

**LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS A LA IGUALDAD Y A LA PATERNIDAD
RESPONSABLE DEL PADRE TRABAJADOR EN LA REGULACIÓN DEL
PERMISO POR LACTANCIA DENTRO DEL RÉGIMEN DEL DECRETO
LEGISLATIVO N° 728**

**INFRINGEMENT OF THE RIGHTS TO EQUALITY AND A FATHER'S
RESPONSIBLE PARENTHOOD WORKER IN THE REGULATION PERMIT FOR
BREASTFEEDING WITHIN THE SYSTEM OF THE LEGISLATIVE DECREE N°728**

*Paquita Gimena Bringas Cervera**
*Jessica Karina Zamora Ramos***

SUMARIO: I. Introducción. II. Los Derechos Fundamentales del Padre Trabajador. III. El permiso por lactancia en el Perú bajo el Régimen del D. Leg. 728. IV. Análisis del Permiso por lactancia a nivel del Derecho Comparado. V. Vulneración al derecho a la igualdad y a la paternidad responsable del Padre Trabajador. VI. Conclusiones. VII. Referencias Bibliográficas.

SUMMARY

I. Introduction. II. Fundamental Rights Worker Father. III. Permission breastfeeding in Peru under the regime of Leg. 728. IV. Analysis Permit for breastfeeding at the level of Comparative Law. V. Violation of the right to equality and responsible parenthood Worker Father. VI. Conclusiones. VII. References.

RESUMEN

En este estudio se cuestionan las leyes N° 27240 y N° 28731 que otorgan a la madre trabajadora una hora diaria de permiso por lactancia hasta que su bebé recién nacido cumpla un año de edad. Se sostiene que, al no reconocer también dicho beneficio a favor del padre trabajador, estas leyes vulneran los derechos fundamentales a la igualdad ante la ley y a la paternidad responsable. Las autoras parten de un concepto amplio de lactancia, que no se restringe al hecho biológico de amamantar al bebé,

* Bachiller en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo de Cajamarca, Perú. E-mail: pgime_bc@hotmail.es.

** Bachiller en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo de Cajamarca, Perú.

sino que comprende a un conjunto de actividades orientadas a su cuidado y alimentación. Se analizan los alcances constitucionales de los derechos a la igualdad ante la ley y a la paternidad responsable; asimismo, se compara el tratamiento del permiso por lactancia en otros ordenamientos jurídicos. La investigación es aplicable al régimen laboral del Decreto Legislativo N° 728.

Palabras clave: Lactancia, igualdad ante la ley, paternidad responsable, padre trabajador.

ABSTRACT

In this study the laws No. 27240 and No. 28731 which give working mothers a daily hour leave for breastfeeding until your newborn baby is one year old questioned. It is argued that by not also recognize this benefit for the working parent, these laws violate the fundamental rights to equality before the law and responsible parenthood. The authors start from a broad concept of breastfeeding, which is not restricted to biological fact -feeding a baby, but comprises a set of activities aimed at the care and feeding activities. The scope of the constitutional right to equality before the law and responsible parenthood are analyzed; also permit treatment compared by feeding in other jurisdictions. The research is applicable to the labor of Legislative Decree No. 728.

Keywords: Breastfeeding, in equality law, responsible parenting, working parent.

I. INTRODUCCIÓN

Nuestra Constitución Política reconoce los derechos fundamentales inherentes a la persona humana, derechos que tienen una eficacia no sólo frente al Estado (eficacia vertical), sino también frente a los particulares (eficacia horizontal) (TC. Sen. 5215-2007-PA/TC; fund. 7). Dos de estos derechos son, precisamente, el derecho a la igualdad ante la Ley (art. 2°, inc.2)¹ y el derecho a la promoción de una paternidad y maternidad responsables (art. 6)².

Así pues, como parte del desarrollo del último de estos derechos, en el año 1999 se promulgó la Ley N° 27240, con el *nomen iuris* de “Ley que Otorga Permiso por Lactancia Materna”, y luego, en el año 2006, la Ley N° 28731, denominada “Ley que Amplía la Duración del Permiso por Lactancia Materna”. Sin embargo, de la lectura de ambas normas se tiene que están dirigidas únicamente a la madre, a quien —al término del período postnatal— se le otorga una hora diaria de permiso por lactancia *materna*, hasta que su hijo tenga un año de edad.

