

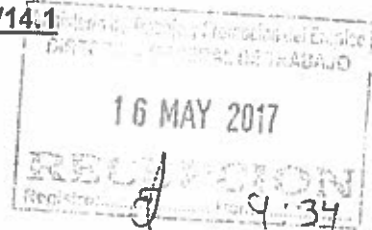


PERÚ

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

INFORME N° 40 -2017-MTPE/2/14.1



PARA : Juan Carlos Gutiérrez Azabache
Director General de Trabajo

DE : Víctor Renato Sarzo Tamayo
Director de Políticas y Normativa de Trabajo (e)

ASUNTO : Opinión técnica sobre el Proyecto de Ley N° 1137/2016-CR

REFERENCIA : a) Oficio N° 908/2016-2017/CTSS-CR-op
b) H.R. N° 52061-2017-EXT

FECHA : 15 de mayo de 2017



A través del presente informe, alcanzamos nuestra opinión técnica con relación al documento de la Referencia a), mediante el cual el Presidente de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social del Congreso de la República solicita opinión al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (en adelante, MTPE) respecto del Proyecto de Ley N° 1137/2016-CR, que propone modificar la Ley N° 26644, Ley que precisa el goce del derecho de descanso prenatal y postnatal de la trabajadora gestante (en adelante, el Proyecto de Ley).

I. ANTECEDENTES

El Proyecto de Ley tiene por objeto modificar el artículo 1 de la Ley N° 26644, Ley que precisa el goce del derecho de descanso prenatal y postnatal de la trabajadora gestante, con la finalidad de incluir el nacimiento de niños prematuros como un supuesto que amerita la extensión del descanso postnatal.

A continuación, presentamos un cuadro en el que se visualiza el texto actualmente vigente, así como el texto propuesto mediante el Proyecto de Ley:

Texto vigente de la Ley N° 26644	Texto propuesto por el Proyecto de Ley
"Artículo 1. Precisase que es derecho de la trabajadora gestante gozar de 49 días de descanso prenatal y 49 días de descanso postnatal. 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 de parto.	"Artículo 1.- Precisase que es derecho de la trabajadora gestante gozar de 49 días de descanso prenatal y 49 días de descanso postnatal. 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 de parto.
El descanso postnatal se extiende por treinta (30) días naturales adicionales en los casos de nacimiento múltiple o nacimiento de niños con discapacidad. En este último caso, la discapacidad es acreditada con la presentación del	El descanso postnatal se extenderá por 30 (treinta) días naturales adicionales en los casos de nacimiento múltiple o nacimiento de niños con discapacidad o de niños prematuros. Para estos dos últimos casos, la discapacidad o la prematuridad son acreditadas con la



PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo

"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

<p>correspondiente certificado otorgado por el profesional de salud debidamente autorizado.</p>	<p>presentación del correspondiente certificado otorgado por el profesional de salud debidamente autorizado.</p> <p>En el caso de nacimiento de niños prematuros, si por indicación debidamente acreditada por el profesional de la salud, es necesario extender el plazo de descanso más allá de los treinta (30) días naturales previstos en el párrafo anterior, el tiempo adicional se otorga a cuenta del período vacacional ya cumplido y aún pendiente de goce o se compensa con horas extraordinarias de labores, previo acuerdo con el empleador." (Énfasis incluido en original)</p>
---	--

A fin de sustentar el Proyecto de Ley, la Exposición de Motivos desarrolla instrumentos internacionales, como la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – Protocolo de San Salvador, los cuales resaltan el interés superior del niño, el desarrollo de medidas estatales encaminadas a garantizar la supervivencia y desarrollo del niño, así como el conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto. Adicionalmente, se hace referencia al Convenio N° 156 de la OIT, sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, el cual propugna que las personas con estas responsabilidades que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales.

En cuanto a las normas nacionales, la Exposición de Motivos señala fundamentarse en la Constitución Política del Perú (artículos 2, 4, 6, 7 y 9); el Código de los Niños y Adolescentes (artículos IX del Título Preliminar, 2 y 21); así como en la Ley N° 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño.

De otra parte, se menciona la experiencia comparada de países como Brasil, Chile y Colombia, en los cuales existen reglas especiales sobre la duración del descanso por maternidad en el caso de nacimiento de niños prematuros.

