

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



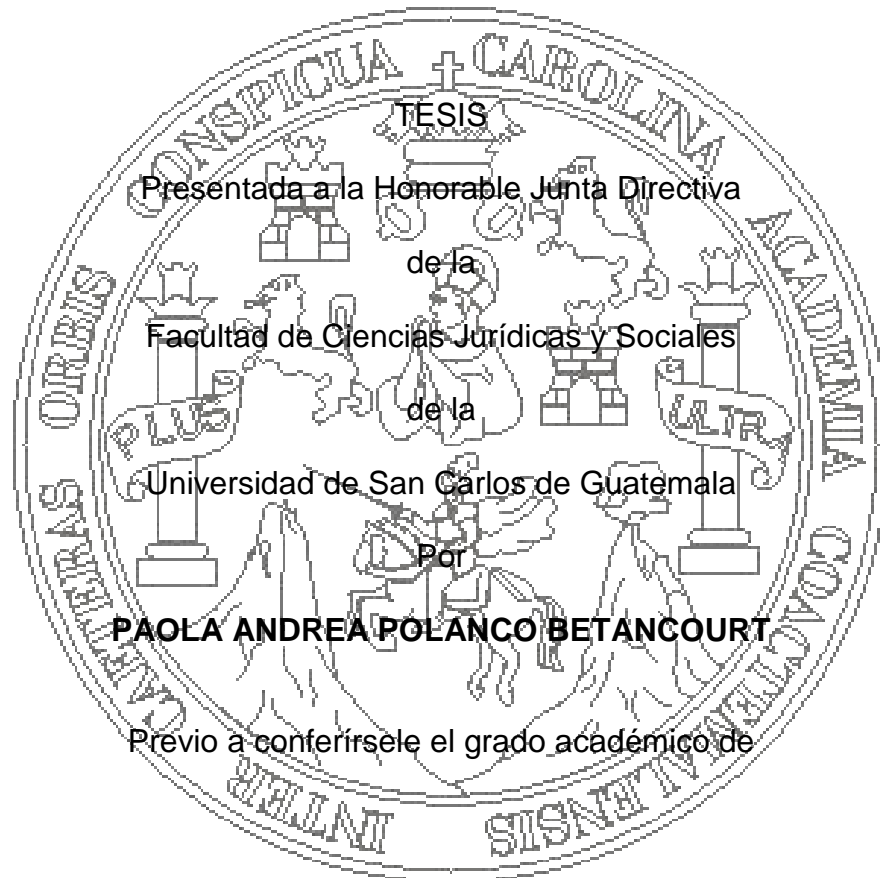
**FALTA DE APLICACIÓN Y FOMENTO DEL PROGRAMA DE
PROTECCIÓN PARA LA EMPLEADA DE CASA PARTICULAR
(PRECAPI) A TRAVÉS DEL INSTITUTO GUATEMALTECO DE
SEGURIDAD SOCIAL (IGSS)**

PAOLA ANDREA POLANCO BETANCOURT

GUATEMALA, JUNIO DE 2012

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**FALTA DE APLICACIÓN Y FOMENTO DEL PROGRAMA DE
PROTECCIÓN PARA LA EMPLEADA DE CASA PARTICULAR
(PRECAPI) A TRAVÉS DEL INSTITUTO GUATEMALTECO DE
SEGURIDAD SOCIAL (IGSS)**



TESIS
Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala
Por

PAOLA ANDREA POLANCO BETANCOURT

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, junio de 2012.

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I: Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL II: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Modesto Jose Eduardo Salazar Dieguez
VOCAL V: Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO: Lic. Marco Vinicio Villatoro López

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase

Presidente: Lic. Hector René Granados Figueroa
Vocal: Licda. Lourdes Aldana Molina
Secretario: Lic. Nicolas Cuxil Guits

Segunda Fase

Presidente: Lic. Rafael Ruíz
Vocal: Lic. Ronan Roca Menéndez
Secretario: Lic. Marvin Estuardo Aristides

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis” (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Publico).



Lic. José Alfredo Solano Chuy

Abogado y Notario

Colegiado Activo 6264

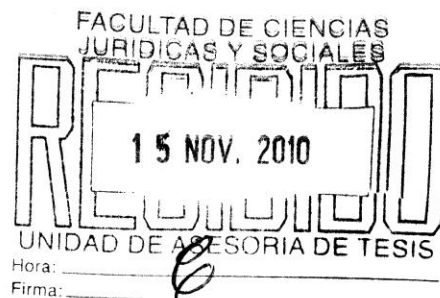
8ª. Avenida 12-29, zona 1, Segundo Nivel. Oficina 2

Edificio Espinoza Castañeda, Ciudad de Guatemala

Tel: 2220-9779

Guatemala, 15 de Noviembre del año 2010

Licenciado Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho.



Respetable Director:

Atentamente me dirijo a usted, para manifestarle que ante mi presencia tuve el documento de tesis titulado “ **FALTA DE APLICACIÓN Y FOMENTO DEL PROGRAMA DE PROTECCION PARA LA EMPLEADA DE CASA PARTICULAR (PRECAPI) A TRAVÉS DEL INSTITUTO GUATEMALTECO DE SEGURIDAD SOCIAL (IGSS)**”. He procedido a la revisión y asesoría según la petición por parte de la bachiller PAOLA ANDREA POLANCO BETANCOURT según el nombramiento contenido en providencia de fecha ocho de noviembre del año dos mil diez.

Para lo cual he dado lectura, revisado ortografía y redacción, sugiriendo ciertas correcciones de la misma índole en relación al tema tratado. Mejorando con ello el trabajo de tesis fina que deberá ser presentado.

Al analizar y revisar los objetivos principales que abarcara dicho documento de tesis he notado que será de mucha importancia y aporte al área jurídica laboral tomando en cuenta situaciones relevantes en las distintas Instituciones de Impugnación.





Lic. José Alfredo Solano Chuy

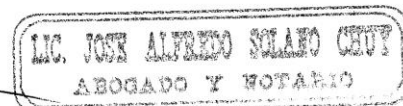
Abogado y Notario
Colegiado Activo 6264
8ª. Avenida 12-29, zona 1, Segundo Nivel. Oficina 2
Edificio Espinoza Castañeda, Ciudad de Guatemala
Tel: 2220-9779

El aporte del conocimiento y la orientación adecuada que nos permitirá llevar y realizar un proceso como este, también no dejando a un lado la aplicación del conocimiento técnico y científico que debe de llevar dicho documento.

Por consecuencia determino de manera favorable que todos los requisitos solicitados por la unidad de tesis, tanto científicos, teóricos como conceptuales y la aplicación de la metodología correcta de investigación y su redacción son utilizadas de forma correcta y adecuada para generar un estudio optimo como este y poder así redactar conclusiones del tema y proponer recomendaciones adecuadas a dicho trabajo, sumándose a este la correcta utilización de bibliografías actualizadas.

Habiendo cumplido dichos requisitos establecidos en el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Publico, resulta favorable para mi, dar el presente dictamen aprobando el documento de tesis antes mencionado.

Respetuosamente,



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

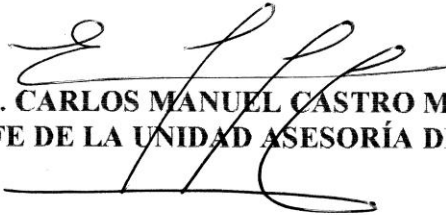
Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintiuno de enero de dos mil once.

Atentamente, pase al (a) LICENCIADO (A) RICARDO ALFREDO GRIJALVA RODRÍGUEZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante PAOLA ANDREA POLANCO BETANCOURT, Intitulado: "FALTA DE APLICACIÓN Y FOMENTO DEL PROGRAMA DE PROTECCIÓN PARA LA EMPLEADA DE CASA PARTICULAR (PRECAPI) A TRAVÉS DEL INSTITUTO GUATEMALTECO DE SEGURIDAD SOCIAL (IGSS)".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
CMCM/higs.

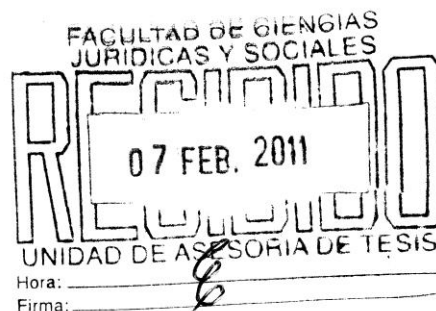


Lic. Ricardo Alfredo Grijalva Rodríguez

Abogado y Notario
Colegiado Activo 4,132
8ª. Avenida 14-41 zona 1, Ciudad de Guatemala
Tel: 22321539

Guatemala, 07 de Febrero del año 2011

Licenciado Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su despacho.



Respetable Director:

Tengo el honor de dirigirme a usted haciendo referencia a la providencia de la Unidad de asesoría de tesis de fecha veintiuno de enero de dos mil once por medio de cual se sirvió trasladarme el trabajo de tesis presentado por la estudiante PAOLA ANDREA POLANCO BETANCOURT, intitulado **“FALTA DE APLICACIÓN Y FOMENTO DEL PROGRAMA DE PROTECCION PARA LA EMPLEADA DE CASA PARTICULAR (PRECAPI) A TRAVÉS DEL INSTITUTO GUATEMALTECO DE SEGURIDAD SOCIAL (IGSS)”** dicho trabajo de tesis fue asesorado por el Licenciado José Alfredo Solano Chuy quien emitió dictamen favorable a dicho documento.

En virtud de lo anterior me permito manifestarle que la bachiller, quien de adeco a su trabajo de investigación a las observaciones efectuadas por mi persona como revisor, en relación a la redacción, la aplicación adecuada de la metodología y las conclusiones y recomendaciones congruentes con las ideas ya expresadas con el documento así como la utilización de la bibliografía acorde con el trabajo técnico-científico realizado, que contiene un tema de mucha actualidad.