De ahí surge nuestro cuestionamiento: ¿Por qué dicho beneficio no es aplicable también para el padre, teniendo en cuenta que la Constitución promueve una maternidad y paternidad responsables, subrayando que es deber y derecho de

¹ “Toda persona tiene derecho a la igualdad ante la Ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”.

² “La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables (...)”.

ambos alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos (art. 6°)? ¿Acaso un tratamiento igualitario ante la ley (art. 2, inc. 2) sería también brindarle al padre trabajador los mismos beneficios reconocidos a la madre trabajadora para ejercer la lactancia?

Lo primero que debemos tener en cuenta es que el concepto de lactancia se encuentra feminizado, pues los estudiosos, tratados internacionales y leyes nacionales que tratan el tema, restringen la lactancia al hecho biológico de amamantar al hijo recién nacido, como si éste sólo se alimentase de leche materna y no necesitase de otro tipo de atenciones que pueda ser brindada también por el padre, que tiene los mismos deberes y derechos (como lo establece la Carta Magna en su art. 6°).

En este contexto, aunque relacionado con el ejercicio del derecho al descanso por el nacimiento de los hijos de los trabajadores, es necesario citar la diferenciación hecha por las leyes N° 26644, “Ley que Precisa el Goce del Derecho de Descanso Pre-natal y Post-natal de la Trabajadora Gestante”, y N° 29409, “Ley que Concede el Derecho de Licencia por Paternidad a los Trabajadores de la Actividad Pública y Privada”.

Mientras la primera establece que “La trabajadora gestante tiene derecho a gozar de 45 días de descanso prenatal y 45 días de descanso postnatal y en el caso de partos múltiples se incrementa en 30 días” (art. 1); la segunda ley indica que, “en caso de alumbramiento de su cónyuge o conviviente” (art. 1), el trabajador podrá solicitar a su empleador “cuatro (4) días hábiles consecutivos” (art. 2) para que pueda prepararse y participar del nacimiento de sus hijos.

Aunque todavía no se ha dado la ley, el 22 de marzo de 2015 se publicó en *El Peruano*, la Resolución Legislativa N° 30312a través de la cual el Congreso de la República aprobó el Convenio 183 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT). Este convenio dispone “el otorgamiento de la licencia por maternidad de al menos 14 semanas” (98 días), para todas las trabajadoras gestantes del país que suscriba el Convenio³. Con esto, la licencia por maternidad, que actualmente es de 90 días, se extenderá a 98, siempre a favor de la madre trabajadora. En este caso, como en el problema objeto de nuestra indagación, se aprecia un trato desigual al padre respecto de la madre.

Así pues, las leyes sobre permiso por lactancia por materna únicamente benefician a la madre trabajadora, habiendo un silencio respecto de si también debe beneficiarle al varón. Por ello resulta pertinente realizar una investigación que permita conocer las razones de este trato desigual entre el padre y la madre trabajadores.

³El Convenio 183, ratificado por nuestro país y de obligatorio cumplimiento, fue adoptado en la octogésima octava reunión la Conferencia Internacional que se celebró en Ginebra, Suiza, el 30 de mayo de 2000.

II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL PADRE TRABAJADOR

Antes de analizar lo referente a los derechos a la igualdad y a la paternidad responsable, consideramos necesario aproximarnos al concepto de derechos fundamentales.

En principio, diremos que se entiende como derechos fundamentales a los derechos humanos positivizados a nivel interno en las Constituciones estatales: hablamos, pues, de la regulación interna de cada país. La expresión *derechos humanos* es utilizada frecuentemente en el contexto de los documentos internacionales, y aunque su fórmula, de inspiración francesa, se remonta a las últimas décadas del siglo XVIII, la idea de que han existido derechos humanos es anterior al derecho escrito mismo (Valle-Riestra, Herrero Pons & Ángeles Gonzales, 2008, p. 368).

Entonces, al ser los derechos fundamentales la positivización de los derechos humanos constituirá, por extensión, aquellas condiciones indispensables inherentes a la persona que permiten satisfacer sus necesidades básicas, facilitando su pleno desarrollo y permitiéndole vivir con dignidad. Como lo expresa el Tribunal Constitucional (TC), los derechos fundamentales comprenden tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades.

