

REVISTA PERUANA DE
DERECHO CONSTITUCIONAL

MUJER Y CONSTITUCIÓN

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

Contenido

CARLOS RAMOS NÚÑEZ <i>Presentación</i>	15
Mujer y Constitución	
MARCELA HUAITA ALEGRE <i>La CEDAW como marco de referencia de las sentencias del Tribunal Constitucional peruano</i>	23
BEATRIZ RAMÍREZ HUAROTO <i>La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de igualdad y no discriminación: los casos de la Policía Nacional del Perú y las Fuerzas Armadas</i>	55
MOSI MARCELA MEZA FIGUEROA <i>Protección constitucional de la madre en el ámbito laboral</i>	77
CARLOS RAMOS NÚÑEZ <i>El sufragio femenino: dudas, convicción y oportunismo</i>	101
MARÍA SOLEDAD BELLIDO ÁNGULO <i>Del silencio a la razón: argumentación sobre el sufragio femenino en la Constituyente de 1931</i>	111
SUSANA MOSQUERA <i>Mujer y género en el derecho internacional de los derechos humanos</i>	147
GLÓRIA POYATOS I. MATAS <i>Sentencia pionera en España que define jurídicamente y aplica la técnica de «juzgar con perspectiva de género»</i>	171
MARÍA CONCEPCIÓN TORRES DÍAZ <i>El sustento constitucional de la impartición de justicia desde la perspectiva de género</i>	181

Miscelánea

EDWIN FIGUEROA GUTARRA

El matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿mito o realidad?

Enseñanzas del caso Obergefell..... 215

LUIS R. SÁENZ DÁVALOS

La doctrina jurisprudencial vinculante

y su desarrollo por el Tribunal Constitucional 239

FRANCISCO CELIS MENDOZA AYMA

Constitucionalización del proceso inmediato. Principio de proporcionalidad 279

ÓSCAR DÍAZ MUÑOZ

Laicidad e igualdad religiosa en la Constitución peruana 299

BERLY LÓPEZ FLORES

El amparo contra laudos arbitrales 311

JORGE LUIS LEÓN VÁSQUEZ

El examen de tres niveles de los derechos fundamentales (drei-schritt-prüfung) 341

RORIC LEÓN PILCO

El valor de la cosa juzgada constitucional

en los procesos constitucionales de tutela de derechos..... 347

Jurisprudencia comentada

ALVARO R. CÓRDOVA FLORES

Caso Edwards vs. Canadá (1929):

cuando las mujeres fueron consideradas personas 375

NADIA IRIARTE PAMO

Mujer y derecho a la educación.

Comentario a la STC 00853-2015-PA/TC..... 381

SUSANA TÁVARA ESPINOZA

La situación de los migrantes irregulares.

Comentario a la STC 02744-2015-PA/TC..... 385

Reseñas

OMAR CAIRO ROLDÁN

Exposición de motivos del Anteproyecto de Constitución del

Estado de 1931..... 395

JERJES LOAYZA JAVIER	
<i>Género y justicia. Estudios e investigaciones en el Perú e Iberoamérica</i>	401
MARÍA CANDELARIA QUISPE PONCE	
<i>Trinidad María Enríquez. Una abogada en los Andes</i>	405
ROGER VILCA APAZA	
<i>Las constituciones del Perú</i>	409

Protección constitucional de la madre en el ámbito laboral

 MOSI MARCELA MEZA FIGUEROA*

Sumario

I. Introducción. **II.** Especial protección constitucional a la madre trabajadora. **III.** Protección internacional de la madre trabajadora. **IV.** Derechos protegidos 4.1. Licencia por maternidad. 4.2. Licencia en caso de enfermedad o de complicaciones. 4.3. Prestaciones. 4.4. Protección del empleo y no discriminación. 4.5. Madres lactantes **V.** Conclusiones.

Resumen

Lejos de pretender condensar la historia de la participación femenina en el trabajo productivo o su cada vez menor intervención monopólica en el hogar, el presente artículo tiene como propósito analizar las implicancias jurídicas actuales generadas a partir de la compleja interacción entre la mujer *madre* y la mujer *trabajadora* –concentradas en una sola persona como manifestación de su derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad–, así como las herramientas que le brinda nuestro ordenamiento constitucional, a fin de lograr una perfecta simbiosis entre ambas.

Palabras clave

Derecho constitucional, derecho laboral, derechos de la mujer, madre trabajadora, despido discriminatorio.

Abstract

Far from attempting to condense the history of women's participation in productive work or their diminishing monopolistic intervention at home, this article aims to analyze the current legal implications generated by the complex interaction between the *mother* woman and the *worker* woman –joint in a single person as a manifestation of her fundamental right to the free development of personality–; as well as the tools provided by our Constitution, in order to achieve a perfect symbiosis between both of them.

Keywords

Constitutional Law, labor law, women rights, working mother, discriminatory dismissal.

A Melissa.

* Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesora de Derecho Constitucional en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón (UNIFÉ). Asesora jurisdiccional del Tribunal Constitucional.

I. Introducción

El propósito vital, la forma de conducirse y las decisiones que toma un ser humano son manifestaciones de libertad. Los actos humanos, en los que interviene el entendimiento y la voluntad, acompañados de condicionantes externos, van moldeando, definiendo y fortaleciendo su personalidad.

Este desarrollo personal, ejercido con libertad, tiene sustrato en la propia existencia humana y, por tanto, en su dignidad. Como tal, al igual que todos los derechos fundamentales, merece reconocimiento constitucional —explícito o implícito— y requiere de mecanismos efectivos para su pleno ejercicio.

Si bien la determinación de nuestro proyecto de vida se circunscribe a una esfera de total libertad en la que corresponde al Estado mantener una posición distante, la eficacia de este y todos los derechos, incluidas las libertades clásicas, requiere de participación estatal —en mayor o menor grado—, a través de las funciones que le son inherentes: legislativa, jurisdiccional y administrativa.

