

LICENCIA POR PATERNIDAD: ¿EXIGIR UN DERECHO O ASUMIR UNA RESPONSABILIDAD? COMENTARIOS AL ARTÍCULO 1º DE LA LEY N° 26644

Karina Díaz Farroñay^(*)

1. INTRODUCCIÓN

A lo largo de estas líneas expondremos un trabajo académico elaborado como parte del curso de Derecho laboral especial dictado por el distinguido profesor Fernando García Granara en la Pontificia Universidad Católica del Perú; el cual fue ampliado con el objetivo de ser presentado en esta oportunidad. A pesar de contar con una gama de temas a escoger de cara a la realización del presente trabajo, decidí analizar las licencias parentales⁽¹⁾: permisos por paternidad. Tema que –aunque poco trabajado por autores peruanos– cobra relevancia en el marco de los derechos laborales con los que debe contar todo trabajador, esa importancia ya ha sido acotada en sistemas jurídicos internacionales como el Chileno, por mencionar el más cercano, u otros como el Español.

La preocupación de regular los permisos por paternidad, que en otros países tiene mucho arraigo, no ha sido transmitida ni adquirida por nuestros legisladores, para los cuales no constituye un tema a considerar; y es que ni

^(*) Alumna de la Facultad de Derecho de la Universidad: Pontificia Universidad Católica del Perú.

⁽¹⁾ En el Informe elaborado para la Conferencia Internacional de Trabajo N° 87, reunión de 1999, se definió el derecho a la licencia parental como aquel permiso a largo plazo que los padres gozarían y destinarían al cuidado del recién nacido o de niños de corta edad, el cual suele considerarse como un medio importante de conciliar la vida profesional y familiar. El texto completo del conforme elaborado puede encontrarse en www.ilo.org

quiera forma parte del debate público. Sin embargo, somos de la opinión que eso debe cambiar. Consideramos que sí vale la pena –de cara a un mejor sistema de vida laboral y social– concederle un esfuerzo de análisis y un intento de regulación.

Quizá sea muy aventurado de nuestra parte haber dedicado tiempo a su estudio, considerando que se trata de un tema olvidado, pero al mismo tiempo estamos convencidos que esa aventura puede ser el origen de investigaciones más profundas y extensas sobre el tema. Nuestro objetivo es que todo lector, en primer lugar, conozca de la existencia de los permisos parentales en diversos sistemas jurídicos, en segundo lugar que tome conciencia de los beneficios a los que conllevaría su adopción y por último que se internalice la necesidad de una futura –pero no muy lejana– regulación. Ya solo me queda pretender no defraudar las expectativas creadas hasta el momento y que con el presente trabajo se cree un ambiente que amerite la investigación de las licencias parentales.

Atendiendo a que todo permiso por paternidad tiene como antecedente una licencia por maternidad, se ha creído conveniente iniciar el presente trabajo analizando las licencias por maternidad –siendo que son las únicas que cuentan con regulación en nuestro ordenamiento jurídico–. Es que resulta inimaginable vivir en una sociedad en la cual las mujeres que dan a luz tengan la obligación de acudir a trabajar los días post parto; ello porque no solamente se pone en riesgo la vida del niño y de la madre sino que además no implicaría un trabajo productivo de la madre dadas las condiciones físicas en las que se encuentra.

Como ya mencionamos en párrafos anteriores, estamos ante un tema que ameritaría una amplia investigación; sin embargo, en el marco del presente informe empezaremos abordando un campo general de definiciones, pasando luego a tratar, básicamente, dos aspectos de las licencias por maternidad: su naturaleza jurídica –es decir, la justificación a la que responde–, y el plazo –el tiempo en el cual la trabajadora podrá gozar de la licencia. Conjuntamente desarrollaremos un ámbito más internacional del tema, apelando a la legislación comparada de España (por ser el sistema jurídico más parecido al nuestro), así como a las normas de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)). Como parte final, plantearemos el tema central: los permisos por paternidad en referencia a la limitación que el legislador ha impuesto al goce de los permisos, al ser que solo pueden ser gozadas por la madre excluyendo de forma total al padre del recién nacido, planteando la siguiente interrogante ¿debería ser exigido como un derecho o impuesto como una obligación?