LIC. RICARDO ALFREDO GRIJALVA R.
ABOGADO Y NOTARIO



Lic. Ricardo Alfredo Grijalva Rodríguez

Abogado y Notario
Colegiado Activo 4,132
8ª. Avenida 14-41 zona 1, Ciudad de Guatemala
Tel: 22321539

Por lo anterior, estimo que la presente tesis cumple con los requisitos ordenados en el artículo 32 del Normativo para el Examen General Público que estipula en su parte conducente los siguientes: “tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión al respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigaciones utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones pertinentes”.

En virtud de lo expuesto considero que el trabajo de tesis correspondiente llena los requisitos que exige el reglamento para el examen técnico profesional y público de tesis, estimando que el mismo puede ser aprobado para los efectos consiguientes, emitiendo el presente dictamen favorable.

Atentamente;

LIC. RICARDO A. GRIJALVA R.
ABOGADO Y NOTARIO



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, once de mayo de dos mil doce.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante PAOLA ANDREA POLANCO BETANCOURT titulado FALTA DE APLICACIÓN Y FOMENTO DEL PROGRAMA DE PROTECCIÓN PARA LA EMPLEADA DE CASA PARTICULAR (PRECAPI) A TRAVÉS DEL INSTITUTO GUATEMALTECO DE SEGURIDAD SOCIAL (IGSS). Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

LEGM/iycr



DEDICATORIA

A DIOS

Por ser el creador y máximo abogado del universo, quien nos guía y levanta para seguir adelante y culminar con las metas que nos proponemos día con día.

A Mis Padres:

CARLOS ENRIQUE POLANCO ESTRADA Y CARMEN EUGENIA BETANCOURT. A quienes adoro y les debo mucho en esta vida, a quienes respeto y admiro su forma de enseñarme a seguir hacia delante, a ambos les debo un agradecimiento muy grande y solo me queda decirles gracias por todo, por ustedes he llegado hoy hasta aquí.

A Mis Hermanos:

POOLL ENRIQUE Y CARLOS ESTUARDO POLANCO BETANCOURT. Por estar a mi lado, sin su ayuda y su apoyo hubiera sido imposible. Gracias por la paciencia que siempre me tuvieron, por ser las personas que más quiero en la vida.

A Mis Abuelos:

JOSÉ ERNESTO BETANCOURT SAMAYOA. (Q.E.P.D.)
EMMA VIRGINIA MENDEZ MENESES (Q.E.P.D.)
MARIA LUISA ESTRADA MARTINEZ (Q.E.P.D.)
A quienes querré siempre por el cariño que me dieron.

A Una persona muy Especial:

LUIS ANTONIO HURTADO. Quien ha estado en momentos difíciles y complicados de mi vida, y con palabras de aliento y positivismo me ha apoyado para seguir adelante hasta alcanzar mis metas.

A Mis Amigos:

A todos en general, muchas gracias.

Y a mi Universidad:

LA TRICENTENARIA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, que me albergó y me concedió el gran honor de haber estado en sus aulas hasta la culminación de mi carrera, y en especial a mi querida **FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES.**

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. Derecho de trabajo.....	1
1.1. Concepto de derecho del trabajo.....	2
1.2. Otras denominaciones.....	4
1.3. Naturaleza jurídica.....	5
1.4. Autonomía del derecho laboral.....	11
1.5. Fuentes del derecho laboral.....	12
1.6. División del derecho del trabajo.....	18
1.7. Fines del derecho de trabajo.....	19
1.8. Sujetos principales del derecho del trabajo.....	20
1.9. Base constitucional del derecho al trabajo.....	21

CAPÍTULO II

2. Principios del derecho de trabajo.....	25
2.1. Funciones de los principios.....	26
2.2. Clasificación.....	28

CAPÍTULO III

	Pág.
3. El trabajo doméstico.....	41
3.1. El trabajo doméstico en la historia.....	42
3.2. Antecedentes históricos legales.....	44
3.3. Definición del trabajo doméstico.....	50
3.4. Definición de trabajador doméstico.....	50
3.5. Valoración desigual del trabajo doméstico.....	51
3.6. El trabajo doméstico remunerado.....	52
3.6.1. El trabajo doméstico, América Latina.....	54
3.7. Del contrato de trabajo.....	60
3.8. Derechos y obligaciones de los trabajadores.....	63
3.9. Jornada, descansos y días de asueto.....	64
3.10. Derecho a la no Discriminación.....	65

CAPÍTULO IV

4. Seguridad social.....	75
4.1. Es parte del derecho social.....	75
4.2. Concepto.....	77
4.3. Antecedentes legales del seguro social.....	79

4.4.	Fundamento legal.....	84
4.5.	Caracteres.....	89
4.6.	Principios.....	89
4.7.	Derecho a la seguridad social.....	91
4.8.	Beneficios que contempla.....	93
4.9.	Para las trabajadoras domésticas.....	96

CAPÍTULO V

5.	Falta de aplicación y fomento del programa.....	107
5.1.	Consideraciones preliminares.....	107
5.2.	Consideración jurídica del tema.....	108
5.3.	Posibles soluciones al problema.....	113
CONCLUSIONES.....		125
RECOMENDACIONES.....		127
BIBLIOGRAFÍA.....		129

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de tesis se orienta a la investigación de las diferentes circunstancias que inciden en la falta de aplicación y fomento del Programa especial de protección a empleadas de casa particular (precapi) y de cómo éstas acciones lesionan los derechos de las trabajadoras domésticas.

La hipótesis formulada en esta tesis es si el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social podrá dar cobertura de seguridad social adecuada a las trabajadoras domésticas a través del Programa especial de protección a empleadas de casa particular (precapi).

El objetivo general de este trabajo es demostrar que el precapi es la solución integral al problema de la violación de los derechos laborales de las trabajadoras domésticas.

Los objetivos específicos son establecer qué derechos de las empleadas de casa particular son violentados, determinar si se cumplen las garantías mínimas laborales en este tipo de trabajo, demostrar que es fundamental publicitar la información sobre el programa especial de PRECAPI y de los procedimientos de inscripción, y finalmente, exponer la importancia de cumplir los distintos convenios internacionales en materia de derechos humanos, laborales y de seguridad social ratificados por el Estado de Guatemala a favor de las mujeres trabajadoras.

Los métodos empleados en esta investigación son: Método analítico, con el cual se estudió cada uno de los derechos laborales y de previsión social lesionados por parte del Estado y del Patrono en contra de las trabajadoras domésticas; Método Sintético, que permitió sustraer lo más importante de la información recabada; Método Inductivo, con él, se determinó las circunstancias principales por las que no ha sido cumplido eficazmente el programa especial de precapi; Método Deductivo, que permitió establecer cuáles son las consecuencias positivas y negativas de la falta de inscripción de las trabajadoras domésticas en el programa especial de PRECAPI; y el Método Científico, que permitió el estudio de textos de diversos autores nacionales y extranjeros en materia de derecho laboral y de seguridad social.

Esta tesis consta de cinco capítulos, los cuales detallo a continuación: En el primer capítulo, se desarrolla el derecho del trabajo, su concepto legal y doctrinario, determina su naturaleza jurídica, fuentes, división, fines, sujetos principales de este derecho y su base constitucional. El capítulo segundo, contiene los principios del derecho de trabajo, sus funciones y clasificación. El tercer capítulo, trata sobre el trabajo doméstico, su historia, los antecedentes histórico-legales en Guatemala, su definición, valoración, consideración como trabajo remunerado, forma del contrato laboral en el trabajo doméstico y demás generalidades como derechos y obligaciones de cada parte, la jornada de trabajo, descansos y asuetos, y la importancia del principio de no discriminación. En el capítulo cuarto, se desarrolla la seguridad social como parte del derecho social, se determina su concepto, antecedentes legales en Guatemala, su fundamento legal, caracteres y principios, la seguridad social como un derecho inherente a la persona, los beneficios que contempla para los trabajadores en general y en específico para las trabajadoras domésticas. Y el capítulo quinto, que trata sobre las causas que inciden en la falta de aplicación y fomento del programa especial de PRECAPI, sus consideraciones jurídicas y posibles soluciones a la falta de aplicación de este.

Espero que la presente tesis sirva para que la futura generación tome en consideración la importancia de la instrucción en todos los niveles, sobre los derechos de seguridad social que poseen las empleadas de casa particular y que los extremos demostrados en esta investigación sean tomados en cuenta para mejorar la condición jurídica laboral de este tipo de trabajadoras, a fin de que en un futuro cercano se les pueda asegurar el reconocimiento y efectivo goce de estos derechos.

CAPÍTULO I

1. Derecho de trabajo

El Diccionario de la Real Academia Española define como trabajo: “Ocupación retribuida; Obra, resultado de la actividad humana. Esfuerzo humano aplicado a la producción de riqueza, en contraposición a capital.”¹

Julián Arturo de Diego define al trabajo humano: como: “La actividad creadora y productiva del hombre desarrollada a través de su esfuerzo físico e intelectual, y tiene por fin transformar la realidad”².

“El trabajo, tiene un sentido ético y un profundo significado desde el punto de vista religioso y social. Es en función de ello, que se puede observar a través de la historia, una larga lista de hechos y circunstancias en los cuales se defienden los derechos de los trabajadores, fundamentalmente, en procura de custodiar la dignidad del hombre que trabaja y con ello, amparar también a su familia. También tiene un sentido económico, frente a la escasez de bienes y de servicios, y la prioridad humana de acceder a ello para la subsistencia y el bienestar del mismo sujeto y de su grupo familiar.”³

“El Derecho es el conjunto de normas jurídicas que regulan la vida en común de los hombres; las normas que lo integran, son por naturaleza autárquicas y coercitivas, es

¹ Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=trabajo (21 de Agosto de 2010).

² De Diego, Julián Arturo, **Manual de derecho de trabajo y de la seguridad social**, pág. 27.