78

De esta manera, un ordenamiento jurídico coherente, compuesto por reglas claras diseñadas para todos los supuestos posibles, y exento de antinomias, sería un escenario ideal para el despliegue del elenco de derechos inherentes a la persona. Sin embargo, el escenario real no es tan llano y determinado como el primero, tiene zonas oscuras, dispares e inclusive desniveladas que no permiten una presentación adecuada del mismo. Para superar estas deficiencias, se requiere de un personaje que, consciente de ellas y conocedor de otras herramientas superiores de solución de problemas, pueda conducirlo a una *performance* exitosa; este personaje es el juez. Sin perjuicio de ello, también resulta vital para la obtención de los fines esperados, la gestión de los recursos, sean estos presupuestarios, logísticos, humanos, de control y otros. La labor del gestor va a depender, en estos casos, del elenco de derechos distribuido en el escenario: algunos, por su propia naturaleza, requieren de una participación mayor del gestor, y otros, de una contribución menor. La asignación de recursos y el diseño de políticas públicas van a obedecer entonces a las exigencias propias del derecho fundamental en escena.

La decisión de ser madre e insertarse a la vez en el mercado laboral como medio para su realización personal es, sin duda, una manifestación del

derecho que tiene todo ser humano –en este caso particular, la mujer– al libre desarrollo de la personalidad. Para su plena eficacia, requiere necesariamente de los tres personajes a los que se ha hecho referencia: al legislador, al juez y al gestor, quienes actúan bajo la sombra de un cuerpo mayor: la Constitución.

II. Especial protección constitucional a la madre trabajadora

El artículo 23 de la norma fundamental dispone que el Estado protege de manera especial a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan. Este principio constitucional «se encarga de establecer una prelación respecto del ámbito subjetivo de tutela del principio *protector* (...) no se trata de una protección exclusiva, sino preferente, que se justifica a partir de las peculiares características de los grupos mencionados y que requieren, por tanto, de una tutela adicional, entendida en el sentido de equipararlos con el resto de categorías de trabajadores, mas no en perjuicio de aquellas»¹.

La madre trabajadora es así sujeto de especial protección respecto de otros trabajadores, inclusive de otras mujeres que no son madres. Este trato diferenciado obedece a una razón objetiva: la maternidad. La tutela constitucional debe extenderse entonces a todos los momentos biológicos derivados de ella: la gestación, el parto y la lactancia.

Surge a continuación la interrogante de si esta protección es solo aplicable a los aspectos biológicos de la maternidad o también a aquellos no biológicos que aparecen con la misma. En principio, habría que señalar que este término de comparación (biológico) es indiscutiblemente objetivo y aplicable a todos los casos, por ello, sería la regla general.

Sin embargo, podrían existir situaciones vinculadas a la crianza que justificarían alguna tutela particular. Es cierto que el segundo párrafo del artículo 6 de la Constitución establece que es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, lo que implica una responsabilidad compartida del padre y la madre. Empero, lo cierto es que son muchas

¹ Guillermo BOZA PRO, «La madre trabajadora como sujeto laboral especialmente protegido en el ordenamiento peruano», en Carlos BLANCAS, Guillermo BOZA y Fernando GARCÍA (Eds.) *Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano. Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*, Lima, Grijley/Sociedad Peruana del Derecho al Trabajo y de la Seguridad Social, 2009.

las familias que se encuentran conformadas únicamente por esta última y su descendencia; por tanto, las labores de crianza y de provisión económica recaen en esta única persona.

En consecuencia, pueden diseñarse medidas legislativas o políticas públicas dirigidas a esta población en virtud del referido artículo 23. Su exigibilidad judicial en la vía constitucional, sin embargo, sería más compleja —aunque no imposible—, pues requerirá de una mayor carga argumentativa y probatoria que fundamente la imperiosa necesidad de una actuación estatal sin la cual se considere este principio vulnerado.

De otro lado, el principio de protección especial de la madre trabajadora no solo se encuentra vinculado a los intereses de la madre, en el entendido del ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad o en el plano prestacional de las atenciones y cuidados médicos —sobre los que ahondaremos líneas después— a los que se somete para el cuidado de su salud; sino también a los intereses del niño o del que esté por nacer.

Así, tenemos también el artículo 4 de la Constitución, que refiere: «La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad».

80

Este otro principio resulta ser entonces el marco del amparo otorgado por la norma suprema mediante el aludido artículo 23. Mientras que el artículo 4 se refiere a los sujetos que merecen especial protección por parte del Estado², por su especial condición de vulnerabilidad en los distintos ámbitos en los que se desenvuelven; el artículo 23 incide en su protección circunscrita únicamente al ámbito laboral.

Sin perjuicio de lo señalado, «no hay que olvidar que esta ‘protección especial’ se enmarca dentro de la teoría institucional de los derechos fundamentales, en la que ningún derecho es absoluto»³. Evidentemente, este principio obedece a situaciones objetivas que merecen tratos diferenciados,

² Al que no se adiciona intencionalmente —a pesar que la Constitución sí lo consigna— el término *comunidad*, pues se trata del elemento humano conformante del Estado.

³ César LANDA ARROYO, «El derecho del trabajo en el Perú y su proceso de constitucionalización: análisis especial del caso de la mujer y la madre trabajadora», en *Themis Revista de Derecho*, núm. 65, 2014.

cualquier motivación subjetiva que se alegue en beneficio de un sujeto especial, en este caso la madre, resultaría discriminatorio.

III. Protección internacional de la madre trabajadora

El reconocimiento constitucional del principio de protección especial a la madre trabajadora le otorga la categoría suprema del orden jurídico interno. Este *status* trae consigo un valor objetivo, es decir, es obligación del Estado garantizar todas las condiciones necesarias para su pleno cumplimiento. Una pregunta surge inmediatamente: ¿cuáles son los alcances de este deber estatal?

La respuesta, sin duda, no se encuentra exenta de diversas, e inclusive incompatibles, interpretaciones. Ante esta divergencia, debemos recurrir a una herramienta que nos brinda la propia Constitución, en su cuarta disposición final y transitoria: «Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú».