No quisiera iniciar el presente trabajo sin hacer referencia al origen de nuestro interés por abordar este tema. Hace no mucho tiempo –el año pasado– tuvimos la oportunidad de pasar un tiempo en Barcelona (España) y convivir durante meses con una familia en la cual «ella» se encontraba embarazada, viviendo los últimos cuatro meses de gestación en casa descansando y cuidando de su embarazo. Luego que dio a luz a su hijo siguió en casa dedicada exclusivamente al cuidado del bebe, siendo que hasta allí no me causaba impresión alguna puesto que lo mismo acontece en nuestro país. Sin embargo, lo extraño fue saber que «él» también gozó de una licencia –es decir, dejó de trabajar– por un periodo de tres meses. Al preguntarle por dicha situación me comentó que su empleador le daba la posibilidad de gozar de una licencia por paternidad. Ante mi asombro me explicó que por ley tiene la posibilidad de «abandonar» su puesto de trabajo –con la única justificación de haber tenido un hijo– siendo que pasado el lapso se reincorporaría al mismo puesto de trabajo manteniendo las mismas condiciones. Solo viviendo esa experiencia tomamos conciencia de la importancia de la presencia paterna en los primeros días y meses de vida del niño. Un cambio de perspectiva más un poco de entusiasmo me lleva a concluir que en el Perú podemos implementar esa medida, de cara a la búsqueda de un co-desarrollo familiar y laboral.

2. DEFINIENDO CONCEPTOS

De forma coloquial cuando deseamos conceptualizar la situación fáctica en la cual la mujer gestante interrumpe la prestación de sus servicios respecto de su empleador lo denominamos «descanso por maternidad». Aunque dicha terminología es representativa y pretende manifestar la situación especial en la que se encuentra la mujer embarazada, la misma no ha sido acogida en el campo jurídico puesto que el término jurídicamente empleado es «licencia por maternidad».

Quizá nuestra ordenamiento ha adoptado por emplear el término «licencia» en el marco de la terminología empleada por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), tal cual lo expresa la autora Escobedo:

«Empleamos la palabra licencia ya que este es el término empleado en las versiones castellanas de los documentos de la Organización Internacional del Trabajo, que a nuestro parecer resalta el hecho de que se trata de un concepto que engloba permisos laborales y otros categorías jurídicas». ⁽²⁾

⁽²⁾ ESCOBEDO, Ana y NAVARRO, Lara, *Perspectivas de desarrollo y evaluación de las políticas de licencias parentales y por motivos familiares en España y en la Unión Europea*, Universitat Autònoma de Barcelon-

Allí, encontramos una fundamentación razonable al empleo de esa denominación. Como contrapartida a la licencia por maternidad encontramos el «permiso por paternidad» en los países en los cuales dicha figura jurídica existe. Este ha sido concebido como un derecho de los padres de gozar de determinado tiempo libre –de descanso– con la finalidad de destinarlo a la crianza de sus hijos.

Por tanto, las denominadas *licencias parentales*, no se limitan a un tipo de licencia exclusivo de un género; por el contrario, tanto una licencia por maternidad cuanto una por paternidad se «enmarcan en la categoría más amplia de los sistemas de interrupción de carrera»⁽³⁾. Entonces, de forma general, una licencia parental puede ser definida como «[...] como un derecho familiar que ha de compartirse entre la madre y el padre, aunque normalmente no pueden obtenerla los dos a la vez [...]»⁽⁴⁾.

Ahora que ya contamos con definiciones podemos pasar a analizar ya Ley N° 26644, específicamente su primer artículo.

3. ARTÍCULO PRIMERO DE LA LEY N° 26644

La ley en referencia fue promulgada en junio de 1996, durante el gobierno del Presidente Alberto Fujimori Fujimori. Dentro de todos los derechos que la ley confiere a una trabajadora gestante, se encuentra el derecho a disfrutar de un periodo de descanso, es estableciendo lo siguiente:

«Artículo 1º.- Precítese que *es derecho de la trabajadora gestante gozar de 45 días de descanso prenatal y 45 días de descanso posnatal*. El goce de descanso prenatal podrá ser diferido, parcial o totalmente, y acumulado por el postnatal, a decisión de la trabajadora gestante. Tal decisión deberá ser comunicada al empleador con una antelación no menor de dos meses a la fecha probable del parto» (las cursivas son nuestras).

Siguiendo la postura adoptada por la OIT –como señalaba en el apartado anterior– nuestra legislación ha preferido caracterizar el descanso conferido

na, 2007, en www.seg-social.es/stpri00/groups/public/documents/binario/097543.pdf. Es así como se define una licencia parental.