Nuestra Constitución resalta la vinculatoriedad de los derechos fundamentales al establecer en su art. 1° que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” (Pazo Pineda 2014, p.153).

Esto significa que el principio-derecho de dignidad humana constituye el presupuesto jurídico de los derechos fundamentales, tanto de los derechos enumerados en el art. 2°, pero también de los reconocidos en su art. 3° cuya cláusula establece que la enumeración no excluye los demás derechos reconocidos en el texto constitucional ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

En consecuencia, la enumeración de los derechos fundamentales previstos en la Constitución, y la cláusula de los derechos implícitos o no enumerados, da lugar a que en nuestro ordenamiento todos los derechos fundamentales sean a su vez derechos constitucionales, en tanto es la propia Constitución la que incorpora en el orden constitucional no sólo a los derechos expresamente contemplados en su texto, sino a todos aquellos que, de manera implícita, se deriven de los mismos principios (como el principio de igualdad ante la ley) y de los valores que sirvieron de base histórica y dogmática para el reconocimiento de los derechos fundamentales (TC, Sen. 0895-2001-AA/TC, fund. 4).

Aunque el derecho a la paternidad responsable no se encuentra enumerado en el art. 2° de la Constitución, dentro del catálogo de los denominados *derechos fundamentales*, ello no obsta para considerar su inclusión a modo de derecho fundamental implícito, teniendo como justificación el art. 3° del texto constitucional, según el cual

“La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye **los demás que la Constitución garantiza**, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno” (resaltado nuestro).

Así pues, cuando el art. 3° se refiere a *los demás derechos que la Constitución garantiza*, nos invita a recurrir al texto íntegro de la Constitución para ubicar otros derechos que también son fundamentales, aunque no estén en el capítulo que la Constitución le dedica a éstos (Capítulo I, Título I). Esta remisión a la Constitución evita desnaturalizar el propósito de dicha cláusula (Alcalde Huamán 2011, p. 25), y en nuestro caso, nos lleva a lo dispuesto en la art. 6° de la Carta Magna, donde se reconoce implícitamente el derecho-deber a la paternidad responsable, a continuación citaremos a dos derechos los cuales son importantes y en base a ellos se hace un análisis crítico, estos son:

2.1. El derecho a la igualdad

El derecho a la igualdad tiene sus pilares fundamentales en la prohibición de la arbitrariedad, la negación a introducir en el ordenamiento jurídico desigualdades injustas entre las personas: Así, por ejemplo, que una ley otorgue determinados derechos a unos y a otros no, por razones de raza, religión, sexo o cualquier otra índole; otro caso puede ser que una ley reconozca a unos determinada capacidad jurídica y a otros no, por razones de idioma; o también que una ley le niegue a determinados ciudadanos ciertos derechos a acceso a los cargos públicos por razón de su credo político (Miranda Caramuti, 2013, p. 35).

2.2. El deber – derecho a la paternidad responsable

El artículo 6 de la Constitución señala lo siguiente sobre el derecho a la paternidad responsable:

La **Política nacional de población tiene como objetivo** difundir y promover la **paternidad** y maternidad **responsables**. Reconoce el derecho de la familia y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación, la información adecuada y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud. Es **deber y derecho de los padres** alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres (...) (resaltado nuestro).

Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad.

Conforme se aprecia, el art. 6 se refiere a tres elementos distintos entre sí: (i) a la política nacional de población, (ii) a los deberes y derechos de los padres e hijos, y (iii) a la igualdad de derechos de los hijos.

Por el objeto de la presente investigación, nos interesa destacar los elementos (i) y (ii), pues están referidos a que es tarea del Estado promover una paternidad y maternidad responsables y, en ese contexto, ambos padres tienen derechos y deberes frente a sus hijos. Esto último, desde luego, se relaciona con el permiso por lactancia como deber-derecho.

Así, podemos decir que paternidad responsable es aquella relación normal entre un progenitor (padre o madre) y su descendiente que está influenciada por una compleja relación que comprende el desarrollo individual, las relaciones matrimoniales, el estatus de trabajo y las características de la familia (Bermúdez Tapia 2005, p. 544).