Del mismo modo, se alcanza información sobre las implicancias de los nacimientos prematuros, dentro de las que se destacan las siguientes:

- De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud (OMS), el parto prematuro es aquel que tiene lugar antes de que se hayan completado las 37 semanas de gestación. Los recién nacidos prematuros no están totalmente preparados para la vida extrauterina.
- Las complicaciones relacionadas con las prematuridad, principal causa de defunción en los niños menores de cinco años, provocaron en el año 2015 cerca de un millón de muertes en el mundo.
- Según un estudio realizado por la OMS, *Save the Children*, *March of Dimes* y la Alianza para la Salud de la Madre, el Recién Nacido y el Niño, de 184 países



PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo

"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

estudiados, la tasa de nacimientos prematuros oscila entre el 5% y el 18% de los recién nacidos.

El estudio indica que, entre las intervenciones prioritarias a implementar, el cuidado adicional para bebés pequeños, incluido el cuidado de la madre que asegure el contacto con la piel, así como la atención adicional a la lactancia, podría salvar 450,000 bebés cada año.

- Según el Boletín Estadístico de Nacimientos Perú: 2015, publicado por el Ministerio de Salud (MINSA), se tiene que el 6,5% de los partos presentó la condición de pretérmino al producirse antes de las 37 semanas de gestación.
- La mortalidad es la más grave consecuencia de la prematuridad, pero también existen casos de discapacidad originados por tal hecho.
- Se refieren estudios internacionales en los que se enfatiza la importancia de amamantar a los bebés en las unidades de cuidados intensivos, así como el rol crucial desempeñado por las madres y los padres de proporcionar amor y contacto físico continuo a sus recién nacidos enfermos y pretérmino. En adición, un bebé prematuro necesita sentir el contacto de las caricias de sus padres, sentir el calor y el olor de su piel, pero también necesita sentir su voz.

II. ANÁLISIS



En atención a lo indicado en el punto de Antecedentes, en las líneas siguientes pasamos a desarrollar nuestras consideraciones técnicas con relación al Proyecto de Ley

Fundamentación de la regla especial que busca introducir el Proyecto de Ley

Es importante considerar que el Proyecto de Ley busca introducir una diferenciación en la duración del descanso por maternidad en función de una determinada condición del recién nacido, referida a su prematuridad. Es por ello que resulta importante asegurar que la diferencia realizada se encuentre debidamente sustentada en motivos objetivos, evitando que se afecte el principio de igualdad ante la Ley.

Dicho principio constituye una garantía de vital importancia que impone límites al poder estatal, exigiendo que, ante dos supuestos de hecho similares, el legislador (Poder Ejecutivo o Poder Legislativo) deba establecer consecuencias jurídicas similares, por lo que la introducción de diferentes consecuencias deberá encontrar sustento en una justificación legítima y razonable¹.

De acuerdo con el artículo 103 de la Constitución Política del Perú, la diferenciación debe encontrar sustento en la naturaleza de las cosas. Esto ha sido desarrollado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC), tal como puede verse en el siguiente pronunciamiento:

"(...) la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscriben todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación

¹ Rodríguez-Piñero, Miguél y Ma. Fernanda Fernández López. *Igualdad y Discriminación*. Madrid: Tecnos, 1986, p. 24.



PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo

"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables².

El TC ha aplicado el Test de Proporcionalidad aplicado al principio de igualdad a fin de determinar si las medidas legislativas son respetuosas o no del principio bajo comentario. Los pasos de este test han quedado indicados –según señala la doctrina– en la Sentencia del TC emitida en el Expediente N° 0045-2004-PI/TC³, y comprende lo siguiente:

- a) Determinación del tratamiento legislativo diferente: la intervención en la prohibición de discriminación;
- b) Determinación de la "intensidad" de la intervención en la igualdad;
- c) Determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin);
- d) Examen de idoneidad;
- e) Examen de necesidad;
- f) Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

Por tanto, se recomienda prever que la exposición de motivos haga énfasis en las razones médicas o científicas que permitan asegurar que la extensión del descanso postnatal es una medida idónea y necesaria para el bienestar del recién nacido prematuro.



En esa línea, si bien la Exposición de Motivos aporta información que permite sustentar la atención especial que conlleva el nacimiento de un recién nacido prematuro por parte de los servicios médicos de cuidados intensivos de los neonatos, así como por la madre y el padre; es necesario incluir datos que permitan evidenciar con claridad que los niños prematuros requerirán atención por un mayor lapso de tiempo que el común de los recién nacidos, y cómo es que el plazo de treinta días es el idóneo. Se trata de justificar la ampliación del plazo legal previsto para la generalidad de nacimientos.

En esa línea, sería útil, por ejemplo, evidencia nacional o extranjera acerca del tiempo promedio que puede durar la estabilización de los nacidos prematuramente, ya sea de modo general, o ya sea en función de determinados padecimientos, según especialidades médicas o científicas (oftalmológicas, cardíacas, gastroenterólogas, psicológicas, etc.).