(3) Loc. cit.

(4) Informe elaborado para la Conferencia Internacional de Trabajo N° 87, reunión de 1999.

como un derecho⁽⁵⁾, es decir, como facultad de la cual gozará la trabajadora y la que –al ser determinada por una norma legal– le confiere la potestad de exigir tutela y protección al ordenamiento jurídico.

La situación fáctica que opera como elemento originario del derecho –la misma que funge como única condición impuesta por la norma– es que la trabajadora debe ostentar la condición de gestante⁽⁶⁾. Parece razonable la imposición de esa condición atendiendo a la naturaleza del derecho⁽⁷⁾ y los objetivos que se pretenden alcanzar con el otorgamiento de dicho descanso, de otro modo este carecería de relevancia jurídica. De forma lógica se puede deducir que solo una mujer –por el momento– puede ostentar la condición de gestante, por ende, la única que puede gozar del periodo de descanso, no regulando la ley otro tipo de licencia parental.

Para hacerse merecedora de este derecho, la trabajadora como primer paso deberá acreditar su estado de gestación, pero además deberá acreditar que se encuentra en un avanzado estado de gestación. Se ha establecido expresamente una fecha de inicio y una de término del goce del derecho: 45 días anteriores al momento de dar a luz y 45 días posteriores al parto. El lapso establecido varía en cada legislación dependiendo de cada contexto social, cultural, económico y de política de gobierno.

Hasta el momento solo hemos descrito la normativa vigente, específicamente el artículo primero de la Ley N^o 26644 en referencia a las licencias parentales.

A continuación, desarrollaremos –desde una óptica dogmática– la naturaleza jurídica de la licencia por maternidad⁽⁸⁾, siendo necesario responder la siguiente interrogante: ¿Qué fundamenta el otorgamiento de una licencia por maternidad? La primera respuesta evidente es: las condiciones físicas de la trabajadora gestante.

(5) Entendida como la «facultad de hacer o exigir todo aquello que la ley o la autoridad establece en nuestro favor, o que el dueño de una cosa nos permite en ella». Vide www.rae.es.

(6) Entendida como «dicho de una mujer, o de una hembra de cualquier especie: que ha concebido y tiene el feto o la criatura en el vientre». Vide www.rae.es.

(7) El derecho al descanso se fundamenta en la necesidad de efectuar un alto a la prestación laboral de la trabajadora tomando en consideración las condiciones físicas en las que se encuentra.

(8) Consideramos necesario señalar que, como toda licencia, la licencia por maternidad supone la suspensión del contrato de trabajo, es decir, el trabajador deja de ejercer su prestación mientras que el empleador sigue obligado a otorgar la remuneración a su trabajador con licencia.

Manteniendo la misma postura, la Oficina Internacional de Trabajo ha señalado lo siguiente:

«[...] la licencia tiene por finalidad *proteger la salud de la mujer empleada* en virtud de un relación de trabajo y la de su hijo durante el periodo inmediatamente anterior o posterior al nacimiento del niño»⁽⁹⁾.

Es decir, tanto en el descanso prenatal como en el postnatal, el fundamento más importante para la concesión de la licencia es la protección de la integridad física de la mujer y del *nasciturus* (sujeto de derecho por nacer) o del recién nacido. Se considera que dicha protección solo es plausible de ser alcanzada en el marco de un descanso físico. Asimismo, se considera trascendental que la mujer, pronta a dar a luz o que acaba de hacerlo, reciba ciertos cuidados especiales como asistencias a centros de salud en constantes oportunidades, la ingesta de medicamentos o vitaminas, el seguimiento de tratamientos médicos especializados, entre otros. Todos esos cuidados no podrían ser atendidos si no es en un ambiente de reposo y de tiempo libre.

Conjuntamente al fundamento de la salud de la trabajadora, encontramos otros fundamentos que sirven de sustento a la licencia por maternidad. Así, por ejemplo, la doctrina española en plena evolución de su normativa ha señalado que las condiciones físicas de la trabajadora gestante no configuran el único fundamento de la licencia, sino que estos han ido ampliándose. Así lo expresa el autor Gorelli Hernández:

«En un principio esta causa de suspensión estaba prevista ante todo para facilitar la recuperación física de la madre [...] a tenor de su evolución normativa debemos señalar cómo dicho objetivo ha variado; o mejor, a la finalidad inicial se han ido sumando otras»⁽¹⁰⁾.

