

INFORME DE ADJUNTÍA N° 039-2010-DP/AE

Opinión respecto del Proyecto de Ley N° 4101/2009-CR por el cual se propone modificar el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios.

1. ANTECEDENTES

Mediante Decreto Legislativo N° 1057 se aprobó el Régimen Especial de Contratación Administrativa aplicable a todas las entidades públicas, con el objeto de garantizar los principios de méritos y capacidad, igualdad de oportunidades y profesionalismo de la Administración Pública.

Conforme se desprende de dicha norma, se confiere al contratado los siguientes derechos y obligaciones:

1. Un máximo de cuarenta y ocho (48) horas de prestación de servicios a la semana.
2. Descanso de veinticuatro (24) horas por semana
3. Descanso de quince (15) días calendario por año cumplido
4. Afiliación al régimen contributivo que administra EsSalud
5. La afiliación a un régimen de pensiones, opcional para quienes ya venían prestando servicios y obligatorio para las que sean contratadas a partir de la entrada en vigencia de este régimen.

Las disposiciones de dicha norma fueron analizadas de forma particular en el Informe de Adjuntía N° DP/AE-2009-022; en esta oportunidad nos pronunciaremos respecto del Proyecto de Ley N° 4101/2009-CR, por el cual se propone modificar el Régimen Especial de Contratación Administrativa, reconociendo el derecho a una hora diaria de permiso por lactancia materna y el derecho al permiso por paternidad en caso de alumbramiento del cónyuge o conviviente.

2. ANÁLISIS DEL PROYECTO

Al respecto, debemos señalar que la Ley N° 27240 reconoce el derecho de la madre trabajadora a una hora diaria de permiso por lactancia materna hasta que su hijo tenga un año de edad; este reconocimiento sugiere la existencia de una relación laboral para su efectivo otorgamiento.

Sin embargo, la existencia de elementos propios del derecho laboral en el régimen CAS, reconocidos por el Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 00002-2010-PI/TC, hace necesario evaluar la extensión de otros beneficios laborales al referido régimen.



Defensoría del Pueblo

Al respecto, debemos recordar que la lactancia - como derecho humano fundamental - deriva de las enormes ventajas que brinda a la salud de las madres y particularmente a la nutrición de los niños. Es a la vez expresión de dos derechos reconocidos ampliamente en los instrumentos internacionales: el derecho de las madres a una salud óptima y a contar con las condiciones necesarias para el ejercicio de una maternidad adecuada, y el derecho del niño en sus primeros meses de vida a una alimentación que garantice el pleno desarrollo de sus capacidades físicas y mentales. Así por ejemplo, el artículo 25º de la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce que: *“La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencias especiales”*¹.

Asimismo, con relación al derecho a una maternidad sin riesgos, el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (CIPD) establece, como una de las medidas que los Estados deben adoptar con el propósito de reducir las muertes maternas, la necesidad de garantizar a las gestantes el acceso a servicios de atención prenatal, partos sin riesgos y atención después del parto, en particular para la lactancia materna y la atención de la salud materno-infantil².

En efecto, según la Organización Panamericana de la Salud (OPS), *“La leche materna promueve el desarrollo sensorial y cognitivo, además de proteger al bebé de enfermedades infecciosas y crónicas. La lactancia natural exclusiva reduce la mortalidad infantil por enfermedades de la infancia, como la diarrea o la neumonía, y favorece un pronto restablecimiento en caso de enfermedad. La lactancia natural contribuye a la salud y el bienestar de la madre, ayuda a espaciar los embarazos, disminuye el riesgo de cáncer ovárico y mamario, incrementa los recursos de la familia y el país, es una forma segura de alimentación y resulta inocua para el medio ambiente.”*³ (el subrayado es nuestro)

Por el contrario, los obstáculos que tienen que enfrentar las mujeres para dar de lactar a su hija o hijo recién nacido - como no contar con el derecho a que se le otorgue una hora de su jornada de trabajo para realizar esta tarea - puede ocasionar daños a su salud. Este es el caso de la infección conocida como *“mastitis”*, la que se presenta debido a una deficiente extracción de la leche materna lo que produce el estancamiento de ésta en el busto de la madre y puede, en algunos casos, generar incluso la muerte⁴.

A su vez, se debe tener presente que la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por el Estado Peruano, señala que los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas

¹ Salgado Rubianes de Paredes, Luz. “Lactancia materna, mirando hacia el futuro”. GRAFICA. Lima. 2000. Pág. 73.

² CONFERENCIA INTERNACIONAL SOBRE POBLACIÓN Y DESARROLLO. Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo. Ob. cit., párrafo 7.6.

³ En: http://www.who.int/child_adolescent_health/topics/prevention_care/child/nutrition/breastfeeding/es/index.html

⁴ Para mayor detalle, se sugiere revisar “Mastitis: Manejo y Causas”. En: http://www.ops.org.ni/index.php?option=com_remository&Itemid=34&func=fileinfo&id=547

responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas⁵.

Por su parte, el Reglamento de Alimentación Infantil⁶ tiene como objetivo lograr una eficiente alimentación y cuidado de la alimentación de las niñas y niños hasta los dos años de edad, mediante acciones de promoción, protección y apoyo de la lactancia materna y orientando las prácticas adecuadas de alimentación complementaria.

De modo que, la real protección del derecho de las mujeres a una maternidad segura y del interés superior del niño, requieren reconocer el permiso por lactancia materna a la madre lactante, independientemente de su régimen laboral.

Por dichas razones, la exclusión de la madre que presta servicios bajo el régimen del contrato administrativo de servicios del derecho al permiso por lactancia materna, traería consigo una afectación a la protección especial que deben recibir el infante y al ejercicio de la maternidad.

Asimismo, la Ley N° 29409 establece el derecho del trabajador de la actividad pública y de la privada, incluidas las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, en armonía con sus normas especiales, a una licencia remunerada por paternidad en caso de alumbramiento de su cónyuge o conviviente, a fin de promover y fortalecer el desarrollo de la familia.

Cabe recordar, además, que nuestro marco constitucional promueve como política nacional de población la difusión y promoción de la paternidad y maternidad responsables, establece el deber-derecho de los padres de alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos y el derecho de todos a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa⁷.

A su vez, en el artículo 6°, literal f) de la Ley N° 28983 "*Ley de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*", se establece un marco jurídico de participación equitativa de mujeres y hombres en diversos espacios como el familiar, promoviendo así políticas de armonización de las responsabilidades familiares y laborales, siendo una de ellas la licencia por paternidad.

En este contexto, también en el régimen CAS se requiere garantizar al padre de familia el deber-derecho de asistir a la madre y al recién nacido, toda vez que una interpretación diversa vendría a contravenir la responsabilidad que la sociedad y nuestra Constitución buscan atribuir al varón en su rol de padre de familia.

⁵ Artículo 3.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁶ Artículo 1° del D. S. N° 009-2006-SA

⁷ Constitución Política del Perú de 1993. Art. 6 y 7.



Defensoría del Pueblo

3. CONCLUSIONES

Por lo expuesto, somos de la opinión que debe incorporarse tanto el permiso de lactancia como la licencia remunerada para padres, como derechos del personal sujeto al régimen CAS; debiendo hacerse mención a los derechos contenidos en las leyes N° 27240 y 29409, sin que sea necesario repetir el texto de ambos dispositivos legales; de esta manera, las modificaciones que se aprueben a las referidas normas, se aplicarán automáticamente al régimen CAS.

Lima, 09 de diciembre del 2010

mbustamante/matarama