³ Ibid.

decir, tienen validez por sí mismas y su observancia está asegurada por el poder estatal cuando el particular se niega a cumplirlas voluntariamente.”⁴

“El Derecho del Trabajo tiene la esencia de todo Derecho ya que está integrado por un conjunto de normas jurídicas, cuya diferencia con otros cuerpos jurídicos se encuentra en las conductas especiales que va a regular.”⁵

1.1. Concepto de derecho del trabajo

Antonio Vázquez Vialard establece que como las demás ramas jurídicas, “El derecho del trabajo tiene una "dimensión tridimensional". .Está integrado por normas, conductas humanas y una finalidad, la cual, dadas las características propias de la relación laboral, la ley se propone proteger a la parte más débil, el trabajador, con el objeto de equilibrar la relación.”⁶

La Constitución Política de la República de Guatemala regula al trabajo dentro del apartado de los Derechos Sociales y en el Artículo 101 lo define como “Un derecho de la persona y una obligación social.

El Código de Trabajo vigente considera al Derecho de Trabajo como Un derecho tutelar de los trabajadores, puesto que trata de compensar la desigualdad económica de éstos, otorgándoles una protección jurídica preferente. También como: Una rama del derecho

⁴ Domínguez Mota, Sergio C, **Antología del derecho del trabajo I**, <http://www.themis.umich.mx/~mgrafig/teresadc/C%253A%255CDocuments+and+Settings%255CPropietario%255CMis+documentos%255CAcademiasmateriales%255CTrabajol%255CANTOLOGIADT1.pdf>, pág. 27.

⁵ Ibid.

⁶ Vázquez Vialard, Antonio, **Derecho del trabajo y de la seguridad social**, págs. 107 y 109.

público, que al ocurrir su aplicación, el interés privado debe ceder ante el interés social o colectivo.”

Guillermo Cabanellas, define como Derecho del trabajo a “Todo derecho de trabajar o a trabajar. “También lo define como el “Conjunto de normas positivas y doctrinas diferentes a las relaciones entre el capital y la mano de obra entre empresarios y trabajadores.”⁷

Cabanellas hace referencia a que el profesor chileno Walter Linares define este derecho como “El conjunto de normas, teorías y leyes destinadas a mejorar la condición económica de los trabajadores.” Asimismo, establece que Gallart Folch lo define como “El conjunto de normas jurídicas dirigidas a regular las relaciones del trabajo entre patronos y obreros, en su condición de trabajadores”.⁸

Con la abolición de la esclavitud, de la que solo perduran ciertos remedos o muy aislados focos en países rebeldes a la civilización, la aplicación de la actividad personal al servicio ajeno se encuentra proclamada como “Facultad de cada individuo que cuenta con su libertad para concretar una prestación, para ofrecer sus servicios o para abstenerse de ello.”⁹

⁷ Cabanellas, Guillermo, **Diccionario enciclopédico de derecho usual**, Tomo III, pág. 128.

⁸ Ibid

⁹ Ibid.

Cabanellas considera que el derecho a trabajar es “La facultad de poder emplear libremente los músculos y la inteligencia en una labor útil y eficaz; principalmente, con el fin de que el producto o la retribución de tal esfuerzo garantice la vida material.”¹⁰

Y establece que el derecho al trabajo no solo se correlaciona con el deber y la función social del trabajo, sino que deriva de otros derechos, como el de la propia subsistencia y el del mantenimiento familiar.

Mario de la Cueva expresa que el Derecho del Trabajo es “El conjunto de normas jurídicas que fijan las bases generales que deben regular las prestaciones individuales de servicios, con el fin de asegurar a los trabajadores la vida, la salud y un nivel decoroso de vida.”¹¹

1.2. Otras denominaciones:

Al derecho laboral se le puede llamar de diferentes formas que describimos a continuación:

a) Derecho Laboral: Manuel Ossorio establece que el Derecho del Trabajo es llamado por otros autores como Derecho Laboral, y lo definen como: “El que tiene por contenido principal, la regulación de las relaciones jurídicas entre empresarios y trabajadores, y de unos y otros con el Estado, en lo referente al trabajo subordinado, y en cuanto atañe a las profesiones y a la forma de presentación de los servicios y también en lo relativo a

¹⁰ Ibid.

¹¹ Domínguez Mota, Ob. Cit; pág. 27.

las consecuencias jurídicas mediatas e inmediatas de la actividad laboral dependiente.”¹²

b) Derecho Social: Rodríguez Cárdenas define el Derecho Social como “Conjunto de teorías, normas y leyes destinadas a mejorar la condición económica y social de los trabajadores de toda índole.”¹³

c) Derecho Obrero: J. Jesús Castoreña dice que el Derecho Obrero es “El conjunto de normas y principios que rigen la prestación subordinada de servicios personales, la asociación de quienes la prestan y de quienes la reciben, la regulación uniforme del trabajo, crea las autoridades que se encargan de aplicar esas normas y fija los procedimientos que garantizan la eficacia de los derechos subjetivos que de las propias normas derivan.”¹⁴

Guillermo Cabanellas determina que ésta es una denominación poco usada del Derecho Laboral. Se ajustaba más a los tiempos agudos de las luchas obreras por las primeras conquistas legales de importancia, en el orden del trabajo, a finales del siglo XIX sobre todo. Ya no se usa por proporcionar una visión parcial del amplio campo jurídico del trabajo y por presentar el aspecto exclusivista de protección de la clase trabajadora, con tendencia a reducirla además a las tareas manuales.¹⁵

1.3. Naturaleza jurídica: El surgimiento del Derecho Laboral como una disciplina autónoma dentro de las ramas del Derecho, planteó cuestionamientos relativos a su

¹² Ossorio, Manuel, **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, pág. 234.

¹³ Cabanellas, Ob.Cit; pág. 151.

¹⁴ Domínguez Mota, Ob. Cit; págs. 27 y 28.

¹⁵ Cabanellas, Ob. Cit; pág. 142.

ubicación. En la evolución e implementación del Derecho Laboral se encuentran constantemente dos corrientes opuestas: los publicistas y los privatistas. Al referirnos a lo público, estamos de hecho aceptando una intervención o imposición estatal sobre el libre ejercicio de la voluntad; por el contrario, al darle prioridad a la corriente privatista, estamos limitando la injerencia legal proclamando la plena libertad contractual, la injerencia estatal frente a la autonomía de la voluntad.¹⁶

a) Corriente negativa: Fernández Molina establece que la Corriente Negativa niega que en el Derecho exista una marcada división. León Duguit señala que el Derecho es indivisible, ya que todas sus normas pretenden un mismo fin, como es la convivencia social. Kelsen a su vez indica que toda norma jurídica es estatal y cobra vigencia en la medida que los organismos del Estado la promulguen, de donde no cabe diferenciación alguna y que toda norma jurídica sirve siempre al interés privado y al interés público.

b) Corriente clásica: En cuanto a la Corriente Clásica, se establece que ésta se remonta hasta los juristas de la antigua Roma. Señala que Ulpiano, fue quien acuñó la clasificación básica entre el Derecho Público y el Derecho Privado. Él estableció que la diferencia se basaba en el interés que regulaba cada rama de la cosa pública o de los particulares. Posteriormente, se han desarrollado una serie de criterios que pretenden explicar esa diferenciación, por la relación entre las partes; por la naturaleza del vínculo, por los sujetos que intervienen, etc.¹⁷

¹⁶ Fernández Molina, Luis, **Derecho laboral guatemalteco**, pág. 35.

¹⁷ Ibid.

Esta división básica del Derecho se mantuvo inalterable hasta mediados del siglo pasado en que la presión de los grupos sociales fue provocando una brecha de lo que se llamó el Derecho Social, como un tercer género del Derecho. La corriente clásica no contempla otra división que la de Derecho Público y Derecho Privado.¹⁸

c) Nuevas corrientes: Para Fernández Molina, las nuevas corrientes parten del concepto de una nueva dinámica del Derecho en su conjunto. Consideran superada y obsoleta la división clásica e incorporan algunas posturas adicionales. En respuesta a nuevos fenómenos sociológicos, se han definido nuevas ramas jurídicas que han obligado a un replanteamiento de la división clásica. Dentro de éstas se encuentra: El Derecho Social y el Derecho Mixto.

- Teoría de la ubicación del derecho del trabajo: Luis Fernández Molina plantea los siguientes criterios sobre la naturaleza jurídica del Derecho del Trabajo:¹⁹

a) Rama del derecho público: Tradicionalmente, al Derecho Laboral se le ha considerado como una rama del Derecho Público. El Código de Trabajo establece que “El derecho de trabajo, es una rama del Derecho Público, por lo que al ocurrir su aplicación, el interés privado debe ceder antes el interés social o colectivo.” Cuyo fundamento jurídico se haya en el cuarto considerando, inciso e) del Código de Trabajo vigente.

Los sostenedores de este criterio se basan en el hecho de que las primeras manifestaciones del Derecho Laboral eran de matiz público, como la jornada de trabajo.

¹⁸ Ibid, pág. 36.

¹⁹ Ibid, pág. 36-42.

Por otra parte, en el momento histórico de la creación del Derecho del Trabajo, predominó un principio de interés público, en el sentido de que tendía a proteger a las grandes mayorías y evitar una confrontación de clases. Fernández Molina considera que el apareamiento mismo de esta disciplina responde a una voz generalizada, que reclamaba la participación activa del Estado en la solución de los ingentes problemas socioeconómicos que se sufrían en esa época.

Asimismo, plantea que esta corriente pone marcado énfasis en la imperatividad de normas y en el interés general que persigue. Sostiene la necesidad constante de tutela estatal y propugna una intervención creciente, tanto en el ámbito laboral como en otras áreas del quehacer humano.

b) Rama del derecho privado: Luis Fernández Molina recalca que los seguidores de esta postura arguyen que la relación laboral se inicia mediante un contrato que, como todos los contratos, se origina de un acto espontáneo y voluntario entre las partes.

Subraya que sin esa voluntad originaria de las partes, el Derecho Laboral con toda su imperatividad, no podría actuar. Reconocen la aplicación coercitiva de ciertas normas de Derecho Público, pero sostienen que ello no le quita el carácter privado de esta rama jurídica, ya que dicha intervención es secundaria y supletoria, que puede aceptarse como un apéndice de Derecho Público únicamente cuando el Estado interviene como autoridad en cuestiones periféricas, como higiene y seguridad, el cual es de índole administrativa laboral.