Como da a entender el autor –en España– la figura de la licencia por maternidad nació teniendo como finalidad alcanzar la recuperación física de la madre. Sin embargo, yendo a la par con los avances doctrinarios y legislativos la finalidad se amplió llegando a considerar la satisfacción de los cuidados del

(9) OFICINA INTERNACIONAL DE TRABAJO, *La protección de la maternidad en el trabajo*, Alfaomega, México D. F., 2003, p. 35.

(10) GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, «La suspensión del contrato de trabajo por embarazo y maternidad: la nueva regulación española», en *Ius et Veritas*, N° 21, Lima, 2000, p. 197.

recién nacido. Ese cambio de visión se vio traducido en modificaciones legislativas entre los cuales se encuentra, por ejemplo, ampliaciones al tiempo de goce del derecho. Estos cambios de perspectivas constituirían un buen punto de partida si pretendemos lograr una regulación exhaustiva de las licencias parentales en general.

Consideramos que si bien el derecho al descanso lo ostenta la trabajadora gestante o aquella que recién ha dado a luz, sus efectos y beneficios alcanzan tanto a la propia madre cuando al recién nacido, al padre y hasta al mismo empleador, concretamente, la licencia por maternidad facilita la armonización entre las responsabilidades correspondientes a la vida laboral y la vida familiar.

En referencia al lapso de 45 días prenatal y 45 días postnatal –haciendo un total de 90 días de descanso– establecido por el legislador, como primer punto debemos señalar que constituye una arbitrariedad en tanto no existe razón objetiva alguna que determine la idoneidad del tiempo para alcanzar las finalidades propuestas. ¿Por qué no establecer una licencia de 100, 120 o 140 días? ¿Por qué el legislador optó por conceder solo 90 días de licencia? Pretender responder ambas preguntas implicaría entrar en una guerra de argumentos a favor y en contra de tal o cual lapso de descanso, siendo imposible arribar a una solución satisfactoria para todas las partes. Es por ello que limitaremos este párrafo a dar ciertos datos específico de cómo se ha venido desarrollando el tema de las duraciones de las licencias en un ámbito internacional. Así, la OIT⁽¹¹⁾ en 1997 publicó datos que revelaban que las licencias por maternidad tenía una duración que oscilaba entre las 12 y las 17 semanas, siendo casos extraños que el periodo sea por debajo del mínimo o superior al máximo establecido. En dicha tabla se puede encontrar, por ejemplo, los siguientes países:

- Colombia, República Dominicana, India, Jamaica, Nicaragua, entre otros cuentan con 12 semanas de duración de la licencia,
- Angola, Camboya, China, Perú, Indonesia, entre otros cuentan con 13 semanas de duración de la licencia,
- Alemania, Argelia, Japón, Irlanda, Suecia, entre otros cuentan con 14 semanas de duración de la licencia,
- Bélgica, Congo, Eslovenia, Finlandia, entre otros cuentan con 17 semanas de duración de la licencia.

⁽¹¹⁾ OFICINA INTERNACIONAL DE TRABAJO, *La protección de la maternidad en el trabajo*, cit., pp. 41 y 42.

De acuerdo a lo establecido por la OIT existe un mínimo de semanas de licencia con los que deben gozar una trabajadora gestante, aún así no existe unanimidad entre las regulaciones internas de cada país. Como lo señalamos líneas arriba toda regulación legislativa responderá a una serie de factores que conjuran a favor de la ampliación del tiempo o a favor de la reducción del mismo. La OIT en la Recomendación N° 95 emitida en 1952 recomienda que la duración de las licencias sean de 14 semanas distinguidas antes y después del parto, dicha duración también fue acogida por la Unión Europea, de acuerdo a esta recomendación nuestro país esta por debajo del mínimo establecido.

Habiendo hecho referencia a las regulaciones emitidas por la OIT, es necesario comentar el Convenio N° 156 (sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, dado en 1981) y la Recomendación N° 165 (Sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares), en tanto, ambas regulaciones –se entiende– reflejan el tratamiento que se considera lo más estable y beneficioso para trabajadoras y trabajadores.