En términos sencillos, la paternidad supone una relación padre-hijo, donde se establecen de obligaciones de una parte y de otra: la parte *paterna* tiene ciertas obligaciones para con su hijo, pero también ciertos derechos, y a la inversa, la parte *hijo* tiene ciertas obligaciones como hijo para con su padre, y también ciertos derechos.

Por consiguiente, desde la paternidad se asumen deberes como: proteger al hijo, a asegurar su supervivencia y sostenimiento económico desde su nacimiento (al menos hasta los dieciocho años, conforme lo establece la ley), orientarlo adecuadamente, asegurar su asistencia a la escuela y al colegio, proteger su salud, no exponerlo a actos de violencia en cualquiera de sus formas, etc.

III. EL PERMISO POR LACTANCIA EN EL PERÚ BAJO EL RÉGIMEN DEL D. LEG. 728

Un permiso, en términos laborales, constituye una ausencia autorizada por horas o minutos del centro de laboral durante la jornada de trabajo. Es otorgado por el empleador y obedece, pues, a circunstancias especiales, como el permitir justamente que una madre dé de lactar diariamente a su bebé recién nacido, hasta que éste cumpla doce meses (1 año) de edad.

Así, el tiempo que dura un permiso se considera como efectivamente laborado para todo efecto legal. De ahí que en el caso del permiso por lactancia materna, por ejemplo, la hora diaria otorgada a la trabajadora sí ingresa al cálculo de sus beneficios laborales⁴.

En el presente artículo, utilizamos la expresión “permiso por lactancia” para referirnos a aquel que, justamente por razones de lactancia, otorga un empleador a la madre trabajadora o al padre trabajador por el lapso de una hora al día, para efectos de brindarle atención a su menor hijo durante el primer año de vida.

⁴ La diferencia entre un *permiso* y una *licencia* está básicamente en que esta última se concede para no asistir al puesto de trabajo por uno, dos o más días, como sucede con las licencias por maternidad y paternidad.

Por otro lado, es importante indicar que la Constitución Política del Estado, en sus artículos 2.15, 10, 11 y 22 a 29 establece el conjunto de derechos, principios y garantías que deben protegerse en una relación laboral; en ese sentido, el legislador tiene amplio margen de acción, siempre que en el desarrollo de su labor, primero, no afecten derechos fundamentales o los principios y valores contenidos en la Constitución, y segundo, no afecten los límites de la legislación delegatoria.

En ese sentido, nuestro ordenamiento jurídico contiene, cuando menos, dos regímenes laborales generales alrededor de los cuales giran otros más específicos. Nos referimos a los regulados por los Decretos Legislativos N° 276 y 728, denominados “Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público”, el primero, y “Ley de Fomento del Empleo”, el segundo; los cuales contienen la legislación marco aplicable tanto al sector público como al sector privado, respectivamente. Del Decreto Legislativo 728, posteriormente se separaron dos textos nativos⁵, denominados Ley de Formación y Promoción Laboral y Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

Justamente, a través del Decreto Supremo N° 003-97-IR se aprobó el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, “Ley de Productividad y Competitividad Laboral”, norma que regula el régimen laboral para los trabajadores del sector privado, estableciendo el acceso y culminación de la relación laboral, las características del contrato, así como los derechos y las obligaciones de los trabajadores.

Sobre los beneficios a los que tiene derecho los trabajadores, el artículo 79 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral establece expresamente que

“Los trabajadores contratados conforme al presente Título tienen derecho a percibir los mismos beneficios que por ley, pacto o costumbre tuvieron los trabajadores vinculados a un contrato de duración indeterminado, del respectivo centro de trabajo y a la estabilidad laboral y a la estabilidad laboral durante el tiempo que dure el contrato, una vez superado el periodo de pruebas”.

Así pues, cuando la citada disposición se refiere a que los trabajadores contratados en virtud de un contrato sujeto a modalidad tienen “derecho a percibir los mismos beneficios que por ley, pacto o costumbre” tienen los trabajadores estatales, se “corroboran la regla de igualdad que existe, en lo que respecta a derechos y beneficios, entre quienes prestan sus servicios subordinados de manera indefinida y temporalmente”⁶ (Ávalos Jara, 2008, p. 179), debiendo subrayarse que la norma utiliza el significante “los trabajadores”, para comprender tanto a los varones como a las mujeres.