81

Por tanto, acudiremos a los principales instrumentos internacionales que, a lo largo del proceso de universalización de los derechos humanos, fueron aprobados a nivel global y a nivel regional, los cuales contienen disposiciones relativas a la protección de la familia, la maternidad, el menor y la mujer que trabaja.

Tratados internacionales vinculados a la protección de la madre trabajadora

Declaración Universal de DD.HH. 1948	Artículo 16 (...) 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. Artículo 25 (...) 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. (...)
--------------------------------------	---

Sistema Universal de Protección de DD.HH.	
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 1966	Artículo 10 Los Estados parte en el presente Pacto reconocen que: 1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges. 2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.
Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer 1967	Artículo 10 (...) 2. A fin de impedir que se discrimine contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y garantizar su derecho efectivo al trabajo, deberán adoptarse medidas para evitar su despido en caso de matrimonio o maternidad, proporcionarle licencia de maternidad con sueldo pagado y la garantía de volver a su empleo anterior, así como para que se le presten los necesarios servicios sociales, incluidos los destinados al cuidado de los niños. 3. Las medidas que se adopten a fin de proteger a la mujer en determinados tipos de trabajo por razones inherentes a su naturaleza física no se considerarán discriminatorias.
Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer 1979	Artículo 4 (...) 2. La adopción por los Estados parte de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria. Artículo 11 (...) 2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados parte tomarán medidas adecuadas para: <ol style="list-style-type: none"> a. Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base de estado civil; b. Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales; c. Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños; d. Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.

Sistema Regional de Protección de DD.HH.	
Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - Protocolo de San Salvador 1988	Artículo 15 Derecho a la Constitución y Protección de la Familia 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material (...) 3. Los Estados partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a: a. conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto.

Fuente: Tratados internacionales en materia de Derechos Humanos.

Elaboración: propia.

Mención aparte merece el Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la protección de la maternidad, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo el 15 de junio de 2000. Este convenio constituye el instrumento internacional más actualizado en dicha materia y se adoptó en respuesta a la necesidad de revisar el convenio del mismo nombre, correspondiente al año 1952, que también contiene disposiciones relativas al descanso por maternidad (doce semanas, de las cuales 6 semanas corresponderán al periodo puerperal y podrán ser prolongables por enfermedad sobrevenida al parto), las prestaciones en dinero y médicas mientras dure el referido descanso, la interrupción del trabajo por lactancia y la ilegalidad del despido comunicado durante la licencia por maternidad.

El Convenio 183 de la OIT tuvo un tránsito largo en el procedimiento de perfeccionamiento interno –en el Perú–, pues luego de haber sido remitido por la Cancillería al Congreso de la República el 14 de febrero de 2002 y archivado al concluir los periodos legislativos de 2006 y 2011, fue finalmente aprobado el 21 de marzo de 2015, mediante Resolución Legislativa 30312, conforme lo exige el artículo 56 de la Constitución.

Además, previamente a su ratificación por el presidente de la República, se coordinó la modificación de la Ley N° 26644 que regula la licencia por maternidad a efectos de que el tiempo que esta otorga sea consistente con el indicado en el referido Convenio, lo que ocurrió el 24 de noviembre de 2015, al promulgarse la Ley N° 30367. De esta manera, mediante Decreto Supremo 12-2016-RE fue ratificado el Convenio 183, cuyo texto se publicó

en el diario oficial *El Peruano* el 31 de mayo de 2016 y entró en vigor el 9 de mayo de 2017⁴.

Como anota el preámbulo, este convenio toma en cuenta «la situación de las mujeres trabajadoras y la necesidad de brindar protección al embarazo, como responsabilidad compartida de gobierno y sociedad», y busca promover «la igualdad de todas las mujeres integrantes de la fuerza de trabajo y la salud y la seguridad de la madre y el niño». Para tal fin, reconoce los siguientes derechos a las madres trabajadoras:

a) Licencia de maternidad:

- Duración de al menos catorce (14) semanas.
- Seis (6) de las catorce (14) semanas corresponderán obligatoriamente a la etapa posparto.
- En caso de que la fecha efectiva del parto sea posterior a la fecha presunta, el periodo prenatal se extenderá hasta la fecha en que el parto tiene lugar, sin reducir la duración del periodo posnatal obligatorio.

84

b) Licencia en caso de enfermedad o de complicaciones:

- En adición a la licencia que corresponde por maternidad, y sobre la base de un certificado médico, se otorgará una licencia por complicaciones o enfermedades derivadas del embarazo o del parto, la cual podrá ser anterior o posterior a la primera.

c) Prestaciones:

- Deberán financiarse mediante un seguro social obligatorio o con cargo a fondos públicos.

Prestaciones pecuniarias:

- Deberán ser proporcionadas a las mujeres que se ausenten por la licencia de maternidad.
- Deben garantizar a la mujer y su hijo condiciones de salud apropiadas y un nivel de vida adecuado.

⁴ Los pormenores del procedimiento de perfeccionamiento interno son detallados en la exposición de motivos del aludido Decreto Supremo.

- Si la base de las prestaciones son las ganancias anteriores de la mujer, el monto de aquellas no deberá ser inferior a los dos tercios de estas. Si se fijan por otros métodos, el monto debe ser del mismo orden de magnitud que el que resulta en promedio de la aplicación de la fórmula anterior.
- Si una mujer no reúne las condiciones exigidas para estas prestaciones, tendrá derecho a percibir prestaciones adecuadas con cargo a los fondos de asistencia social.
- En caso la economía y el sistema de seguridad social del Estado no estén suficientemente desarrollados, el monto debe ser equivalente por lo menos al de las prestaciones previstas para los casos de enfermedad o de incapacidad temporal.

Prestaciones médicas:

- Deberán ser proporcionadas a la madre y a su hijo.
- Comprende: asistencia antes, durante y después del parto, así como la hospitalización, de ser necesario.