Luego de haber efectuado una revisión de lo emitido por la OIT podemos concluir que ambas presentan y van en busca de una constante: pretenden conciliar la vida laboral con la vida familiar y en virtud de ello conseguir un equilibrio para la persona. Es decir, tienen como objetivo que los Estados miembros de la OIT (y en específico de los Estados firmantes del Convenio) apliquen e introduzcan las recomendaciones en sus políticas nacionales a fin que puedan otorgar las bases y los mecanismos necesarios a cada trabajador, con la intención de que cada uno de ellos cuenten la base normativa que le permita compaginar sus responsabilidades familiares con las laborales.

De la misma forma, ambas normativas presentan como objetivo alcanzar una igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, pretendiendo que el reto sea adoptado por cada Estado. Esa igualdad a la que se aspira se concretizará a través de cada acción ejecutada por el Estado que tenga como meta permitir que todo trabajador con responsabilidades familiares se desempeñe eficientemente dentro de un ámbito laboral sin que ello signifique el descuido de sus responsabilidades de índole personal, básicamente familiares.

Concretamente, en su Recomendación, la OIT ha señalado que el Estado miembro deberá garantizar las condiciones de trabajo –de acuerdo a la situación familiar especial de cada trabajador– debiéndose tomar en cuenta la jornada, los horarios, los turnos de trabajo, vacaciones, días de descanso, etc. Téngase presente que todas estas regulaciones base que establece la OIT, son tanto

para trabajadores a tiempo completo, aplicándose en la medida de lo posible a aquellos trabajadores a tiempo parcial.

4. AMPLIANDO DE PERSPECTIVAS: LICENCIAS PARENTALES

Habiendo analizado lo referente a legislación peruana existente –haciendo breves comparaciones con legislación comparada– ahora nos corresponde plantear la propuesta del presente trabajo: ampliar las regulaciones legislativas de las licencias parentales, concederle permiso a los padres en el marco de una licencia por paternidad. Somos consciente que a primera vista la propuesta parece aventurada y hasta cierto punto riesgosa económicamente, sin embargo, estimamos que luego de una rigurosa investigación en la materia y discusiones entre las partes involucradas nos llevaría a buen puerto, vislumbrando las primeras soluciones a este situación, la misma que debe cubrir todos los requerimientos establecidos por la OIT, de la misma forma que debe satisfacer los intereses de todos.

Con ello damos por sentado que el presente trabajo no abarca ni la milésima parte de los temas involucrados, vayamos simplemente a un tema: el fundamento de las licencias por paternidad, al ser que por razones obvias tiene como sustento el estado físico de la trabajadora –la gestación– no operaría para el padre. ¿Serviría como fundamento los cuidados que merece el recién nacido? ¿O quizá el fundamento sería el compartir las responsabilidades familiares en referencia a la crianza de un hijo?

Resulta evidente que el padre no sufre ningún cambio en su apariencia física, no sufre cambios hormonales ni lleva dentro de su ser un bebe y por ello es que no podemos pretender justificar el otorgamiento de una licencia en razones de índole biológico o en la recuperación de la salud –como lo había señalado anteriormente–.

Pero, ¿qué debería entenderse por una licencia parental? En términos del autor Luis Flaquier:

«[...] las licencias parentales son una medida mixta de política familiar y laboral que consiste en regular la ausencia del lugar del trabajo o interrupción de las prestaciones laborales habituales, [...] para atender el nacimiento y la crianza de los hijos⁽¹²⁾.

(12) FALQUER, Luis, «Las políticas familiares en la Unión Europea», en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, N° 50, Madrid, p. 210, en www.mtas.es/publica/revista/numeros/50/Recen06.pdf.

En la misma línea, la autora española Ana Escobedo señala:

«Las licencias parentales [...] son formas reguladas de ausencia del lugar de trabajo, o de interrupción de las prestaciones laborales habituales, asociadas a prestaciones económicas [...] para atender el nacimiento y crianza de los hijos [...]»⁽¹³⁾.

Ambos autores coinciden que ante una licencia parental hay una ausencia del lugar de trabajo, es decir, que el trabajador no tendrá que asistir a su centro de labores y por ende no prestará sus servicios –elemento típico de toda licencia–. También coinciden que el único objetivo de la ausencia del lugar de trabajo es que dicho tiempo sea destinado al momento del nacimiento o crianza de sus hijos.

Así, mientras en la licencia por maternidad era necesario el estado biológico de gestación de la trabajadora, en el caso de la licencia por paternidad es necesario la ocurrencia de otro hecho fáctico: ser padre⁽¹⁴⁾.