⁵ Así los denomina el TC (Sen. 00002-2010-PI/TC; fund. 28)

⁶ No pretendemos afirmar que no existen diferencias. Evidentemente, por la naturaleza de una u otra modalidad contractual, la diferencia se encontraría en el plazo de duración de la relación de trabajo, lo que no supone que en el caso de los trabajadores contratados modalmente se afecte el derecho a la estabilidad laboral, pues, como acertadamente se señala en el artículo 79 citado, este derecho se adquiere una vez superado el periodo de prueba y se mantiene hasta que se extinga la relación laboral.

No es necesario enumerar todos los derechos que, al igual que los trabajadores estatales, tienen los trabajadores sujetos al régimen del Decreto legislativo N° 728. Nos interesa, más bien, verificar cuál es la regulación del derecho al permiso por lactancia dentro de este régimen.

Pues bien, en el Decreto legislativo N° 728 no se dice nada sobre el permiso por lactancia. Ello no es impedimento, sin embargo, para reconocer que los trabajadores sujetos a este régimen también tienen este derecho.

En efecto, es necesario remitirnos a las leyes N° 27240 y N° 27591, recordando que la primera reconoció originalmente el permiso por lactancia y la segunda amplió el plazo de duración. Así pues, teniendo en cuenta la modificación, la redacción del derecho es la siguiente:

- 1.1. La madre trabajadora, al término del período postnatal, tiene derecho a una hora diaria de permiso por lactancia materna, hasta que su hijo tenga un año de edad. En caso de parto múltiple, el permiso por lactancia materna se incrementará una hora más al día. Este permiso podrá ser fraccionado en dos tiempos iguales y será otorgado dentro de su jornada laboral, en ningún caso será materia de descuento.
- 1.2. La madre trabajadora y su empleador podrán convenir el horario en que se ejercerá el derecho establecido en el párrafo precedente.
- 1.3. El derecho que por la presente Ley se otorga no podrá ser compensado ni sustituido por ningún otro beneficio (Ley N° 27591, art. 1).

Asimismo, es necesario precisar que según el artículo 2 de la Ley N° 27240, la legislación sobre el permiso de lactancia “no afecta los mayores beneficios otorgados sobre la materia por ley específica, pacto colectivo o costumbre reconocida”.

De lo anterior se colige que las leyes sobre el permiso por lactancia son de aplicación también para los trabajadores sujetos al régimen del Decreto Legislativo N° 728, pues no dichas normas se refieren en general a “la madre trabajadora”, sin hacer distinción sobre el régimen laboral al que pertenezcan estas madres trabajadoras. De ahí que el permiso por lactancia no afecte “los mayores beneficios otorgados sobre la materia por ley específica, pacto colectivo o costumbre reconocida”.

IV. Análisis del Permiso por lactancia a nivel del Derecho Comparado

A diferencia de lo que ocurre en nuestro país, en el derecho comparado sí se reconoce que ambos padres trabajadores son los receptores del permiso por lactancia. En tal sentido podemos mencionar como claro ejemplo a España en su Constitución Española reconoce el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo, pues bien la Ley 39/1999, permite que la madre o el padre puedan ausentarse una hora al día de su puesto de trabajo por razón de lactancia hasta que el niño tenga nueve meses. Concretamente, el permiso puede ser otorgado tanto a la madre como al padre, pero no de manera simultánea. Dicha Ley menciona explícitamente: “Las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de su jornada en media hora

con la misma finalidad. **Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o el padre en caso de que ambos trabajen** (resaltado y subrayado nuestro).”