Además se sostiene que la intervención estatal es una injerencia abusiva, en el marco de las relaciones interpersonales. Dado que el Derecho Laboral proviene del Derecho Civil, del cual se separó, es entonces un derecho típicamente privado.

c) Es un derecho mixto: Fernández Molina establece que esta es una posición ecléctica que sostiene que el Derecho de Trabajo participa de ambas especies: Pública, por la imperatividad de sus normas y por la tutela de los trabajadores; y Privada por su germen contractual.

d) Rama del derecho social: Luis Fernández Molina enmarca que la identidad y evolución del concepto de clases sociales, el sentimiento de pertenencia entre los asalariados y sobre todo de marginación frente a los empleadores, dieron motivo a la agudización del llamado problema social.

Las grandes masas de trabajadores subempleados o desempleados del todo, que poblaron las áreas periféricas de los grandes centros industriales de los países europeo-occidentales, fueron desarrollando entre sus integrantes este concepto de clase, cuyo punto de cohesión era el sentimiento de despojo y abandono en que se encontraban. Frente a una situación de miseria, se oponía la certeza de saberse una abrumante mayoría sometida por una pequeña minoría. Se comprendía que el predominio de esa minoría se basaba en el sistema entendido como tal, el conjunto de leyes y normas que mantenían el status quo.

Fernández Molina expresa que de aquí surgió esa voz de protesta que reclamaba del Estado una participación más activa en beneficio de esa gran mayoría de la población;

una injerencia estatal a través de normas jurídicas que procurará una menor desigualdad entre las clases sociales.

Asimismo, indica que esta corriente promovió una variación en el enfoque del Derecho, ya no el individuo considerado como un ser aislado, sino que como parte integrante de una comunidad. Este concepto de Derecho Social fue acuñado en Alemania a finales del siglo pasado y principios del presente, debido sobre todo a las ideas del autor Otto Von Gierke.

Si el Derecho Público regulaba los intereses de las entidades públicas y el Derecho Privado el interés de los particulares, se imponía un nuevo Derecho que regulaba el interés del grupo social.

Mario de la Cueva manifiesta que “el Derecho de Trabajo no es de Derecho Público ni de Derecho Privado, sino que es un Derecho Social nuevo. Difiere del Derecho Privado porque éste se refiere a las cosas, a las obligaciones, a los contratos, mientras que el Derecho del Trabajo se enfrenta al problema de la vida humana y postula nuevos conceptos y valores. El Derecho del Trabajo es un Derecho Social porque considera al hombre como miembro de un todo y no como un ente individual, lo que determina una nueva concepción del derecho que no es público ni privado, sino un nuevo Derecho Social.”²⁰

²⁰ Domínguez Mota, Ob. Cit; pág. 31.

La Constitución Política de la República de Guatemala considera que el derecho al trabajo es un derecho de la persona y una obligación social. Su fundamento jurídico se haya en el Artículo 101, Sección octava, del Capítulo II de este cuerpo legal.

1.4. Autonomía del derecho laboral: El derecho del trabajo es una rama autónoma y diferenciada del derecho en general y de las distintas ramas del derecho en particular, diferenciación que se exterioriza a través de los sujetos, el objeto, el contenido, los caracteres y principios y las técnicas propias:²¹

a) Los sujetos: El trabajador, el empleador, el sindicato, las entidades empresarias, son sujetos peculiares de esta rama del derecho. De ellos, el trabajador que presta servicios en relación de dependencia y subordinado al empleador es el centro de atención del sistema jurídico, por encontrarse en una posición de desventaja frente al principal.

b) El objeto: El contrato de trabajo, eje del derecho laboral, tiene dos objetos esenciales, a saber: el trabajo mismo traducido en la realización de actos, ejecución de obras o prestación de servicios por parte del trabajador, y el pago de la remuneración como objeto por parte del empleador.

c) Contenido: Dado que el trabajador es el sujeto esencial del derecho del trabajo, el contenido de esta particular rama del derecho está orientada a protegerlo frente a la posibilidad de que se generen abusos de parte del empleador, atento a la superioridad de éste en los distintos planos de la relación.

²¹ De Diego, Ob. Cit; pág. 70.

d) Caracteres peculiares: El tener un sujeto diferenciado de otras ramas del derecho, en el marco de relaciones jurídicas diferenciadas, basado en la existencia de dos partes en la relación que no se encuentran en un plano de igualdad, bajo la peculiaridad de la relación de dependencia, y con un régimen legal que permite la autorregulación de las partes a través de los convenios colectivos.

e) Recursos técnicos propios: El derecho del trabajo cuenta además con recursos técnico-legales propios, como son la limitación que existe en el marco de la autonomía de la voluntad, las limitaciones al poder jerárquico del empleador, y la intervención del Estado como custodio de ciertos principios y derechos que se consideran esenciales para proteger al trabajador sin vulnerar el bien común y el bienestar general.

f) Principios propios y específicos: *El* derecho del trabajo consolida su identidad y autonomía con los principios generales que no sólo son una fuente de orientación para el legislador, sino un medio de integración de la materia que orienta su interpretación, tanto en el plano de las relaciones laborales como en el marco judicial.

1.5. Fuentes del derecho laboral

José Cabrera Bazán define las fuentes del derecho del trabajo como “La causa u origen de donde procede algo.”²²

La palabra fuente se deriva del vocablo latín “fons, fontis” aludiendo “Al manantial de agua que brota de la tierra.”²³

²² De Buen Lozano, Nestor y Emilio Morgado Valenzuela, **Instituciones del derecho del trabajo y de la seguridad social**, Pág. 57.

Julián Arturo de Diego conceptualiza como Fuentes del Derecho a “Lo que da origen a las normas jurídicas como a aquellas que producen normas y/o reglas jurídicamente relevantes.”²⁴

Luis Fernández Molina establece que el término fuente es una metáfora generalmente aceptada por los estudiosos del Derecho, desde que inicialmente fue formulada, y se refiere a averiguar el punto por donde salieron las normas de las profundidades de la vida social para aparecer en la superficie del Derecho. En suma, “Son los orígenes de donde nacen las normas que constituyen su razón de ser.”²⁵

Fernández Molina determina que acudiendo a sus orígenes, podremos obtener una mejor perspectiva del Derecho Positivo; invocando sus razones para haber emergido a la vida jurídica, pudiendo tener un mejor criterio para determinar los alcances de la norma.

También el autor enmarca que el estudio de estas fuentes, reviste una gran importancia, debido a que es un Derecho de reciente creación que necesita nutrirse de las motivaciones y fundamentos que le dieron origen, situación que reviste una mayor trascendencia debido a que es un Derecho en constante evolución y que por sus especiales características de aplicación, puede dar motivo a muy diversas interpretaciones específicas y generales.

²³ Domínguez Mota, Ob. Cit; pág. 45.

²⁴ De Diego, Ob. Cit; pág. 85.

²⁵ Fernández Molina, Ob. Cit; pág. 57.

Luis Fernández Molina clasifica las fuentes del Derecho Laboral en las siguientes.²⁶

A. Fuentes reales o substanciales: Son los distintos elementos o datos sociológicos, económicos, históricos, culturales, ideales y otros que puedan entregar las actividades humanas, que determinan la sustancia de la norma jurídica, como la Revolución Francesa de 1,789.

Son los elementos creadores de los mandamientos para la conducta de los hombres, de las que saldrán las normas jurídicas para el Derecho Positivo. Por ejemplo, la molestia que ocasiona el humo de cigarro, es la fuente real que motivará la creación posterior de una fuente normal: Se prohíbe fumar.

Aplicado al tema del presente trabajo de investigación, la exclusión de las mujeres trabajadoras domésticas al derecho laboral de gozar del beneficio de cobertura del régimen de seguridad social, es la fuente real que motivó la creación posterior de la fuente normal que impulsa el Programa Especial de Protección para Trabajadoras de Casa Particular (PRECAPI).

B. Fuentes formales: Julián Arturo de Diego, conceptualiza a las fuentes formales como “Fuentes que se originan en las fuentes materiales, y son las normas legales que reflejan una necesidad social o sectorial, y tienen por fin reglar sus deberes y derechos; v.gr. las leyes del Congreso de la República.

²⁶ Ibid, págs. 57 - 63.

Luis Fernández Molina las define como “Las formas o maneras de ser que deben de adoptar los mandamientos sociales para convertirse en elementos integrantes del orden jurídico positivo.”

También como “Las normas a través de las cuales se manifiesta el Derecho, las formas como se da a conocer.”

C. Fuentes escritas: El autor establece que por antonomasia, comprende: La ley, los pactos colectivos, los reglamentos interiores de trabajo, siendo estos dos últimos, exclusivos del Derecho Laboral.

D. Fuentes no escritas: Comprendiendo la costumbre y la equidad.

E. Fuentes legislativas: La única, la Ley.

F. Fuentes contractuales: El Pacto o Convenio Colectivo, el cual, en Derecho Laboral, tiene carácter de Ley Profesional, por lo que las partes son creadoras de una ley, atribución que por principio corresponde con exclusividad al Organismo Legislativo, o el que haga sus veces. Sin embargo, solo tiene aplicación dentro del ámbito de la empresa (región o industria) y para efectos de tipo laboral exclusivamente.