Entonces, debemos sostener que el otorgamiento una licencia parental – más que responder a un tema biológico– responde a brindar una serie de oportunidades, como las siguientes:

- Al niño se le concede el derecho de desarrollarse en un ambiente en el cual su padre se encuentra presente. Así lo ha establecido la OIT cuando señaló que «el bienestar del niño es la razón de ser de cualquier sistema de licencias parentales»⁽¹⁵⁾.
- Al padre de participar activamente en los primeros días, semanas, meses de vida de su hijo.
- A la madre –más que una oportunidad– se le conceden los medios necesarios a fin que cuente con la ayuda del padre del recién nacido, contribuyendo a un mejor cuidado del infante y de la propia madre.

(13) ESCOBEDO CAPARRÓS, Anna, *Políticas de licencias parentales y de atención infantil para los menores de tres años y sus familias: el caso español en el contexto internacional*, en www.ief.es/Investigacion/Temas/Genero/AEscobedo.pdf.

(14) No haremos la diferencia entre paternidad biológica y por adopción puesto que para el objetivo del presente trabajo no resulta de mayor importancia. Sin embargo, debo mencionar que en legislación comparada ambos supuestos configuran el supuesto de hecho ante el cual es posible se de una licencia por paternidad.

(15) OFICINA INTERNACIONAL DE TRABAJO, *La protección de la maternidad en el trabajo*, cit., p. 112.

- Igualmente a la madre se le concede la oportunidad de reincorporarse al mundo laboral.

Considerando lo expuesto anteriormente, debo reiterar que una licencia por paternidad concede derechos, facilidades, potestades y oportunidades a las tres partes de una relación paterno/materno - filial, es decir, beneficia a la madre, al padre y al recién nacido.

Analizando el tema de los beneficios que concede –desde un sentido bilateral–, la autora Sarasúa cuando señala que «muchos *hombres* ven en esto la oportunidad de compartir los primeros momentos de vida de sus hijos, mientras para las *mujeres* puede suponer la posibilidad de no desvincularse de sus trabajo por demasiado tiempo»⁽¹⁶⁾.

Habiendo delimitado el concepto de las licencias por paternidad, y precisado su fundamentación, es momento de plantearnos la siguiente interrogante: ante una posible regulación, ¿debería ser empleado como un mecanismo para establecer una igualdad de género? ¿Constituiría un derecho del trabajador? ¿Constituiría la imposición de una obligación a los padres de familia?

Respecto a la primera pregunta, debemos señalar que si consideramos la necesidad de establecer un criterio de igualdad es porque estamos entendiendo que preexiste una situación de desigualdad entre trabajadores y trabajadoras. Según la doctrina, efectivamente, existe desigualdad cuando es la mujer quien –además de trabajar fuera de casa– tiene que realizar los quehaceres del hogar incluyendo el cuidado de los hijos. A esa situación es lo que se le ha denominado «doble jornada», definido por la autora Sarasúa:

«Cuando las mujeres trabajamos fuera de casa, las obligaciones domesticas siguen estando ahí, y es a nosotras a quienes injustamente corresponde seguir haciéndolas. [...] es lo que se conoce como *doble jornada*»⁽¹⁷⁾ (las cursivas son nuestras).

Desde tiempos remotos, la mujer era la única persona quien tenía a su cargo el cuidado de los hijos, la preparación de los alimentos, el cuidado de la casa y todo lo que ello conlleva –asumiendo en la práctica todas las responsabilidades familiares– como contrapartida, el hombre era el encargado de llevar el sustento económico –lo que significaba salir de casa para conseguir dinero–

⁽¹⁶⁾ SARASÚA, Paloma, *Trabaja, mujer, trabaja*, Acento Editorial, Madrid, 1995, p. 84.

⁽¹⁷⁾ *Ibidem*, p. 73.

no desarrollando ninguna labor que culturalmente era asignada a la mujer. Con el devenir de los tiempos, se estimó necesario configurar una legislación positiva a fin de contrarrestar lo que la costumbre, la cultura y la sociedad había prefijado. Es así que surgen normas que permitieron –por ejemplo– el ingreso de la mujer al mundo laboral.