85

d) Protección del empleo y no discriminación:

- Prohibición del despido a una mujer embarazada, o durante la licencia de maternidad, o después de haberse reintegrado al trabajo durante un periodo determinado por cada legislación, por motivos relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia.
- La carga de la prueba de que los motivos fueron otros incumbe al empleador.
- Se garantiza el retorno de la mujer al mismo puesto de trabajo o a uno equivalente con la misma remuneración, al término de la licencia.
- Prohibición de que se exija a una mujer que solicita un empleo que se someta a un examen para comprobar si está o no embarazada, con excepción de aquellos trabajos que estén prohibidos para embarazadas o lactantes o que puedan significar un riesgo reconocido o significativo para la salud de la mujer y del hijo.

e) Madres lactantes:

- La mujer tiene derecho a una o varias interrupciones por día o a una reducción diaria del tiempo de trabajo para la lactancia de su hijo.
- Estas interrupciones o reducciones deben contabilizarse como tiempo de trabajo y remunerarse.

Si bien el Convenio 183 de la OIT forma parte del derecho nacional, conforme al artículo 55 de la Constitución, resulta imperioso acudir al desarrollo legislativo previo a su entrada en vigor, con el objeto de evidenciar las coincidencias o divergencias de nuestro derecho interno con el internacional, y así poder determinar el margen de protección mayor que le da una u otra fuente. Para tal efecto, seguiremos la estructura planteada en el convenio y analizaremos cada uno de los derechos que comprende el principio de protección especial de la mujer trabajadora.

IV. Derechos protegidos

86

4.1. Licencia por maternidad

El 27 de junio de 1996 se publicó la Ley N° 26644 que precisa el goce del derecho de *descanso pre y posnatal* de la trabajadora gestante, correspondientes a cuarenta y cinco (45) días por cada etapa; con la posibilidad de diferir el descanso prenatal, total o parcialmente, a la etapa posterior al parto, haciendo un total de noventa (90) días de licencia por maternidad.

Como se adelantó, este periodo de descanso tuvo que ser modificado de manera previa a la ratificación del Convenio, mediante la Ley N° 30367, ampliándose a cuarenta y nueve (49) días la licencia prenatal y a un número igual el descanso posnatal, cumpliéndose entonces con las catorce (14) semanas (98 días) referidas en el tratado.

Estos 49 días que deben tomarse *obligatoriamente como licencia posnatal* equivalen a siete semanas, las cuales superan las seis consideradas por el Convenio como forzosas para dicho periodo. De esta manera, la legislación nacional es inclusive más tuitiva que la internacional con relación al tiempo de descanso que debe otorgarse a una madre que se encuentra en el puerperio.

De otro lado, la *postergación del descanso prenatal* a la que se ha hecho referencia –que solo puede ser decidida por la trabajadora gestante–, se encuentra sujeta a la condición de no afectar a la madre ni al concebido. Para tal efecto, debe certificarse médicamente dicha inocuidad, la cual deberá ser comunicada al empleador dos meses antes de la fecha probable de parto.

La posibilidad de que esta fecha probable de parto no se corresponda con la fecha efectiva de parto, sea por adelanto o por retraso, es una variable que también ha sido considerada por nuestra legislación. Si bien, la redacción original de la disposición solo preveía la opción de adelanto del alumbramiento –en cuyo caso se estableció que los días de adelanto se acumularán al descanso posnatal–, la Ley N° 27402⁵ modificó el artículo 3 de la Ley N° 26644, e incorporó las previsiones respecto a la menos probable pero siempre posible opción de retraso del parto.

De esta manera, con el afán de evitar un escenario de desprotección a las mujeres que podrían encontrarse en esta poco previsible situación, se dispuso que los días de retraso serán considerados como descanso médico por incapacidad temporal para el trabajo y pagados como tales, diseñando así una fórmula distinta pero igual de efectiva que la consignada en el convenio.

A mayor abundamiento, el reglamento de la Ley N° 26644⁶ considera el supuesto en el que el concebido no nazca vivo, en cuyo caso procederá igualmente el goce del descanso por maternidad si el alumbramiento se produce después de las treinta (30) semanas de gestación. Si esta ocurre entre las semanas 22 y 30, este derecho estará supeditado a que el concebido nazca vivo y sobreviva más de 72 horas.

Como medida adicional, la ley en referencia permite que la trabajadora pueda gozar del periodo de descanso vacacional pendiente de manera inmediatamente posterior al que le corresponde por licencia de maternidad, es decir, a partir del día siguiente de cumplido este último.

⁵ Publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 20 de enero de 2001.

⁶ Aprobado mediante Decreto Supremo 005-2011-TR, publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 17 de mayo de 2011.

4.2. Licencia en caso de enfermedad o de complicaciones

La versión inicial de la Ley N° 26644 no contemplaba el riesgo de embarazos o partos complejos, o de enfermedades derivadas de los mismos; empero, la incorporación efectuada por la Ley N° 27606⁷ dispuso que el descanso posnatal se extenderá por 30 días adicionales en los casos de *nacimiento múltiple*. A su vez, la Ley N° 29992⁸ modificó esta incorporación y añadió un supuesto adicional para el goce de esta extensión del descanso posnatal: el *nacimiento de niños con discapacidad*.

Si bien dicha ley no regula el supuesto en el que la madre pueda contraer alguna enfermedad como consecuencia de la gestación o del alumbramiento, o que se presente una complicación distinta a la referida en el párrafo anterior, o riesgo de complicación, como refiere el artículo 5 del convenio; también es cierto que el mismo artículo dispone que la naturaleza y la duración máxima de esta licencia podrán ser estipuladas según lo determinen la legislación y la práctica nacionales. En ese sentido, de presentarse una incapacidad temporal para el trabajo por alguno de los motivos antes señalados, podría recurrirse al descanso médico previsto precisamente para tal incapacidad con la observancia de las disposiciones que lo regulan.

4.3. Prestaciones

La Constitución reconoce en su artículo 10 el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida.