G. Fuentes formales generales del derecho: Luis Fernández Molina, establece que estas fuentes son generales a todas las ramas del Derecho. Entre ellas están:

a.) La ley: Es la mayor fuente formal del Derecho de Trabajo. La evolución del Derecho de Trabajo depende precisamente de los distintos cuerpos legales relativos al

trabajo, o sea que son pasos firmes que marcan el avance de esta rama jurídica. En Guatemala tenemos: la Constitución Política de la República de Guatemala, el Código de Trabajo vigente (Decreto No. 1441), demás leyes y reglamentos de Trabajo y Previsión Social.

b.) La costumbre: Guillermo Cabanellas lo define como “El conjunto de normas jurídicas, no escritas, impuestas por el uso.” En la definición de Ulpiano: “El consentimiento tácito del pueblo, inveterado por un largo uso.”²⁷

Antonio Vazquez Vialard hace la diferenciación entre los usos, los cuales consisten en los hábitos o prácticas regularmente mantenidas en una comunidad o profesión. Y la costumbre, la cual supone, además del elemento objetivo, que es la práctica, otro de carácter subjetivo, que quienes la aceptan, consideran que constituye norma obligatoria.²⁸

c.) La jurisprudencia: Guillermo Cabanellas conceptualiza la jurisprudencia como “La interpretación de la ley hecha por los jueces; como el conjunto de sentencias que determinan un criterio acerca de un problema jurídico omitido u obscuro en los textos positivos o en otras fuentes del Derecho; o como la interpretación reiterada que el Tribunal Supremo de una nación establece en los asuntos de que conoce.”²⁹

Julián Arturo de Diego la define como “Los fallos de los tribunales pertenecientes al Poder Judicial que son una fuente indiscutida del derecho, e influyen permanentemente

²⁷ Cabanellas de Torres, Guillermo, **Diccionario jurídico elemental**, <http://derechoguatemala.blogspot.com>. Año 2010.

²⁸ Vazquez Vialard, Ob. Cit; pág. 171.

²⁹ Cabanellas de Torres, Ob. Cit; pág. 242.

en lo que hace a la interpretación de las leyes, los convenios colectivos y los contratos individuales.”³⁰

d.) La doctrina: Cabanellas de Torres comprende que doctrina es el “Conjunto de tesis y opiniones de los tratadistas y estudiosos del Derecho que explican y fijan el sentido de las leyes o sugieren soluciones para cuestiones aún no legisladas.” Cuya importancia como fuente del Derecho radica en que el prestigio y la autoridad de los destacados juristas influyen a menudo sobre la labor del legislador e incluso en la interpretación judicial de los textos vigentes.³¹

Julián Arturo de Diego establece que la doctrina la comprende la contribución de los especialistas en el tema con la publicación de sus libros, con la colaboración en revistas técnicas y con la participación en otros medios periodísticos especializados. Y la define como “Una fuente del derecho en cuanto que analiza los textos legales, el sistema jurídico y la jurisprudencia, y opina sobre la interpretación y las eventuales soluciones que brinda aquél.”³²

H. Fuentes formales exclusivas o específicas del derecho del trabajo: Estas fuentes formales solo pueden concebirse y existir en el Derecho del Trabajo y son, por lo mismo, desconocidas como fuentes formales en todas las demás ramas jurídicas. Entre éstas, Luis Fernández Molina enumera las siguientes:

1. El pacto colectivo de condiciones de trabajo.
2. Pacto colectivo de industria, de actividad económica o región determinada.

³⁰ De Diego, Ob. Cit; pág. 93.

³¹ Cabanellas de Torres, Ob. Cit; pág. 146.

³² De Diego, Ob. Cit; pág. 93.

3. El contrato colectivo de trabajo.
4. La sentencia colectiva o laudo arbitral.
5. Reglamento interior de trabajo.
6. El tratado internacional, previa ratificación del Congreso de la República.

1.6. División del derecho del trabajo: El derecho del trabajo se subdivide, tradicionalmente, en:³³

a) Derecho individual: Comprende las relaciones de cada trabajador dentro del plano del contrato individual con su empleador.

b) Derecho colectivo: Se refiere a las relaciones colectivas entre quienes representan a los trabajadores, los gremios o sindicatos, y los empleadores como sujetos del ámbito colectivo.

El empleador, como sujeto del derecho colectivo, puede actuar a través de tres formatos:

a). Por intermedio de sus entidades representativas, v.gr. La Cámara de Comercio.

b). Por intermedio de un grupo de empleadores que tengan cierta afinidad, por actuar en una misma actividad, o en la misma rama, e inclusive hasta en la misma zona o región; y

³³ Ibid, pág. 64

c). Por intervención individual del empleador cuando, por ejemplo, lo hace para discutir y pactar un convenio de empresa.

Antonio Vázquez Vialard, determina que el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, puede admitir la existencia de un aspecto interno y otro "externo", o "internacional". Comprendiéndolo de la siguiente manera:³⁴

a) Interno: Es el que se refiere a la regulación de las relaciones laborales y las consecuencias que de ellas se siguen cuando se dan en su integridad dentro del territorio nacional, con prescindencia de la nacionalidad de las partes que intervienen. Este comprende: 1) relaciones individuales; 2) relaciones de carácter colectivo; 3) administrativo laboral, y 4) procesal laboral.

b) Internacional: La totalidad de situaciones presentes en la realidad, desborda el marco de regulación fijado por lo que podría considerarse aspecto interno del derecho del trabajo. No siempre las relaciones jurídicas pueden ser disciplinadas totalmente por las normas de una ley nacional, ya por el hecho de haber sido negociadas en un país extranjero, o porque su ejecución en el país corresponde a una parte de la totalidad; es posible que, en algunos de sus diversos aspectos, deba ejecutársela por aplicación del derecho interno y el de otros países.

1.7. Fines del derecho de trabajo: La finalidad de las normas del Derecho del Trabajo es proteger al sujeto débil de la relación jurídica que se establece entre quien presta un servicio personal subordinado y quien lo aprovecha a cambio del pago de un salario;

³⁴ Vazquez Vialard, Ob. Cit; págs. 115 y 116.

resulta indiscutible que el sujeto débil en esa relación es quien presta el servicio, es decir el trabajador, y a su favor, las leyes laborales establecen derechos mínimos que, precisamente por ser mínimos y para asegurar su disfrute, son irrenunciables.³⁵

Dentro de los fines del derecho del trabajo se encuentran:

- a) Las normas del Derecho del Trabajo deben reivindicar los derechos mínimos de que debe disfrutar el trabajador por la prestación de sus servicios.
- b) La norma debe de buscar mejores condiciones laborales para los trabajadores.
- c) Finalmente, debe garantizar a los trabajadores la seguridad en el empleo y en el disfrute de las condiciones de trabajo.³⁶

1.8. Sujetos principales del derecho del trabajo

Las relaciones jurídicas que se generan como consecuencia de la prestación de trabajo "en relación de dependencia", se establecen entre un empleado y "su" empleador.³⁷

El Código de Trabajo vigente plantea las siguientes definiciones:

- a) Patrono: Es toda persona individual o jurídica que utiliza los servicios de uno o más trabajadores, en virtud de un contrato o relación de trabajo.
- b) Trabajador: Es toda persona individual que presta a un patrono sus servicios materiales, intelectuales o de ambos géneros, en virtud de un contrato o relación de trabajo.

³⁵ Domínguez Mota, Ob. Cit; pág. 33.

³⁶ Ibid. Pág. 33.

³⁷ Vazquez Vialard, Ob. Cit; pág. 117.

1.9. Base constitucional del derecho al trabajo

La Constitución Política de la República de Guatemala, contempla al Trabajo dentro de la sección octava en el apartado de derechos sociales. Y en este apartado regula los siguientes derechos sociales mínimos para todos los y las guatemaltecas³⁸:

- 1). Derecho al trabajo: Es un derecho de la persona y una obligación social. Artículo 101.
- 2) Derecho a la libre elección del trabajo. Artículo 102, inciso a).
- 3) Derecho al trabajo equitativamente remunerado. Artículo 102, inciso b).
- 4) Derecho a igual salario para igual trabajo prestado en igualdad de condiciones, eficiencia y antigüedad. Artículo 102, inciso c).
- 5) Derecho a pago en moneda del curso legal. Excepto trabajadores del campo. Artículo 102, inciso d).
- 6) Derecho a la inembargabilidad del salario e implementos personales. Artículo 102, inciso e).
- 7) Derecho a la fijación periódica del salario mínimo. Artículo 102, inciso f).
- 8) Derecho a jornada laboral justa. Artículo 102, inciso g).

³⁸ Constitución Política de la Republica de Guatemala.

9) Derecho a descansos semanales remunerados y días de asueto y vacaciones. Artículo 102, incisos h) e i).

10) Derecho al aguinaldo. Artículo 102, inciso j).

11) Derecho a la protección de la mujer trabajadora: a no distinguir entre casadas y solteras, protección de la mujer embarazada y período de lactancia. Artículo 102, inciso k).

12) Prohibición de trabajo de menores de 14 años de edad. Artículo 102, inciso l).

13) Derecho a la protección y fomento del trabajo para ciegos, minusválidos y personas con deficiencias físicas, psíquicas o sensoriales. Artículo 102, inciso m).

14) Preferencia de trabajadores guatemaltecos sobre extranjeros. Artículo 102, inciso n).

15) Fijación de normas de cumplimiento obligatorio para patronos y trabajadores. Artículo 102, inciso ñ).

16) Obligación de indemnización. Artículo 102, inciso o).

17) Derecho a la indemnización post mortem. Artículo 102, inciso p).

18) Derecho a sindicalización. Artículo 102, inciso q).

19) Derecho al establecimiento de instituciones económicas y de previsión social en beneficio de los trabajadores. Artículo 102, inciso r).

20) Derecho al pago de daños y perjuicios. Artículo 102, inciso s).

21) Participación del estado en convenios y tratados internacionales de trabajo. Artículo 102, inciso t).

El Artículo 106 de este cuerpo legal establece la irrenunciabilidad para los trabajadores, de los derechos laborales consagrados en ella. También estipula que los mismos, pueden ser susceptibles de ser superados a través de la contratación individual o colectiva. Asimismo, expresa que serán nulas ipso jure y no obligarán a los trabajadores, aunque se expresen en un convenio o en otro documento, las estipulaciones que impliquen renuncia, disminución, tergiversación o limitación de los derechos reconocidos en ley, a favor de los trabajadores³⁹.

³⁹ Constitución Política de la Republica de Guatemala.