Sin embargo, el hecho de abrir el mercado laboral a la mujer⁽¹⁸⁾ no trajo como consecuencia una reducción de las labores del hogar; por el contrario, supone un aumento de las mismas, siendo justamente ese el escenario donde opera la figura de la *doble jornada*. Ante la constante desigualdad social y laboral que perjudica a la sociedad es que surge la necesidad de una intervención por parte del Estado. Dicha intervención debe estar orientada a la gestión y ejecución de medidas alternativas que confieran soluciones prácticas para aquellas madres que –a pesar de haber tenido recientemente a su hijo– desean trabajar. Tales medidas podrían ir desde la creación de guarderías estatales hasta el establecimiento de las licencias por paternidad.

Por lo tanto, según la doctrina, las licencias por paternidad ayudan a «[...] favorecer el avance hacia la igualdad de hombres y mujeres en el ámbito doméstico, y en el trabajo»⁽¹⁹⁾. Esa igualdad que se pretende instaurar empieza a ser alcanzada luego de la distribución equitativa de las responsabilidades familiares, es decir, se busca que tanto mujer y hombre cuenten con las mismas responsabilidades dentro del hogar, teniendo ambos la oportunidad de desarrollarse óptimamente en su centro de trabajo.

En la misma línea argumentativa, Gorelli señala:

«[...] estimamos que la promoción legal del disfrute paterno tiene como *finalidad lograr un mejor reparto de las responsabilidades familiares*, que no son exclusivas, ni mucho menos, de la madre. Tradicionalmente las responsabilidades familiares han recaído sobre la mujer, esta es una realidad social absolutamente incuestionable»⁽²⁰⁾ (las cursivas son nuestras).

(18) La doctrina española lo ha denominado «modelo de participación laboral dual» (en el que los dos miembros de la pareja que nuclea dicho hogar o familia trabajan o están en disposición de trabajar) que ha pasado a ser el más frecuente. Así lo han expresado en «Conciliación de trabajo y vida familiar: licencias parentales. Panorama sociolaboral de la mujer en España», en *Boletín elaborado por el Área de Estudios y Análisis*, N° 38, Madrid, 2004.

(19) Loc. cit.

(20) GORELLI HERNÁNDEZ, «La suspensión del contrato de trabajo por embarazo y maternidad: la nueva regulación española», cit., p. 197.

Por lo tanto, una legislación que ampare y regule las licencias por paternidad en nuestro país debería tener como fundamento la inclusión del padre en el reparto de responsabilidades familiares del hogar, reparto que originará una participación más activa. Sin embargo, no debemos olvidarnos del infante, del recién nacido, quien tiene el derecho a contar con el ambiente más óptimo para crecer y desarrollarse.

Lo expresado anteriormente encuentra asidero en los constantes cambios sociales que experimentamos, y que hoy por hoy no resulta nada extraño encontrar un padre que sepa como cambiar un pañal al bebe, que sepa como darle de comer, que sepa todo lo concerniente a sus cuidados. En la misma línea la autora Sarasúa, ha expresado:

«[...] y sin embargo, a pesar de las afirmaciones como esta, una mirada a nuestro alrededor nos permite observar que algo esta cambiando: en los parques *hay cada vez más padres jugando con los niños, en las calles vemos con mayor frecuencia a los hombres empujando cochecitos o llevando a los niños al colegio*»⁽²¹⁾ (las cursivas son nuestras).

A estas alturas ya no es posible pensar –siquiera– que es sola la mujer la que debe afrontar con el trabajo del hogar, sino todo lo contrario, se piensa que tanto madre como padre pueden y deben intervenir activamente en el acontecer de los primeros días y meses de vida de sus hijos.

Finalmente, ¿cómo hacer para que la figure opere en el caso peruano? La imposición normativa de las licencias por paternidad no debe ni puede sustentarse solamente en cambios sociales o en la importancia de la intervención del padre en el crecimiento de su hijo (sin restarle importancia a dichos aspectos); sino que resulta indispensable la realización de una serie de estudios que determinen lo siguiente:

- Requisitos que debe cumplir el padre para poder gozar del derecho.
- Los límites temporales del descanso.
- Garantías respecto del mantenimiento de la misma situación laboral.
- Plazos de preaviso al empleador⁽²²⁾.

(21) SARASÚA, *Trabaja, mujer, trabaja*, cit., p. 82.

(22) ESCOBEDO Ana y NAVARRO Lara, cit. Las autoras establecen una serie de criterios para los cuales se deben encontrar una respuesta ya que solo así se podrá alcanzar una óptima regulación.