De esta manera, al ser un derecho de configuración legal, es desarrollado por la Ley N° 26790, de modernización de la seguridad social en salud⁹. En ella, se detalla la cobertura que otorga el Estado a los asegurados, mediante prestaciones de prevención, promoción, recuperación y subsidios, para el cuidado de su salud y bienestar social, trabajo y enfermedades profesionales. Entre estos subsidios, tenemos los de maternidad y lactancia, consignados en el artículo 12, literal b, del referido dispositivo legal.

⁷ Publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 23 de diciembre de 2001.

⁸ Publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 7 de febrero de 2013.

⁹ Publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 21 de julio de 2006.

Para el otorgamiento del *subsidio por maternidad*, se requiere que la afiliada regular en actividad cumpla los requisitos establecidos en la propia norma¹⁰. Luego de ello, se determinará el monto de acuerdo al promedio diario de las remuneraciones de los doce (12) últimos meses¹¹. Este promedio será multiplicado por el número de días de goce de la prestación, es decir, los 98 días que dura la licencia por maternidad, con la posibilidad de extenderlos por 30 días más, en mérito de los supuestos detallados en el acápite anterior.

Como se precisa en el artículo 16 del reglamento de la citada ley¹², este subsidio tiene el objeto de resarcir el lucro cesante como consecuencia del alumbramiento y de las necesidades de cuidado del recién nacido, y se otorga con la condición de que durante estos periodos la afiliada no realice trabajo remunerado.

El pago de este subsidio se efectúa con cargo a reembolso de ESSA-LUD, por parte de la entidad empleadora a la asegurada en la misma forma y oportunidad en que percibe sus remuneraciones¹³.

Por su parte, el *subsidio por lactancia* se otorga directamente a la madre con el objeto de contribuir al cuidado del recién nacido, quien resulta ser el beneficiario del mismo. Es por ello que la condición para su otorgamiento será que el lactante nazca vivo y que sea inscrito como derecho/habiente del asegurado titular.

La forma de determinar este subsidio no está vinculado a la remuneración de la madre, pues como se indicó ella no es la beneficiaria, sino el hijo. En tal sentido, se trata de un monto fijo definido por el Consejo Directivo de

¹⁰ Artículo 10.- Derecho de Cobertura.

Los afiliados regulares y sus derechohabientes tienen el derecho a las prestaciones del Seguro Social de Salud siempre que aquellos cuenten con tres meses de aportación consecutivos o con cuatro no consecutivos dentro de los seis meses calendario anteriores al mes en que se inició la contingencia y que la entidad empleadora haya declarado y pagado o se encuentre en fraccionamiento vigente las aportaciones de los doce meses anteriores a seis meses previos al mes de inicio de la atención, según corresponda.

¹¹ Si su afiliación es menor a este período, se considerará el promedio de los meses que tenga la trabajadora como afiliada.

¹² Aprobado mediante Decreto Supremo 009-97-SA, publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 9 de setiembre de 1997.

¹³ Conforme se precisa en el numeral 6 de la Directiva de Gerencia General 08-GG-ES-SALUD-2012 Normas complementarias al reglamento de pago de prestaciones económicas, aprobada por Resolución de Gerencia General 619-GG-ESSALUD-2012.

ESSALUD, el cual asciende actualmente a S/. 820,00¹⁴. En caso se produzca un parto múltiple, la norma prevé que se otorgue un subsidio adicional por cada hijo.

Además de las prestaciones económicas, la seguridad social prevé también *prestaciones médicas* de maternidad, que consisten en el cuidado de la salud de la madre gestante y la atención del parto, extendiéndose al periodo del puerperio y al cuidado de la salud del recién nacido¹⁵.

Tratándose del caso de mujeres gestantes que laboran de manera independiente, la legislación nacional permite su incorporación al seguro potestativo, el cual contiene también prestaciones de salud por maternidad, mas no prestaciones económicas (subsidios).

Se advierte, entonces, que nuestro ordenamiento jurídico no solo protege a la madre trabajadora mediante el otorgamiento de las licencias que correspondan a su condición, sino que –además– le brinda prestaciones pecuniarias y médicas que incluso comprenden un alcance mayor a las dispuestas por el Convenio.

4.4. Protección del empleo y no discriminación

La Constitución en su artículo 2, inciso 2, reconoce el derecho a la igualdad y no discriminación. Está proscrito, entonces, cualquier trato distinto por parte del Estado o un particular –como expresión de la eficacia vertical y horizontal de los derechos fundamentales– hacia toda persona basado en su origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

El ámbito laboral no es ajeno a esta prohibición constitucional, inclusive la propia norma fundamental, en el artículo 26, inciso 1, reconoce como un principio de la relación de trabajo la igualdad de oportunidades sin discriminación.

A pesar de encontrarse en el ámbito de lo constitucionalmente prohibido, no puede desconocerse que en el plano fáctico se presentan actos

¹⁴ Este monto fue fijado en la primera disposición complementaria del Reglamento de pago de prestaciones económicas, aprobado por Acuerdo 58-14-ESSALUD-2011, publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 28 de julio de 2011.

¹⁵ Artículo 12 del reglamento de la Ley N° 26790.

vulneratorios del derecho a la igualdad, específicamente y a propósito del objeto de estudio del presente artículo, las formas discriminatorias a causa del sexo de la trabajadora.

Una manifestación de estas actuaciones inconstitucionales por parte del empleador es la que se ejerce contra una trabajadora que se encuentra en estado de gravidez. La extinción del vínculo laboral motivada por el embarazo de una persona, el nacimiento de otra, o por encontrarse esta última en etapa de lactancia, es reprochable desde una perspectiva constitucional y, por tanto, merece que se le sancione con la nulidad. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia:

La discriminación por razón de sexo comprende aquellos tratamientos peyorativos que se fundan no solo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca. Tal como sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres. Por lo tanto, cualquier distinción de trato (distinción, exclusión o restricción) en el ámbito público o privado que sea desfavorable para la mujer por razón de su estado de gravidez, debido a que le impide injustificadamente gozar o ejercer los derechos fundamentales de que es titular, constituye un acto discriminatorio que es nulo de pleno derecho por contravenir el inciso 2, del artículo 2, de la Constitución (fundamento 3 de la Sentencia recaída en el Expediente 01151-2010-PA/TC).