CAPÍTULO II

2. Principios del derecho de trabajo

Se entiende por principio el “Fundamento de Algo.”⁴⁰ Julián Arturo de Diego conceptualiza a los principios generales del derecho del trabajo: como “Las reglas o pautas inmutables que rigen la materia y que tienen por fin salvaguardar la dignidad del trabajador y protegerlo de los eventuales abusos del empleador, además de preservar la unidad sistemática y orientar al intérprete como al legislador dentro de la rama específica.”⁴¹

Vázquez Vialard considera que para que una rama jurídica logre cierta "autonomía" (especialidad), tiene que elaborar un cuerpo de principios propios, además de cumplir con los demás requisitos: lograr un vasto dominio de la realidad social que intenta regular, método particular y una doctrina homogénea. A esa especialidad en el campo científico se agregan luego la legislativa y la didáctica.⁴²

También establece que el derecho del trabajo ha ido elaborando un cuerpo de doctrina que contiene principios comunes que constituyen directivas que inspiran el sentido de las normas laborales. Estos principios operan “A modo de líneas fundamentales e informadoras que inspiran directamente soluciones que sirven, no ya sólo para la

⁴⁰ Ossorio, Ob. Cit; pág. 608.

⁴¹ De Diego, Ob. Cit; pág. 107.

⁴² Vázquez Vialard, Ob. Cit; pág. 118.

sanción, sino también para la interpretación de la norma y para la resolución de casos concretos.”⁴³

2.1. Funciones de los principios del derecho laboral: Antonio Vázquez Vialard, contemplo como funciones de los principios laborales:

a) Informativa, inspiran al legislador (son "bases"). Por su parte, Humberto Podetti la denomina “Informadora”, consistente en que se infunda en las leyes laborales todas las virtualidades ínsitas en cada principio, otorgándole una eficacia operativa en la materia y con los alcances regulados por aquéllas.⁴⁴

b) Normativa, actúan subsidiaria, supletoriamente, en ausencia de una ley e integran el derecho (art. 16, Código de Trabajo guatemalteco). Podetti expresa que esta función se encarrila cuando así lo prevé expresamente el respectivo ordenamiento jurídico nacional.

c) Interpretativa, constituyen un criterio orientador para el intérprete.⁴⁵ Cuando debe efectuarse la operación lógica-valorativa del alcance de las normas aplicables, en que consiste la interpretación, las situaciones no previstas y la virtualidad de las previstas se resolverán aplicando el respectivo principio.⁴⁶

⁴³ Ibid, pág. 118.

⁴⁴ De Buen Lozano, Nestor y Emilio Morgado Valenzuela, Ob. Cit; pág. 144.

⁴⁵ Vázquez Vialard, Ob. Cit; pág. 118

⁴⁶ De Buen Lozano, Nestor; Emilio Morgado Valenzuela, Ob. Cit; pág. 144.

Julián Arturo de Diego, estipula como funciones específicas de los principios generales del derecho laboral, las siguientes:⁴⁷

a) Son un elemento de integración jurídica: Los principios buscan integrar el sistema dentro de una unidad sistemática que ofrezca seguridad, evitando con ello los desvíos asistemáticos que producen desfasajes, tanto al legislador cuando elabora la ley como al intérprete cuando se aspira a resolver los conflictos en base a la unidad del sistema o subsistema bajo consideración.

b) Conforman una regla que orienta e integra la interpretación: Los principios, por ser pautas permanentes que ilustran y orientan al intérprete, ya sea frente a una acción judicial, ya sea para adecuar la norma abstracta al caso particular, en el marco de las relaciones laborales.

c) Evitan desvíos y preservan la unidad sistemática: Los principios tienden a armonizar el sistema evitando que los institutos pierdan el rumbo adecuado, o que por efecto de interpretaciones radicales, o de la constante creación de normas (legales o convencionales), se cambie el sentido o el objetivo intrínseco de los valores y fines custodiados. Con ello se logra que las normas abstractas y su aplicación práctica al caso concreto guarden una adecuada interrelación.

d) Cubren las lagunas del derecho: Tienen una función supletoria para el juez o para el intérprete, ya que se debe recurrir, entre otras pautas, a los principios generales para suplir los vacíos de la ley.

⁴⁷ De Diego, Ob. Cit; págs. 107 y 108.

El Derecho Laboral como creación del hombre, de la comunidad, fue formulado con un fin específico, el cual es mantener la armonía en las relaciones entre trabajadores y empleadores, entre quien da su trabajo y quien se beneficia de él. Para el logro de ese fin, este medio o instrumento que es el Derecho Laboral, precisa nutrirse de ciertos principios que deben dar forma a su estructura intrínseca congruente con su razón de ser y con los cuales debe identificarse plenamente en todas sus manifestaciones.⁴⁸

Luis Fernández Molina relata que al formarse el Derecho Laboral Positivo, sus creadores, los legisladores, debieron transmitir a su criatura los principios que habrían de inspirara su desenvolvimiento. Son esos principios los que pretendo escudriñar para poder determinar el derrotero que corresponde a esta rama nueva del Derecho, a los cuales les llama Principios, se les podría llamar también Condiciones Básicas, Conceptos Elementales u otras expresiones.

2.2. Clasificación

Fernández enumera como principales principios del derecho del trabajo los siguientes.⁴⁹

a. Principio de tutelaridad: La protección del trabajador constituye la razón de ser del Derecho Laboral. Es el germen en sus orígenes y su actual sustentación. Las normas primigenias de esta rama surgieron como una voz de protesta contra los excesos y abusos que se cometían en contra de las personas en ocasión del trabajo.

⁴⁸ Fernández Molina, Ob. Cit; pág. 17.

⁴⁹ Ibid, pág. 18.

Reclamos contra las jornadas extenuantes, contra el trabajo insalubre de menores de edad, contra los bajos salarios. De ello, surge un aparato normativo de incalculables proporciones y proyección. Y derivado de este principio, el Derecho Laboral, se constituye en un derecho de la clase trabajadora, en cuanto brinda exclusivamente al trabajador una serie de instrumentos de lucha frente al empleador.

El Código de Trabajo vigente, en su Considerando Cuarto, inciso a), se establece que “El Derecho Laboral es un derecho tutelar de los trabajadores, puesto que trata de compensar la desigualdad económica de estos, otorgándoles una protección jurídica preferente.”

Consecuentemente, esto nos da a entender que el Derecho Laboral se conceptúa como un instrumento compensatorio de la desigualdad económica que se da entre las partes de la relación laboral.

En derecho del trabajo no es aplicable el criterio según el cual la norma debe tomar en cuenta la igualdad jurídica entre las partes. Al contrario, como ya se ha indicado, tiene un carácter tuitivo del empleado, a fin de asegurarle una igualdad sustantiva y real; a tal efecto debe tenerse en cuenta el desnivel de su capacidad de negociación. En consecuencia, no rige en él plenamente el principio de la autonomía de la voluntad, sino sólo en los casos en que se hayan asegurado ciertos límites que constituyen el orden público laboral que impregna casi todas sus normas o cuando se trate de modificar *in peius* los derechos del empleador.⁵⁰

⁵⁰ Vázquez Vialard, Ob. Cit; pág. 119.

De esa manera se le asegura al trabajador el goce de derechos que es factible no lograría obtener en una negociación en la que sólo rigiera, por lo menos en lo que se refiere a su totalidad, la regla de la autonomía de la voluntad.⁵¹

Julián Arturo De Diego, llama a este principio, “Principio Protectorio,” y lo define como “Aquel que tiene por fin amparar al trabajador en virtud del desequilibrio que existe frente a la superioridad del empleador.” El principio precitado se desarrolla a través de tres fórmulas:

a.1. El principio in dubio pro operari: Principio por el cual la duda razonable sobre la interpretación de una norma legal o convencional que se genere respecto de los derechos reclamados por un trabajador, debe ser interpretada por el juez (o el intérprete) a favor del mismo y no en favor del empleador. Si existieren dos o más interpretaciones de la misma disposición en favor del trabajador, también se estará por la más favorable de ellas, en la medida que resulte razonable.

Su aplicación concreta exige tener en cuenta que sólo lo es en caso de duda, por lo cual de ningún modo permite violar la voluntad del legislador, es decir, la ratio legis. No es sin más un principio pro operario, sino in dubio pro operario. Su utilización sólo se justifica cuando haya duda en la aplicación o interpretación de la ley, convenio, contrato o hechos. En virtud de ella no se crea la norma; se la integra solamente. Puede ella servir tanto para extender un beneficio, como para restringir un perjuicio. Su aplicación

⁵¹ Ibid, pág. 120.

también debe hacerse por grados, según las características propias de la relación de trabajo.⁵²

a.2. La regla de la norma más favorable: Es el principio por el cual, cuando dos o más normas tratan el mismo instituto, se deberá estar por la que resulte mas favorable al trabajador considerándose la norma o conjunto de normas que rija cada una de las instituciones del derecho del trabajo.

Ésta se refiere a otra situación; no ya a la interpretación, sino a la aplicación de la norma.⁵³

a.3 La regla de la condición más beneficiosa: Esta regla establece que toda modificación contractual que se produzca no puede ir en detrimento de los mínimos inderogables contenidos en la ley, los estatutos especiales o los convenios colectivos.

Según esta regla, cuando una situación anterior es más beneficiosa para el trabajador, se la debe respetar. La modificación que se introduzca debe ser para ampliar, no para disminuir derechos de aquél.⁵⁴

El principio protectorio es uno de los elementos caracterizantes del derecho del trabajo, que no sólo evidencian el desequilibrio entre las partes del contrato individual sino que demuestran el esfuerzo del legislador por buscar que aquellas diferencias busquen un punto de equilibrio.⁵⁵

⁵² Ibid; pág. 121.

⁵³ Ibid, pág. 122.

⁵⁴ Ibid, pág. 123.

⁵⁵ De Diego, Ob. Cit; pág. 110.

