategia del PNWW ha tenido acogida, existiendo Convenios con empresas, municipalidades y otras instituciones.

Cabe señalar que por Decreto Supremo N° 002-2007-MIMDES<sup>19</sup>, se ha dispuesto la implementación de cunas o Wawa Wasi Institucional en entidades de la administración pública en cuyas sedes laboren o presten servicios más de 50

---

<sup>18</sup> Información disponible en Internet en el siguiente enlace: <http://www.mimdes.gob.pe>

<sup>19</sup> Publicada el 8 de marzo de 2007.

mujeres en edad fértil y/o trabajadores requieran del servicio de cuidado diurno para sus hijos en número no menor de 16 niñas y niños.

A continuación se señalan los que figuran en la página web del MIMDES:

**CONVENIOS PARA LA INSTALACIÓN DE WAWA WASIS  
INSTITUCIONALES<sup>20</sup>**

Nº	INSTITUCIÓN	FECHA DE FIRMA DEL CONVENIO	NÚMERO DE NIÑOS BENEFICIARIOS
1	Municipalidad Distrital de Cayalti	01-Feb-2006	32
2	Empresa CAMPOSOL	19-Ene-2006	96
3	Municipalidad de San Sebastian	17-Nov-2005	32
4	Municipalidad de Huancarama	17-Nov-2005	32
5	Instituto Edutek	17-Nov-2005	8
6	Municipalidad de Ventanilla	23-Sep-2005	24
7	Municipalidad de Túcume	21-Sep-2005	16
8	ONG GRUPO VIDA	31-Ago-2005	24
9	Municipalidad de San Andrés de Tupicocha	10-Ago-2005	16
10	Municipalidad de Pacobamba	08-Ago-2005	64
11	Municipalidad de Merced-Huancavelica	16-Jul-2005	32
12	Municipalidad Distrital de Pacucha	15-Jul-2005	16
13	Beneficencia de Chiclayo	23-Jun-2005	16
14	Municipalidad de Sama las Yaras	27-Abr-2005	16
15	Municipalidad de Lahuaytambo	25-Abr-2005	16
16	Municipalidad de Surco (Huarochiri)	20-Abr-2005	16
17	Asociación de Apoyo Integral OASIS	07-Mar-2005	32
18	Empresa Kimberly Clark	14-Feb-2005	64
19	Ministerio de Relaciones Exteriores	24-Ene-2005	32
20	Municipalidad Distrital de Langa	03-Ene-2005	16
21	Municipalidad Distrital de Antioquía	03-Ene-2005	16
22	Asociación Santísima Virgen de Fátima	18-Oct-2004	64
23	Municipalidad de Lince	15-Oct-2004	32

<sup>20</sup> Cuadro de la página web del Ministerio de la Mujer: <http://www.mimdes.gob.pe>

24	Asociación Rinconcito Santa Rosa	01-Oct-2004	16
25	CEIP Ana Magdalena Bach	01-Oct-2004	8
26	Municipalidad Distrital de Puerto Eten	01-Oct-2004	16
27	Municipalidad Distrital de Calana	01-Oct-2004	16
28	Municipalidad Distrital de San Damián Provincia de Huarochiri	16-Jul-2004	32
29	Sindicato de Trabajadores Autónomos de Golosinas de Lima Metropolitana SUTRAGOLIM	16-Jul-2004	24
30	Municipalidad Distrital de Palca	01-Jul-2004	45
31	CLAS Pedro Liendo Portales de Jesús María	10-Jun-2004	10
32	Municipalidad Distrital de Tumán	26-May-2004	24

### CONVENIOS MARCO PARA INSTALAR WAWA WASIS EN LAS UNIDADES SECTORIALES DE LAS INSTITUCIONES

Nº	INSTITUCIÓN	FECHA DE FIRMA DEL CONVENIO
1	Empresa de Seguridad FORZA	24-Nov-2005
2	Policía Nacional del Perú	14-Jun-2005
3	Policía Nacional del Perú	14-Jun-2005
4	Instituto Nacional Penitenciario -INPE	2004

En el caso de algunos Programas de Wawa Wasi, la situación resulta en ocasiones dramática ya que muchas de las personas a cargo de los niños son madres de familia poco instruidas y con poca información sobre el desarrollo del niño en edad temprana. Asimismo existe una escasez de recursos, de materiales didácticos y juguetes que sirvan de estímulo a los niños. A pesar de estas limitaciones a nivel educativo, constituyen el único programa social del Estado que brinda atención integral a la infancia temprana, y sobre todo cumplen otras finalidades de primera necesidad como la nutricional (la desnutrición en el Perú es crónica) y de salud.