El despido discriminatorio por embarazo, nacimiento o lactancia genera, además, un menoscabo en el proyecto de vida de la trabajadora —derecho reconocido en el artículo 2, inciso 1, de la Constitución—, pues no solo implica una interrupción en sus aspiraciones laborales, sino también una sanción al ámbito estrictamente íntimo que significa tomar la decisión de ser madre.

Estas malas prácticas vulneran también la libertad de la mujer trabajadora, pues generan desincentivos para que ella decida *libremente* tomar una decisión de esta naturaleza. A las consideraciones regulares que una persona tiene en cuenta para apostar por la maternidad (afectivas, fisiológicas, profesionales, entre otras), tendría que sumarse el riesgo a perder el empleo.

Por todo ello es que la madre trabajadora tiene una protección reforzada contra el despido, claro, siempre y cuando este se genere por circunstancias no vinculadas con su desempeño y conducta en el trabajo. De esta manera, un despido realizado durante la gestación o los noventa (90) días posteriores al nacimiento genera una presunción a favor de la madre gestante, e invierte la carga de la prueba respecto del empleador, quien deberá acreditar la existencia de una causa justa para el despido. En caso esto no ocurra, se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, el nacimiento o la lactancia.

Si bien esta regla está contenida en las disposiciones que regulan el régimen laboral privado¹⁶, resulta aplicable de manera supletoria a todos los regímenes laborales, con las particularidades que cada uno pueda tener. Sin embargo, a pesar de la cobertura más amplia de esta protección que se ha visto reflejada en las dos modificaciones que ha tenido esta regla, consideramos que no es suficiente: inicialmente el despido era considerado nulo cuando se producía dentro de los noventa (90) días anteriores o posteriores al parto; luego, se extendió a cualquier momento del periodo de gestación más los noventa (90) días posteriores al parto, al circunscribir la protección solo al embarazo; y, finalmente, se amplió la protección al embarazo, el nacimiento y la lactancia, pero no se extendió el periodo en el cual opera la presunción de despido discriminatorio.

En efecto, si la lactancia es una consecuencia necesaria del alumbramiento y, como tal, es también objeto de atención prioritaria por parte del Estado, cualquier despido originado en esta etapa –que, como se analizará en el acápite siguiente, tiene una duración legal de un año– debe encontrarse igualmente cubierto por la referida presunción. La Ley N° 30367, además de aumentar a noventa y ocho (98) días el periodo de licencia por maternidad, fue la que modificó la regla a la que se ha hecho referencia en el párrafo precedente: amplió la presunción del despido discriminatorio al nacimiento y la lactancia –además del embarazo, que se encontraba en las dos versiones anteriores de la disposición–, pero mantuvo la presunción para los noventa (90) días posteriores al parto, sin extenderlos al año de lactancia.

¹⁶ Artículo 29, literal e, del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo 003-97-TR, publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 27 de marzo de 1997.

Como se advierte del debate que generó esta medida legislativa¹⁷, la ampliación del periodo de presunción al que se hizo referencia no fue discutida; ello solo significa que la incorporación del nacimiento y la lactancia al ámbito de protección de la madre trabajadora solo constituye una mera declaración de ideales que no tiene aterrizaje concreto en el ámbito fáctico. Sin duda, una labor aún pendiente para el legislador.

De otro lado, a fin de que opere la referida presunción del despido discriminatorio, la legislación exige que el empleador haya sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa a dicho despido.

Un requisito como este resulta *a priori* razonable, pues el hecho de imputar al empleador una actitud tan reprochable como la que resulta ser el despido motivado por la gestación de la trabajadora, el nacimiento o la lactancia del menor, requiere de un conocimiento previo de tal condición. La notificación al empleador, acompañada de algún documento que acredite el estado de gravidez de la trabajadora, se convertiría en una suerte de garantía para la protección reforzada que tiene la gestante.

Empero, también es cierto que una formalidad como la señalada solo tendría sentido en el entendido que el embarazo no se encuentre en un estado avanzado y, por tanto, sea notorio. La evidencia de una desarrollada gestación no puede pasar inadvertida para el empleador y, en consecuencia, un despido originado en esta evidencia –a pesar de que no exista una notificación de por medio– no puede ser soslayado.

En principio, corresponde al legislador precisar esta regla, con el objeto de encausarla al fin constitucionalmente protegido. No obstante, ante un caso concreto de despido motivado por la gestación de una trabajadora quien no haya comunicado su estado al empleador pero que lo evidenciaba, corresponde al juez brindar una solución adecuada a derecho.

El artículo 26 de la Constitución reconoce como uno de los principios de la relación laboral el de interpretación favorable al trabajador, en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma. Este principio, de la mano con el de protección especial a la madre trabajadora, debe ser utilizado por el juzgador para resolver la controversia, mediante un

¹⁷ Diario de los debates del jueves 22 de octubre de 2015, correspondiente a la 22° sesión de la primera legislatura ordinaria de 2015.

ejercicio hermenéutico que otorgue verdadera eficacia a los derechos fundamentales de la accionante.