Licencia por paternidad: ¿exigir un derecho o asumir una responsabilidad?

- Las repercusiones en otros ámbitos jurídicos como en el aspecto económico o social.
- La normativa con la que debería ir acorde, es decir, evitar la presencia de contradicciones con otras legislaciones.
- Posibles beneficios ⁽²³⁾ para los involucrados.
- La repercusión que pueda tener.

En segundo lugar, será necesario establecer si la licencia por paternidad opera como un derecho o como una obligación. Parecería que –al igual que las licencias por maternidad– son analizadas y consideradas como un derecho que concede el Estado a los trabajadores que se convierten en padres de familia, a fin que estos compartan responsabilidades familiares derivadas del nacimiento del niño, de la misma forma que busca alcanzar un ambiente óptimo para el desarrollo del infante.

La calificación de la licencia por paternidad como derecho es lo predominante en la doctrina. Así lo ha señalado la OIT:

«El derecho a la licencia parental (permiso [...] para que los padres puedan cuidar a un recién nacido o a niños de corta edad) suele considerarse como un medio importante de conciliar la vida profesional y familiar. Por supuesto, los niños son los primeros beneficiados, pero también lo son los trabajadores, los empleadores y la sociedad en su conjunto»⁽²⁴⁾.

Un derecho, el cual le confiere al trabajador la facultad de exigir tutela y protección al ordenamiento jurídico para el respeto y cumplimiento del mismo por parte de particulares y por parte de las entidades estatales. Consideramos que sería erróneo considerarlo como una obligación, puesto que ello supondría más bien que el Estado use los medios coactivos que tiene a disposición para que el trabajador haga efectivo la licencia por paternidad, lo cual resultaría ilógico e ineficaz.

(23) Se puede sostener que el empleador se verá beneficiado, en tanto el trabajador producirá más si cuenta con un equilibrio emocional, el mismo que implica una mayor motivación y menos tensión al momento de ejercer su prestación laboral.

(24) OFICINA INTERNACIONAL DE TRABAJO, *La protección de la maternidad en el trabajo*, cit., p. 112.

5. CONCLUSIONES

Los tiempos van cambiando, la sociedad va cambiando, las personas vamos cambiando, los ideales y las concepciones de las cosas corren la misma suerte; atendiendo a esa constante resulta necesario e indispensable que el Derecho intente ir a la par de dicha evolución. ¿Qué supone que el Derecho evolucione? Supone que su normativa esté diseñada de acuerdo a los intereses y necesidades que todo ciudadano pretenda satisfacer, es decir, ante un conflicto de intereses el Derecho debe responder concediendo una solución eficiente pero que al mismo tiempo sea acorde con los avances sociales. Así, a lo largo del presente trabajo hemos pretendido establecer las nuevas necesidades de las personas en el ámbito laboral, básicamente aquellas necesidades de los trabajadores gestantes de contar con un apoyo ya sea en los momentos previos al parto o en los posteriores.

Como manifestamos desde un principio, el objetivo del presente trabajo es que los lectores tomen conciencia que existen descansos otorgados a los trabajadores por el mero hecho de haberse convertido en padres e familia, que si bien están concebidos en otras realidades jurídicas, las mismas no distan mucho de la nuestra. Cito para ello el ejemplo de Chile, país en el cual una modificación legislativa en el año 2005 introdujo el goce de licencias por paternidad. Una buena regulación debe ser el resultado de constantes estudios sobre la materia, de investigaciones que den cuenta de sus beneficios como de sus posibles perjuicios, de una participación activa de las partes involucradas, como por ejemplo, escuchar la opinión del sector empresarial en representación de los empleadores, quienes serán –quizá– los que más se opongan a esta medida.

Como advertimos desde un inicio, la propuesta parecería ser aventurada; no obstante, también advertí que una buena regulación sobre las licencias parentales conllevarían a beneficios de gran envergadura como sería la armonía entre responsabilidades familiares y laborales de los trabajadores, la práctica y la experiencia han demostrado lo necesario que es alcanzar ese equilibrio.

Las pautas ya están dadas, solo resta que este mensaje llegue a nuestros legisladores y al público en general para que así podamos dar el primer paso teniendo como único objetivo alcanzar esa armonía soñada por nosotros pero vivida y experimentada por muchos otros.