Por lo demás, combina la acción del Estado con las acciones de la comunidad organizada, lo cual lo destaca como un modelo logrado que viene siendo motivo de orgullo del MIMDES. Algunas iniciativas de Organizaciones No Gubernamentales han buscado justamente actuar fortaleciendo los Wawa Wasis.

Sólo parecen haber las siguientes alternativas para el cuidado infantil: (a) Un modelo de seguridad social donde de la misma manera en que sin distinción de si el trabajador es hombre o mujer se aporta un porcentaje para cubrir el servicio (modelo mexicano); (b) Un modelo restringido y con el riesgo acarrear secuelas negativas sobre la contratación de mujeres, donde las empresas que ocupan la mano de obra femenina deben brindar algún servicio (tal y como ocurría antiguamente con las salas cunas en nuestro país, y como acontece actualmente en países como Chile, Argentina, Venezuela y otros); (c) Una variante del modelo anterior es legislar la implementación de la atención del cuidado infantil también si hay varones que como padres requieren el servicio, lo cual consideramos un acierto pues promueve la participación del varón en las responsabilidades familiares, variante que de alguna forma recoge el Decreto Supremo N° 002-2007-MIMDES antes citado; (d) en el cual es la comunidad organizada la que debe ocuparse de este tema; y (e) Un modelo según el cual es el Estado a través de los impuestos generales quien debe proveer de un servicio público de atención al cuidado infantil.

## 5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Los principios constitucionales de dignidad e igualdad son subyacentes al principio de protección especial a la madre trabajadora. El sujeto protegido «mujer trabajadora» no se identifica absolutamente con el de «mujer gestante» o «madre lactante» con un límite cronológico puntual posterior al parto. Sólo durante cierto plazo la ley garantiza especialmente el derecho a la conservación del empleo, pero el fuero maternal, es una parte del conjunto mínimo de derechos que configuran la especial protección. Justo al retornar al trabajo luego del alumbramiento, es que resulta más crítico para las madres trabajadoras conciliar el trabajo con las responsabilidades familiares. El derecho, a partir de la constatación de este hecho, puede actuar en consecuencia. Como indica Luis Vinatea, el artículo 23 de la

Constitución sustenta la implementación de medidas de acción positiva, destinadas a revertir los efectos de la maternidad en la continuidad laboral.<sup>21</sup>

No se puede ignorar que toda medida de protección de la maternidad debe balancear la protección que se propone alcanzar con los posibles efectos laborales de la medida, de modo que se deben plantear mecanismos que no incrementen los costos de contratar mujeres en edad fértil ni madres trabajadoras (principio de proporcionalidad). Por lo tanto, no parecería conveniente vincular el costo de las salas cunas u otros mecanismos de apoyo al cuidado infantil directamente con las empresas donde laboran las mujeres o madres trabajadoras, aunque no debe descartarse completamente de ser necesario. En la administración pública se ha normado esta vinculación mediante el Decreto Supremo N° 002-2007-MIMDES, pero en forma atenuada, pues si existen trabajadores que requieren el servicio también se debe implementar la sala cuna o Wawa Wasi Institucional. En el sector privado, se podría legislar el acogimiento voluntario a la misma norma. El Perú tiene un modelo propio llamado Programa Nacional Wawa Wasi que combina la atención social del Estado con la de la comunidad o sociedad civil. Todas las entidades públicas que por naturaleza deben involucrarse (Municipios, Ministerios de Salud, Trabajo, MIMDES, Educación) así como las entidades privadas (ONGs, gremios patronales, sindicatos), pueden articularse consolidando eficientes cadenas de fortalecimiento de dicho programa. Varios principios justifican la intervención del Estado en el cuidado infantil, y entre ellos, creemos también el principio de especial protección a la madre trabajadora.

---

<sup>21</sup> VINATEA, Luis. Op.cit. p. 341.