Este razonamiento ha sido también desarrollado por la Corte Suprema de Justicia de la República en la Casación Laboral 275-2005, Arequipa¹⁸, referida a un caso de nulidad de despido motivado por embarazo, sin el cumplimiento de la exigencia de la notificación previa al empleador. En la lógica descrita, la Corte señaló en su considerando noveno lo siguiente:

(...) cuando en el último párrafo de la norma materia de casación se dispone como exigencia la notificación documental del embarazo al empleador (previa al despido) para oponerla como causal de nulidad de despido, lo que se buscó fue evitar despidos arbitrarios a mujeres gestantes que no traslucen su real situación especial, de allí que se requiera en este caso como requisito *sine qua non* la comunicación documental al empleador, pues de lo contrario no sería posible presumir que el despido efectuado se encontró motivado en razones discriminatorias contra la gestante. Distinta es la situación cuando el estado de gestación es evidente por el desarrollo del feto, resultando razonable entender que la madre trabajadora se encuentra igualmente protegida frente a despidos, en atención al precepto constitucional señalado en el considerando anterior; consecuentemente de producirse el despido a una madre en evidente estado de gestación, se debe entender que tal despido tiene como fundamento la discriminación por embarazo.

El criterio antes descrito ha sido reiterado por la Corte Suprema en sucesivas resoluciones, así tenemos, a modo de ejemplo, la Casación Laboral 4957-2011, La Libertad: «como la norma apunta a entender a la notificación documental como la certeza de que el empleador tome conocimiento del embarazo de la trabajadora, esta notificación ya no es exigible ante una situación evidente de certeza indudable del estado de gravidez, por lo que se debe evitar caer en la literalidad del precepto, pues lo que se persigue es la protección (...) de la madre trabajadora y en particular de aquella que se encuentre embarazada».

Ciertamente, no todas las gestantes en estado avanzado pueden evidenciar su condición; en tal sentido, asumir que un empleador que despidió a una mujer en esta situación –quien, además, no comunicó de su embarazo

¹⁸ Publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 2 de noviembre de 2006.

oportunamente— actuó motivado por razones de discriminación, sería arbitrario. Así pues, la regla contenida en la disposición aludida —notificación previa— sería necesariamente exigible para estos casos. No puede soslayarse, entonces, que «en algunos casos se advierte que son los trabajadores que con la finalidad de obtener un medio que les permita solicitar su reposición utilizan indebidamente esta figura laboral»¹⁹.

De otro lado, es importante que la protección que se le brinde a la madre trabajadora no implique solo restricciones al empleador —como la prohibición del despido arbitrario—, sino también actuaciones concretas que redunden en el bienestar de ella y del concebido.

Así tenemos la Ley N° 28048, de protección a favor de la mujer gestante que realiza labores que pongan en riesgo su salud y/o el desarrollo normal del embrión y el feto²⁰, que permite a la madre trabajadora solicitar a su empleador no realizar estas labores, previa certificación médica que concluya que las condiciones de trabajo pueden significar la exposición a tales riesgos²¹. De esta manera, como lo ha previsto el reglamento de la citada ley²², la asignación de labores distintas a las habituales, incluso la que conlleva un cambio de puesto de trabajo, constituye una medida temporal en tanto persistan dichos riesgos²³, la que culmina con el parto²⁴.

Luego de esta etapa, y con el regreso de la madre a su centro de labores después del goce de la licencia por maternidad, el empleador está obligado a retornar a la trabajadora a sus labores originarias, pudiendo esta accionar en caso esta reincorporación no se produzca, por hostilidad²⁵.

¹⁹ Jorge TOYAMA MIYAGUSUKU y Carole Ivonne NEYRA SALAZAR, «Criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema sobre el despido nulo», en *Revista Ius et Veritas*, núm. 52, 2016.

²⁰ Publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 1 de agosto de 2003.

²¹ A mayor abundamiento acerca de tales riesgos, puede revisarse el listado de los agentes físicos, químicos, biológicos, ergonómicos y psicosociales que los generan, así como sus correspondientes intensidades, concentraciones o niveles de presencia y los periodos en los que afecta el embarazo, aprobado por Resolución Ministerial 374-2008-TR, publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 30 de noviembre de 2008.

²² Artículo 3 del Decreto Supremo 009-2004-TR, publicado en el Diario Oficial *El Peruano* el 21 de julio de 2004.

²³ Estas medidas, evidentemente, no significarán un menoscabo en los derechos laborales, económicos o profesionales de la trabajadora.

²⁴ El reglamento también dispone que por pacto individual o convenio colectivo se puede acordar extender la medida hasta que concluya el período de lactancia, en atención a los riesgos que puedan afectar al recién nacido a través de la leche materna.

²⁵ Conforme se precisa en el artículo 11 del referido reglamento. Por demás, este derecho a retornar al mismo puesto de trabajo al término del descanso por maternidad fue reiterado en el artículo 10 del reglamento de la Ley N° 26644.

Un caso en el que se produjo esta alteración de las condiciones de trabajo de la madre a su retorno del descanso posnatal, referido al lugar de la prestación del servicio (el empleador le asignó una plaza en Lambayeque a los dos días de regresar del referido descanso, a pesar de haberse encontrado laborando en Lima previamente), y que mereció el establecimiento de criterios jurisprudenciales por parte de la Corte Suprema, fue la Casación Laboral 2456-2014-Lima²⁶, la cual dispuso lo siguiente en su considerando decimocuarto:

Particularmente cuando el empleador, en uso del *ius variandi*, modifica las condiciones de empleo de una trabajadora en estado de gestación o lactancia, corresponderá analizar tal acto tomando en cuenta los derechos de la trabajadora a no ser discriminada, a la especial asistencia y protección del Estado conforme a la Constitución, a la protección de la vida como valor fundamental dentro del ordenamiento constitucional; la familia como institución básica de la sociedad y la prevalencia de los derechos de los niños.

96

Evidentemente, las afectaciones a estos derechos deben ser acreditadas por la trabajadora que se considere afectada, pues no toda variación de sus condiciones laborales resultan arbitrarias *per se*. No debe perderse de vista que el empleador tiene esta potestad en ejercicio del *ius variandi*, y solo en el caso concreto deberá determinarse si estos actos son jurídicamente reprochables.

En mérito a lo expuesto, se advierte que la legislación nacional –con las precisiones a las que se hizo referencia sobre la ampliación del periodo de protección contra el despido discriminatorio y la adecuación de la exigencia de la notificación documentaria previa–, además de la jurisprudencia constitucional y laboral, se encuentra en consonancia con lo dispuesto por el Convenio 183 de la OIT.