Se pretendió en sus inicios proteger al trabajador y se le sigue protegiendo. Sin embargo, Fernández Molina establece que las motivaciones de esa intervención protectora han variado. La situación en que los trabajadores se encontraban hace doscientos años, no es la misma que la actual. El desarrollo del derecho, el incremento de la cultura de los medios de comunicación, la misma organización laboral, etc., obligan a considerar un cambio en las circunstancias que se dan hoy día y las que justificaron el apareamiento de esta disciplina.

Es aceptable que se considere una protección al débil, protección que deber ser mayor en la medida de su debilidad, por ello, en sus fases primarias esta rama fue marcadamente tutelar. En el derecho individual, es donde se pone de manifiesto el proteccionismo que inspira a esta disciplina.⁵⁶

- Relación con el principio de irrenunciabilidad: Julián Arturo de Diego, conceptualiza el principio de irrenunciabilidad como “El principio por el cual existen una serie de derechos asegurados y garantizados por la ley, los estatutos especiales y los convenios colectivos que se encuentran fuera del marco de negociación y libertad de contratación de las partes, y cualquier pacto en contrario será nulo y sin ningún valor.”⁵⁷

El grado de aplicación del proteccionismo es tan marcado, que se impone aún frente o en contra del mismo trabajador. Fernández Molina establece que de aquí se deriva el “Principio de Irrenunciabilidad”, el cual comprende: “Son nulas todas las estipulaciones que impliquen disminución o tergiversación de los derechos de los trabajadores aunque

⁵⁶ Fernández Molina, Ob. Cit; pág. 20.

⁵⁷ De Diego, Ob. Cit; pág. 113.

se expresen en un convenio o contrato de trabajo o en cualquier otro documento.”
(Artículo 106 de la Constitución Política de la República de Guatemala.)

Este Principio se implementa con el objeto de asegurar los mínimos que establece la ley y evitar que el trabajador renuncie a esos mínimos, ya sea por presiones, engaños o cualquier otro motivo o sea que la tutelaridad se impone aún frente a acciones del mismo trabajador.⁵⁸

- Es derecho positivo: En el Código de Trabajo vigente, se manifiesta este proteccionismo laboral, en cada una de sus instituciones, las cuales absorben y reflejan ese proteccionismo, entre ellas: El salario mínimo, jornada máxima, asuetos, vacaciones remuneradas, protección a la maternidad, estatuto especial de menores, aguinaldo, indemnizaciones, etc). En todas y en cada una de estas instituciones, está implícita la tutelaridad.⁵⁹

El Artículo 103 de la Constitución Política de la República de Guatemala, regula la tutelaridad de las leyes de trabajo, estableciendo: “Las leyes que regulan las relaciones entre empleadores y el trabajo son conciliatorias, tutelares para los trabajadores y atenderán a todos los factores económicos y sociales pertinentes.”

El Artículo 15 del Código de Trabajo estipula: “En los casos no previstos por este Código, por sus reglamentos o por las demás leyes relativas al trabajo, se deben resolver, en primer término de acuerdo con los Principios del Derecho de Trabajo, en

⁵⁸ Ibid, pág. 22.

⁵⁹ Ibid.

segundo lugar, de acuerdo con la equidad, la costumbre o el uso local, en armonía con dichos principios; y por último, de acuerdo con los principios y leyes de derecho común.”

Por su parte, el Artículo 17 del mismo cuerpo legal, establece: para los efectos de interpretar el presente Código, sus reglamentos y demás leyes de trabajo, se debe tomar en cuenta fundamentalmente, el interés de los trabajadores en armonía con la conveniencia social.

Principio evolutivo: Al decir que el Derecho laboral es evolutivo, se afirma que se encuentra en constante movimiento. Toda rama jurídica debe mantenerse viva, saber adaptarse a las diferentes circunstancias cambiantes del quehacer humano.⁶⁰

Fernández Molina afirma que el derecho del trabajo, posee una dinámica muy característica, que se deriva de su permanente vocación de proteger al trabajador. Es una fuerza expansiva que ha marcado sus inicios y que puede entenderse en dos sentidos:

- a. Como una tendencia a otorgar cada vez mayores beneficios a los trabajadores.
- b. Como una tendencia a regular cada vez más relaciones.

Toda rama del derecho cambia en cuanto se va adaptando a las circunstancias específicas del medio, el derecho laboral, manifiesta una dinámica mucho más desarrollada. Es un derecho mutante, progresista, llamado a modificarse a cada momento en la medida que dichos cambios signifiquen mejoras para los trabajadores. Los cuerpos legales sirven de base o sustento a esa estructura normativa y sobre los

⁶⁰ Fernández Molina, Ob. Cit; pág. 25.

cuales se pueden y deben establecer beneficios que superen precisamente estas bases.⁶¹

La Constitución Política de la República de Guatemala establece que las leyes laborales están llamadas a superarse por medio de la negociación individual colectiva, el cual, a su vez, se encuentra contenido dentro del considerando cuarto, inciso b) del Código de Trabajo: “ El Derecho de Trabajo constituye un mínimo de garantías sociales, protectoras del trabajador, irrenunciables únicamente para éste y llamadas a desarrollarse posteriormente en forma dinámica, de conformidad con las posibilidades de la empresa patronal, mediante la contratación individual o colectiva...”

A decir de Fernández Molina, el derecho laboral presenta postulados positivos que constituyen un Derecho Sencillo, hasta cierto punto humilde, que admite que sus normas sean inmediatamente superadas, si con ello favorece al trabajador.

Principio de obligatoriedad: Para que el Derecho de trabajo pueda cumplir con su contenido, debe ser aplicado en forma imperativa, esto es, debe intervenir en forma coercitiva dentro de las relaciones de un empleador con un trabajador. Se establece un ámbito de las partes, pero forzosamente se imponen unos límites, independientemente de los acuerdos contractuales. Caso contrario, este Derecho vendría a ser una simple enunciación de buenas intenciones.⁶²

La imperatividad de las normas laborales se debe entender aun frente o en contra del mismo trabajador. Es decir, que aunque el trabajador renuncie a algún derecho laboral,

⁶¹ Ibid, pág. 25.

⁶² Ibid, pág. 28.

dicha renuncia deviene nula, independientemente de la disponibilidad del trabajador al momento de al renuncia. Lo que con ello se pretende es proteger al trabajador:

- a. De aceptar una renuncia en un estado de necesidad.
- b. Que renuncie por algún engaño o ardid del empleador.⁶³

Principio de realismo: Si el Derecho Laboral procura el bienestar de la clase trabajadora, debe ponderar con objetividad las diferentes variables que se suceden en la actividad cotidiana del trabajo subordinado. El hecho de emitir muchas normas tutelares, no implica necesariamente una mejora automática de las condiciones de los laborantes. Algunas disposiciones que pueden aparecer como muy ventajosas para los trabajadores, pueden resultar contradictorias a mediano y largo plazo.⁶⁴

El Código de Trabajo, en el considerando cuarto, se deja entrever la validez de este principio, cuando estipula: en el inciso b) “El Derecho de Trabajo constituye un mínimo de garantías sociales, protectoras del trabajador, e irrenunciables únicamente para éste y llamadas a desarrollarse posteriormente en forma dinámica, en estricta conformidad con las posibilidades de cada empresa patronal”; inciso c) “...sin que su voluntad esté condicionada por diversos factores y desigualdades de orden económico-social.”; Inciso d) “...porque su tendencia es la de resolver los diversos problemas que con motivo de su aplicación surjan, con criterio social y a base de hechos concretos y tangibles.”; inciso f) “...realizando así una mayor armonía social, lo que no perjudica sino que

⁶³ Ibid, pág. 28.

⁶⁴ Ibid, pág. 29.

favorece a los intereses justos de los patronos...” Este realismo, puede entenderse como una adaptación a una realidad, a un momento o entorno circunstancial.⁶⁵

Principio de sencillez: Dado que el Derecho Laboral va dirigido a un sector abundantemente mayor de población, que en términos generales no accede a altos niveles de preparación y educación en general, debe formularse en términos sencillos, de fácil aplicación y asimilación; sin perjuicio de su sustentación jurídica.⁶⁶

Fernández Molina expresa que no se trata de una disciplina antiformalista, sino “no formalista”, ya que ciertas formalidades nunca deben pasarse por alto, toda vez que se comprende dentro del mundo jurídico.

Principio conciliatorio: El Considerando Sexto del Código de Trabajo, estipula que “Las normas de este Código deben inspirarse en el principio de ser esencialmente conciliadoras entre el capital y el trabajo,...”

Asimismo, el Artículo diecisiete del mismo cuerpo legal, establece que en la interpretación de leyes laborales, se debe tomar en cuenta fundamentalmente “el interés de los trabajadores en armonía con la convivencia social.” También el Artículo 274, dentro de las funciones principales del Ministerio de Trabajo, señala que éste debe “armonizar las relaciones entre patronos y trabajadores.”

El Artículo 103 de la Constitución Política de la República de Guatemala, indica que “las leyes que regulan las relaciones entre empleadores y el trabajo son conciliatorias.”

⁶⁵ Ibid, pág. 30.

⁶⁶ Ibid, pág. 31.

Fernández Molina expresa que dejando de lado que el término conciliación implica una pugna o lucha permanente, fijando posiciones propias de la época inicial del Derecho Laboral, no se puede negar que existen inevitablemente pasajes del vínculo laboral en que se dan intereses encontrados entre las partes.