Del mismo modo tenemos el caso de Colombia en este país el permiso por lactancia se encuentra regulado en el art. 238° del Código Sustantivo del Trabajo, numeral que ha sido modificado por el art. 7° del Decreto 13 de 1967, señalando que “El empleador está en la obligación de conceder a la trabajadora dos descansos, de treinta (30) minutos cada uno, dentro de la jornada para amamantar a su hijo, sin descuento alguno en el salario por dicho concepto, durante los primeros seis (6) meses de edad. Es importante resaltar que el descanso que tiene la madre trabajadora durante el período de lactancia, es decir no es indispensable que la madre suministre leche materna o amamante al bebe pues existe otras formas de alimentarlo. Entones dicho permiso por lactancia autoriza tanto a la madre como al padre del recién nacido a ausentarse una hora al día de su puesto de trabajo sin que su salario disminuya. Se puede disfrutar de este permiso durante los primeros nueve meses de vida del bebé. De este modo, se ayuda a los padres con el cuidado del bebé a lo largo de la lactancia. El permiso por lactancia es, entonces, el derecho que tienen las madres o padres trabajado es a ausentarse de su puesto de trabajo con el objetivo de facilitar la lactancia de sus hijos, sin que ello repercuta en su salario laboral.

En nuestro vecino País de Ecuador el permiso por lactancia se extendió de nueve meses a un año, a partir del proyecto de modificación del Código de Trabajo presentado el 12 de septiembre del 2014. Según la propuesta, el padre de familia también podría gozar de este beneficio legal, entendiéndose que incluso se puede refrigerar la leche materna y, en este sentido, habría que superar cualquier posición machista. Desde esta propuesta nacieron muchos cuestionamientos y opiniones refiriéndose a que sí es factible que un hombre cuide a un niño, pero todo depende de si tiene la afinidad y las habilidades para eso; además se señaló de que no sólo las madres tienen un rol importante en el cuidado de los hijos si no también los padres. Lamentablemente la propuesta, no prosperó y actualmente la disposición que reconoce el permiso por lactancia a favor de la madre trabajadora está recogida en el artículo 155, inciso tercero, del Código de Trabajo que establece lo siguiente: “Durante los doce (12) meses posteriores al parto, la jornada de la madre lactante durará seis (6) horas, de conformidad con la necesidad de la beneficiaria”. El permiso por lactancia consiste, pues, en otorgar a la madre trabajadora dos horas de su horario laboral, remuneradas, para la atención del niño. Estas horas las puede tomar al inicio o al final de la jornada.

V. Vulneración al derecho a la igualdad y a la paternidad responsable del Padre Trabajador.

Toda vulneración, en términos jurídicos, es una transgresión o violación a una ley o precepto.

5.1. Vulneración al Derecho a la Igualdad del Padre Trabajador

Actualmente se habla de igualdad de aptitudes de hombres y mujeres en la crianza de los hijos. De ahí que al regularse el permiso por lactancia en el art. 1 de la Ley 27591, se perjudica al derecho de igualdad del varón (padre), porque dicho permiso únicamente se le otorga a la madre, sin tener en cuenta lo establecido en el art. 2 inciso 2 de la Constitución, relacionado con el derecho a la igualdad.

Por otro lado, y en atención a lo desarrollado en los capítulos anteriores, tenemos que la igualdad por ser un derecho fundamental de la persona, constituye a la vez un principio el cual se vincula con la labor que tiene el Estado. Pues bien, entendemos que se vulnera el derecho a la igualdad cuando se hace una diferenciación en el trato brindado a dos partes: tal es el caso de la madre y el padre.

5.1.1. Vulneración del Principio a la Igualdad

En principio, no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación. La igualdad solamente se verá vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. De esto se desprende que la aplicación del principio de igualdad no excluye el tratamiento desigual.

5.1.2. Vulneración del Derecho Fundamental a la Igualdad

El derecho a la igualdad implica, pues, brindar un trato igualitario a quienes se encuentran en una idéntica situación. Es el caso, por ejemplo, de los padres trabajadores que tiene un hijo en edad de lactancia. Ellos, por tener la misma condición y ser responsables del cuidado y protección de sus hijos, deben ser tratados de igual manera

5.2. Vulneración del Derecho a la Paternidad Responsable del Padre Trabajador

La paternidad responsable como ya lo hemos adelantado, implica no sólo el deber (o conjunto de deberes u obligaciones) que tiene que cumplir un padre para con sus hijos (cuidando y procurando su desarrollo integral). Implica, además, que debemos considerarlo como un derecho, es decir, como la facultad propia que tiene un sujeto (en este caso, un padre trabajador) para realizar o no una cierta conducta. Se trata, entonces, de la potestad que ese sujeto tiene, de conformidad con una norma jurídica, para desarrollar su actividad frente a otro u otros.