4.5. Madres lactantes

Una consecuencia biológica derivada del parto es la lactancia. El periodo en el que se produce esta relación alimenticia esencial –además de especialmente afectiva– entre la madre y el menor es variable. Sin embargo,

²⁶ Publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 30 de marzo de 2016.

corresponde al legislador tomar los datos de la realidad y, conforme a ella, diseñar reglas generales que protejan también esta etapa.

Así, mediante la Ley N° 27240²⁷, se dispuso que la madre trabajadora tiene una hora diaria de permiso por lactancia materna, al término del periodo posnatal. Precisamente, la variabilidad de esta etapa se manifestaba en la propia legislación, pues mientras el régimen laboral público otorgaba este permiso hasta que el hijo tenga un año²⁸, la citada ley –aplicable al régimen laboral privado– lo hacía hasta que este tuviera como mínimo seis meses. Esta absurda diferenciación fue finalmente equiparada a la de mayor protección, es decir, un año para ambos regímenes, mediante la Ley N° 27591²⁹.

Debe precisarse, asimismo, que esta hora diaria de permiso por lactancia materna puede ser convenida por la madre trabajadora y el empleador, pudiendo ser fraccionado en dos tiempos iguales. Además, se considera como efectivamente laborada para todo efecto legal, incluyéndose el goce de la remuneración correspondiente, conforme lo precisa la Ley N° 27403³⁰.

En adición a las disposiciones antes referidas sobre permisos por lactancia materna, nuestra legislación también ha previsto medidas orientadas a su promoción. Así, mediante Ley N° 29896³¹, se dispone la implementación de lactarios en todas las instituciones del sector público y privado en las que laboren veinte o más mujeres en edad fértil³².

Siguiendo la definición establecida por la ley, el *lactario* es un ambiente especialmente acondicionado y digno para que las madres trabajadoras extraigan su leche materna durante el horario de trabajo, asegurando su adecuada conservación. La implementación de dichos lactarios promueve positivamente la costumbre de alimentar vía la leche materna.

²⁷ Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 23 de diciembre de 1999.

²⁸ El artículo 108 del Reglamento de la Carrera Administrativa, aprobado mediante Decreto Supremo 005-90-PCM, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 18 de enero de 1990, precisa este periodo.

²⁹ Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 13 de diciembre de 2001.

³⁰ Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 20 de enero de 2001.

³¹ Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 9 de febrero de 2016.

³² A efectos de esta ley, se considera como mujeres en edad fértil a aquellas que se encuentren entre los 15 a 49 años de edad, conforme precisa el Decreto Supremo 001-2016-MIMP, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 9 de febrero de 2016.

Como se ha podido advertir, la reducción diaria del tiempo de trabajo por lactancia —contabilizada como periodo laborado y, por tanto, remunerado—, dispuesta por el Convenio, ha sido regulada, con creces, por nuestro ordenamiento jurídico. Incluso se han incorporado medidas legislativas adicionales, como la creación de lactarios en los centros de labores públicos y privados, que protegen la salud y la buena nutrición del menor.

V. Conclusiones

1. La determinación del proyecto de vida individual —en el que se incorpore la maternidad y el trabajo productivo ejercidos en simultaneidad— es una expresión de libertad; y, como tal, encuentra reconocimiento constitucional a través del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este derecho requiere *a priori* de una participación limitada del Estado, por tratarse de una libertad; sin embargo, en el caso concreto de la madre trabajadora, es necesaria la participación activa del Estado para su plena eficacia, pues no se desenvuelve de manera aislada, sino acompañado de otros principios constitucionales y derechos fundamentales.
2. Entre los principios constitucionales que lo acompañan, tenemos el de protección especial a los sujetos e institutos contenidos en el artículo 4 de la norma fundamental, entre los que se encuentran el niño, la madre y la familia; asimismo y de manera más específica, el de protección especial a la madre trabajadora reconocido en el artículo 23 de la Constitución. De otro lado, los derechos fundamentales que complementariamente lo acompañan son el de la vida, la salud y la integridad, tanto de la madre como del menor.
3. Este trato especial obedece a motivaciones objetivas que son consustanciales a la mujer: la maternidad y sus momentos biológicos (gestación, parto y lactancia); por lo que está proscrito cualquier tratamiento preferente sustentado en argumentos meramente subjetivos. Esta prohibición se constituye en un límite de este principio, pues protege otros derechos fundamentales como el de igualdad y no discriminación.
4. Una interpretación adecuada que se realice del contenido de estos principios y derechos, es la que debe efectuarse a partir de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, tanto aquellos que hayan sido expedidos en el sistema universal como en el regional. En esta línea,

el Convenio 183 de la OIT sobre la protección de la maternidad, de reciente entrada en vigor en nuestro país, emerge como el instrumento más actual y completo que desarrolla cada uno de los derechos específicos que comprende la protección especial de la madre trabajadora, referidos a la licencia de maternidad, licencia en caso de enfermedad o de complicaciones, prestaciones médicas y pecuniarias, protección del empleo y no discriminación, y sobre madres lactantes.

5. La legislación interna ha desarrollado, por su parte, cada uno de los derechos específicos contenidos en el Convenio, superando inclusive sus alcances; a modo de ejemplo, otorga una licencia por maternidad de 98 días, de las cuales 49 deben corresponder obligatoriamente al descanso posnatal, ambos periodos son mayores a los señalados en el Convenio; igual resulta el caso del subsidio por maternidad que en el ámbito es superior a la fórmula propuesta a nivel internacional.
6. Sin perjuicio del desarrollo normativo y jurisprudencial que el tema ha merecido, subsisten situaciones que requieren de respuestas concretas a fin de lograr una vigencia efectiva de estos derechos, tales como la ampliación del periodo de protección contra el despido discriminatorio al año que comprende la lactancia, o la eliminación de la exigencia formal de la notificación previa al empleador en los casos de embarazos evidentes.