Ello es importante puesto que el Proyecto de Ley permitirá agregar días adicionales al periodo de descanso postnatal (49 días que pueden sumar hasta 49 adicionales del periodo prenatal), por lo que debe sustentarse que el recién nacido prematuro requiere – en la generalidad de casos– una atención especial que lleve a superar el periodo bajo mención.

Igualmente importante será incluir información acerca de la relevancia de la presencia de los progenitores, en especial de la madre, durante todo el tiempo que toma el proceso de recuperación o estabilización de un niño prematuro.

² Fundamento 61 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recalda en el Expediente No. 0048-2004-PI/TC.

³ Rubio Corea, Marcial. *El test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011, p. 21



PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo

"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

La información de sustento que se sugiere para complementar la Exposición de Motivos permitirá que puedan evitarse cuestionamientos a la propuesta o a la norma aprobada, en función del principio de igualdad que ha sido antes desarrollado.

Tiempo adicional por prescripción médica

Dada la información de sustento que se requiere previamente, de acuerdo con lo indicado en el punto precedente, no es posible brindar conformidad con el último párrafo que se plantea para el artículo 1 de la Ley N° 26644, conforme al Proyecto de Ley. Así, de no poderse sustentar en estudios médicos o científicos la duración adicional de cuidados de la madre para la recuperación de un niño prematuro, entonces no se podría establecer este tercer tramo de duración de la licencia⁴.

Sin perjuicio de ello, se considera que el párrafo señalado introduce una diferencia respecto de los demás supuestos que ameritan la extensión del descanso post natal, lo cual no ha sido sustentado en modo alguno en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley. De mantenerse, existiría una diferencia de trato entre los niños con discapacidad y los niños prematuros, ya que en el caso de los primeros no existe posibilidad de que se produzca un tercer tramo de la licencia, y en el segundo sí.

En consecuencia, la diferencia debe ser desarrollada apropiadamente o, en todo caso, debería incluirse o suprimirse una disposición como esta para todos los supuestos de extensión del descanso.

Definición técnica de niño prematuro

A efectos de evitar dudas sobre la aplicación de la norma, se sugiere que una disposición complementaria final del Proyecto de Ley se pronuncie respecto de la definición del término "niño prematuro" que es empleado. Para ello, puede hacerse referencia a alguna norma técnica del MINSA o que se disponga, de modo general, que será dicha entidad la que establece o regenta la definición de niño prematuro⁵.

- Prohibición de acumulación de supuestos que extienden el periodo postnatal

Se recomienda prever una disposición adicional en el Proyecto de Ley en la que se prevea que la presencia de más de una condición estipulada para la ampliación del descanso postnatal no conlleva la acumulación de días de descanso, debiendo gozarse de un único periodo adicional de 30 días.

De ese modo, si se presenta un caso de nacimiento de niño prematuro que presenta alguna discapacidad, se gozaría de un solo periodo adicional de 30 días adicionales a los días correspondientes por el descanso postnatal en circunstancias normales.

⁴ De acuerdo al Proyecto de Ley, el primer tramo es el comprendido por el descanso postnatal en condiciones normales (49 días y los días de descanso prenatal que hayan sido trasladados); el segundo es el de 30 días por casos de nacimiento múltiple, niños con discapacidad y niños prematuros; el tercero se constituiría por los días adicionales (de hasta 30 días) que sean prescritos por un profesional de la salud.

⁵ A modo meramente ilustrativo, se tiene la "NTS N° 074 - MINSA/DGSPV. 01. - Norma Técnica de Salud que establece el conjunto de intervenciones articuladas para la reducción de la mortalidad neonatal en el primer nivel de atención de salud, en la familia y la comunidad", aprobada mediante Resolución Ministerial N° 362-2008-MINSA.



PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo

"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

Impacto en la Seguridad Social en Salud

Debe tenerse en cuenta el impacto que generaría la aprobación del Proyecto de Ley en la concesión de los subsidios por maternidad a cargo del Seguro Social de Salud – EsSalud, ya que se generará la necesidad de recursos adicionales para una cobertura y prestación no prevista hasta la fecha.

Al respecto, es pertinente traer a colación lo dispuesto en el artículo 71 del Convenio N° 102 de la OIT, ratificado por el Estado Peruano, el cual señala que a fin de garantizar el equilibrio de los sistemas de seguridad social, existe la obligación para los Estados de realizar los estudios y cálculos actuariales necesarios previamente a cualquier modificación de las prestaciones, de las tasas de cotizaciones del seguro o de los impuestos destinados a cubrir las contingencias.