5.2.1. La Paternidad como obligación:

Los hijos, por su propia condición, al nacer son incapaces de sobrevivir por sí solos. Necesariamente deben tener los cuidados necesarios para su desarrollo, y los padres los primeros están obligados frente a ello, pues más que un imperativo legal, lo que impele a socorrer a sus hijos es un imperativo moral, que se traduce en el derecho de los hijos al sustento, educación, seguridad, recreación, etc.

Supuestos que Sustentan la Tesis

Los siguientes supuestos sirven para mostrar que la Ley N° 27591, que por omisión excluye al padre trabajador a gozar del permiso por lactancia, vulnera sus derechos a la igualdad ante la ley (por razón de sexo) y su deber-derecho a la paternidad responsable:

Supuesto 1: consideramos al hecho de la muerte de la madre trabajadora al momento o luego del alumbramiento del bebé. Frente a ello, la responsabilidad de protección y cuidado del recién nacido recaerá, naturalmente, en el padre trabajador. Así las cosas, el padre trabajador deberá asumir las responsabilidades de alimentarlo y cuidar de él.

Supuesto 2: El presente supuesto está relacionado con el síndrome posnatal que sufre una mujer después de dar a luz. Se trata de una forma de depresión que puede afectar a las mujeres después del nacimiento de un hijo. En general, se manifiesta por sentimientos de tristeza y tendencia al llanto, aunque también puede mostrar síntomas de la depresión.

Supuesto 3: El último supuesto tiene que ver con la separación de la pareja y el abandono que hace la madre del bebé recién nacido. En este caso, un padre trabajador se perjudicaría al no contar con el permiso por lactancia. Si la madre abandonó al bebé, el padre trabajador tiene que ejercer el derecho por lactancia, brindándole los cuidados necesarios.

VI. Conclusiones

La lactancia está conformada por un conjunto de actividades orientadas al cuidado y alimentación de un bebé, y no sólo al hecho biológico de amantarlo. En ese sentido, tanto la madre como el padre que trabajan pueden ejercer este derecho en igualdad de condiciones y sin discriminación alguna.

De hecho, si ambos progenitores disfrutaran del beneficio, favorecerían un mejor desarrollo para sus hijos, haciendo del derecho al trabajo el medio que, de manera efectiva, le permita a la madre y al padre ejercer, respectivamente, una maternidad y una paternidad responsables, por otro lado La legislación vigente sobre el permiso por lactancia es discriminatoria, pues no considera la igualdad de aptitudes entre hombres y mujeres en la crianza de los hijos. En ese sentido, la diferenciación que se hace al otorgarle el permiso por lactancia solo a la madre trabajadora, y omitir pronunciamiento respecto del padre trabajador, adolece de razonabilidad y objetividad y finalmente En contraste con el derecho al permiso por lactancia, la legislación peruana tampoco promueve de manera efectiva una paternidad responsable, entendida como aquella relación comprometida y solidaria del progenitor respecto de su menor hijo.

VII. Referencias Bibliográficas

- Alcalde Huamán, A. (2011). «La desnaturalización jurídica de la cláusula de los derechos no enumerados en las sentencias del Tribunal Constitucional». (Tes. para obtener el título profesional de abogado, inédita) Universidad Nacional de Cajamarca, Perú.
- Bermúdez Tapia, M. (2005). «Artículo 6. Paternidad responsable, derechos y deberes de padres e hijos. Igualdad de los hijos», en *La Constitución comentada, Análisis artículo por artículo*(t. 1): 537-558. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Miranda Caramutti, F. (2013). “Los Derechos Fundamentales de las personas” (Monog. presentada en el curso de actualización para obtener el título de Abogado) Universidad Nacional de Cajamarca.
- Tribunal Constitucional peruano. (2001). Sentencia N° 0895-2001-AA/TC
- Valle-Riestra, J., Herrero Pons, J. & Ángeles Gonzales, J. (2008). «Manual de los Derechos Humanos». Lima, Perú: Ediciones Jurídicas.

Correspondencia: Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo. Jr. José Sabogal N° 913, Cajamarca, Perú.

Recibido: 15/10/2015

Aprobado: 15/11/2015