La finalidad de prever el impacto de las nuevas reglas en el sistema contributivo de la Seguridad Social en Salud se encuentra prevista igualmente en el Decreto Legislativo N° 1171. Esta norma legal establece que la incorporación de trabajadores independientes al régimen contributivo de la seguridad social en salud y la creación de un seguro de salud específico a cargo de EsSalud, deben cumplir previamente con contar con un estudio actuarial y un informe técnico emitido por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

Por tanto, es necesario evitar el impacto negativo de la medida en el sistema contributivo de la Seguridad Social en Salud y que la Exposición de Motivos desarrolle ello, aportando el debido sustento.



Género y responsabilidades familiares

En caso que la evidencia científica identifique la importancia de la presencia paterna en la etapa inicial de desarrollo del recién nacido prematuro, sería importante analizar la posibilidad de que las madres y los padres puedan asumir de manera compartida los cuidados especiales que amerita la condición de prematuridad.

Dentro de las medidas que pueden ser analizadas, puede encontrarse la referida a que los 30 días adicionales de licencia sean utilizados o compartidos por el padre o la madre.

Una medida como la indicada permitiría contribuir a la igualdad de género entre los trabajadores y las trabajadoras que tienen responsabilidades familiares.

III. CONCLUSIONES

En virtud de lo expuesto, esta Dirección considera viable el Proyecto de Ley N° 1137/2016-CR, que tiene por objeto incluir el nacimiento de niños prematuros como un supuesto que amerita la extensión del descanso postnatal de la mujer trabajadora, ya que se trata de una medida estatal que atendería una situación especial del recién nacido en la cual se requiere de cuidados especiales de naturaleza médica y familiar, especialmente de la madre.

No obstante, nuestra opinión positiva se condiciona a que se incluyan las siguientes observaciones:



PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo

"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

- La Exposición de Motivos debe hacer énfasis en el sustento médico o científico que permita asegurar que la extensión del descanso postnatal en 30 días constituye una medida idónea y necesaria para el bienestar del recién nacido prematuro.

Si bien la Exposición de Motivos aporta información que permite sustentar la atención especial e intensa que conlleva el nacimiento de un recién nacido prematuro por parte de los servicios médicos de cuidados intensivos, así como por la madre y el padre; es necesario incluir datos que permitan evidenciar con claridad que los niños prematuros requerirán atención por un mayor lapso de tiempo que el común de los recién nacidos, y cómo es que el plazo de treinta días resulta ser el idóneo.

Acoger esta observación permitirá evitar que existan cuestionamientos a la norma basados en el Principio de Igualdad.

- No es posible brindar conformidad al último párrafo planteado por el Proyecto de Ley para el artículo 1 de la Ley N° 26644. Así, de no poderse sustentar en estudios médicos o científicos la duración adicional de cuidados de la madre para la recuperación de un niño prematuro, entonces no se podría establecer este tercer tramo de duración de la licencia.

Además, se considera que el párrafo indicado introduce una diferencia respecto de los demás supuestos que ameritan la extensión del descanso post natal, lo cual no ha sido sustentado en modo alguno en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley.

- A fin de la mejor aplicación de la norma, se sugiere que una disposición complementaria final del Proyecto de Ley se pronuncie respecto de la definición del término "niño prematuro" que es empleado en la iniciativa. Para ello, puede hacerse referencia a alguna norma técnica del MINSA o que se disponga, de modo general, que será dicha entidad la que establece o regenta la definición de niño prematuro.

- Se sugiere prever una disposición adicional en el Proyecto de Ley en la que se prevea que la presencia de más de una condición estipulada para la ampliación del descanso postnatal no conlleva la acumulación de días de descanso, debiendo gozarse de un único período adicional de 30 días.

- Debe tenerse en cuenta el impacto que generaría la aprobación del Proyecto de Ley en la concesión de los subsidios por maternidad a cargo del Seguro Social de Salud - EsSalud, ya que se generará la necesidad de recursos adicionales para una cobertura y prestación no prevista a la fecha.

En tal sentido, es necesario realizar estudios que permitan prever la viabilidad de la medida para el sistema contributivo de Seguridad Social en Salud, y que ello sea desarrollado en la Exposición de Motivos.

- En caso que la evidencia científica identifique la importancia de la presencia paterna en la etapa inicial de desarrollo del recién nacido prematuro, sería importante analizar la posibilidad de que las madres y los padres puedan asumir de manera compartida los cuidados especiales que amerita la condición de prematuridad. Una





PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo

"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

medida como la indicada permitirle contribuir a la igualdad de género entre los trabajadores y las trabajadoras que tienen responsabilidades familiares.

Sin otro particular.

Atentamente,

RENATO SARZO TAMAYO
Director de Políticas y Normativa de Trabajo (e)
Dirección General de Trabajo