Principios doctrinarios: Además de los principios anteriormente enumerados por Luis Fernández Molina, el Código de Trabajo en sus Considerandos, contempla como Principios del Derecho Laboral, los siguientes:

a.) Principio de tutelaridad Considerando 4, inciso a) Es tutelar puesto que “trata de compensar la desigualdad económica de los trabajadores, otorgándoles una protección jurídica preferente.”

b.) Principio de irrenunciabilidad Considerando 4, inciso b) Porque “constituye un mínimo de garantías sociales protectoras, irrenunciables para el trabajador, están concebidas para desarrollarse en forma dinámica.”

c.) Principio necesario e imperativo Considerando 4, inciso c) Porque “es un derecho de aplicación forzosa en cuanto a las prestaciones mínimas que conceda la ley”, de donde se deduce que esta rama del derecho limita bastante el principio de la «autonomía de la voluntad», propio del derecho común, el cual supone erróneamente que las partes de todo contrato tienen un libre arbitrio absoluto para perfeccionar un convenio, sin que su voluntad esté condicionada por diversos factores y desigualdades

de orden económico-social;". Este principio está en íntima relación con el principio de tutelaridad.⁶⁷

d.) Principio realista y objetivo Considerando 4, inciso d) Es realista "...porque estudia al individuo en su realidad social y considera que para resolver un caso determinado a base de una bien entendida equidad, es indispensable enfocar, ante todo, la posición económica de las partes...". Y, es objetivo, de acuerdo al precitado instrumento legal, "...porque su tendencia es la de resolver los diversos problemas que con motivo de su aplicación surjan, con criterio social y a base de hechos concretos y tangibles;".

e.) Principio de derecho público Considerando 4, inciso e) Porque "al ocurrir su aplicación, el interés privado debe ceder ante el interés social o colectivo."

f.) Principio hondamente democrático Considerando 4, inciso f) Porque se orienta a "obtener la dignificación económica y moral de los trabajadores, que constituyen la mayoría de la población, realizando así una mayor armonía social, lo que no perjudica, sino que favorece los intereses justos de los patronos...".

g.) Principio conciliatorio Considerando 6.: Porque es "esencialmente conciliatorio entre el capital y el trabajo y atiende a todos los factores económicos y sociales pertinentes..."

⁶⁷ Matta Consuegra, Daniel. <http://derechoguatemala.blogspot.com/search/label/Laboral>. Pág. 3. Año 2010.

CAPÍTULO III

3. El trabajo doméstico

En términos generales, los trabajadores domésticos no son hombres que ganan el sustento sino, en su inmensa mayoría, mujeres.⁶⁸

Hoy día a las trabajadoras domésticas no se les suele reconocer una condición jurídica clara en la legislación del trabajo, se tiende a excluirlos de facto de las normativas oficiales y de su cumplimiento. Su vida y su trabajo están regulados por normas que varían significativamente según el contexto cultural y que son responsables de que los trabajadores domésticos figuren entre los más marginados, para los cuales el trabajo decente suele ser una aspiración difícil de alcanzar.⁶⁹

Para las mujeres, ésta ha sido tradicionalmente una ocupación relevante, que muchas veces sirve como una puerta de entrada en el mercado de trabajo para las jóvenes y las de mayor edad, que ingresan por primera vez o que retoman después de períodos de inactividad. En su gran mayoría esas trabajadoras poseen poca escolaridad.

⁶⁸ Conferencia Internacional del Trabajo, 99, **Trabajo decente para los trabajadores domésticos**, pág.5.

⁶⁹ Ibid, pág. 5.

3.1. El trabajo doméstico en la historia

El trabajo doméstico es una de las ocupaciones más antiguas e importantes desempeñadas por muchas mujeres en numerosos países. Está vinculado a la historia mundial de la esclavitud, el colonialismo y otras formas de servidumbre.⁷⁰

La esclavitud es la materialización absoluta del concepto de trabajo. En esta forma de organización económico social, el hombre deja de ser dueño de sus actos y queda totalmente enajenado a otro hombre. El trabajo, reducido a la condición de simple objeto material, arrastra consigo a la persona humana, a la que está indiscutiblemente ligado en virtud de la naturaleza misma del hombre. La abolición de la esclavitud se opone de modo tan total a ciertos instintos de dominación y de aprovechamiento egoísta del trabajo ajeno, que este proceso emancipador se traduce en una sucesión de luchas interminables y de penosos retrocesos. Aún hoy, si bien se ha difundido por todo el mundo una conciencia tal de la libertad humana que nadie se atreve a confesar que acepta la esclavitud, subsisten en diversos países los más variados regímenes de trabajos forzados u obligatorios, impuestos por necesidades estratégicas. Este tipo de regímenes no se diferencian en la práctica, de la esclavitud clásica.⁷¹

La servidumbre surge durante la Edad Media como segunda forma de organización del trabajo y se establece obedeciendo a la tendencia hacia la libertad que parece existir en todo el curso de la historia. A diferencia del esclavo, el siervo de la gleba ya no es un hombre sin derechos, despojado de sí mismo. Es un hombre sujeto a un pacto de

⁷⁰ Conferencia Internacional del Trabajo, 99. Ob. Cit; pág. 5.

⁷¹ Enciclopedia Ilustrada Cumbre, Tomo número 13, pág. 219.

prestación de servicios y contribuciones en especie, que le permite desarrollar su personalidad en forma mucho mayor.⁷²

El siervo, es un individuo agregado a la tierra y más sometido a ésta que al Señor, puesto que en caso de enajenación del feudo no acompaña al amo sino al terreno. Está unido a su feudo por un contrato tácito o explícito, que contiene derechos y obligaciones recíprocas, el Señor lo defiende militarmente contra los ataques que amenazan a su familia y su persona, y el Siervo le paga con sus servicios personales o con los productos de su industria.⁷³

Al declinar el régimen feudal, se produce la abolición de la servidumbre, y como consecuencia de ello, nace el salario. El pacto feudal de prestación recíproca de servicios, con toda la limitación de autonomía personal que implicaba, fue sucedido por un contrato que, en teoría, era suscrito en condiciones de perfecta igualdad, por dos partes que actuaban con libertad plena.⁷⁴

En sus manifestaciones contemporáneas, es un fenómeno mundial que perpetúa las jerarquías basadas en la raza, el origen étnico, la pertenencia a un grupo autóctono, la casta y la nacionalidad. Los quehaceres domésticos que realizan empleados a cambio de una retribución, o miembros de la familia gratuitamente, en cumplimiento de sus responsabilidades familiares y como trabajo desinteresado, son meramente indispensables para que funcione la economía fuera del hogar.⁷⁵

⁷² Ibid.

⁷³ Ibid. Pág. 220.

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Conferencia Internacional del Trabajo, 99. Ob. Cit; pág. 5.

Entre otros factores que han incrementado la demanda de servicios domésticos en los últimos años, valga citar la creciente participación de la mujer en la fuerza de trabajo; las modificaciones de la organización y la intensificación del trabajo; la ausencia de políticas que permiten compaginar la vida laboral con la familiar; la reducción de la prestación de servicios de ayuda doméstica por el Estado; la feminización de las migraciones internacionales, y el envejecimiento de las sociedades.⁷⁶

No obstante, el valor del servicio doméstico se sigue subestimando al considerarse como un trabajo no cualificado, ya que tradicionalmente se parte del supuesto de que la mayoría de las mujeres son de por sí, de manera innata, capaces de desempeñar las tareas que conlleva, y enseñan en el hogar las correspondientes competencias a otras mujeres. Por consiguiente, el trabajo doméstico remunerado sigue subestimándose y es objeto de una reglamentación insuficiente. En abierto contraste con esta situación, los estudios que dan voz a los trabajadores domésticos suelen revelar que éstos creen en la dignidad del duro trabajo que realizan, y que como tal, merecen reconocimiento y respeto, incluso en el plano legislativo.⁷⁷

3.2 Antecedentes históricos legales en Guatemala

En el año de 1821, Guatemala obtuvo su independencia del Reino Español. Derivado de esta circunstancia, llega a finales del siglo XIX sin tener una normativa legal propia, por lo que se siguió aplicando el viejo derecho peninsular, en el que se encuentran los

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Ibid.

primeros intentos de regulación del régimen de trabajo doméstico en Guatemala. Derivado de ello⁷⁸:

- 1.) En la cuarta partida, ya se utiliza el término criados y siervos.
- 2.) En la Novísima Recopilación de 1623, se reglamenta en forma precisa las condiciones de los criados. Apareciendo en ella prohibiciones para que los mismos no pudieran prestar sus servicios a otro Señor o Amo en el mismo lugar o en sus arrabales. Asimismo, limita la cantidad de criados que pueden tener los Señores.
- 3.) En la Constitución Española de 1812, promulgada en Cádiz, el Artículo 25, hizo peligrar la posibilidad de que a los criados se les considerara sujetos de determinados derechos, pues se establecía que el ejercicio de los derechos del ciudadano se perdían por el estado de sirviente doméstico.
- 4) Pero es hasta en la Orden de Cortés de 1821, donde aparece por primera vez el término servicio doméstico, donde se estipula a quienes debe comprenderse como criados, siendo éstos: “las personas que contraten prestar a las personas de sus amos como objeto principal, algún servicio casero y puramente mecánico, con exclusión de otro cualquiera que pertenezca a las labores o ejercicio del campo y de las relativas a las ciencias, artes, comercio, industria, educación y demás iguales y semejantes clases.”⁷⁹

⁷⁸ López Camey de la Rosa, Ana Lucrecia, **El trabajo doméstico en Guatemala**, Tesis. Universidad de San Carlos de Guatemala, págs. 7 y 8.

⁷⁹ Ibid, págs. 7 y 8.

Fue hasta 1877, que el General Justo Rufino Barrios crea en Guatemala el primer Código Civil, en el cual aparece regulado el servicio doméstico dentro de los Contratos con el nombre de Servicios de Locación. Dentro de estas normas se encuentran:

1. El Artículo 1756, donde los criados de cualquier calidad que sean, pueden ser despedidos por sus amos aún sin estar cumplido el tiempo fijado, pagándoles el salario correspondiente.

2. El Artículo 1757, donde también pueden los criados despedirse cuando gusten, después de cumplido el tiempo de su ajuste, siempre que no se hubieren recibido vestidos o dinero adelantado, en cuyo caso pueden ser compelidos a continuar con el tiempo nuevamente estipulado.

3. El Artículo 1758, donde el que alquila su servicio, está obligado a prestarlo con fidelidad, prontitud y esmero: no puede despedirse del jefe de la casa sin cédula de solvencia, y éste es obligado a dársela siempre que no le deba y sea cumplida el tiempo de su concierto.

4. El Artículo 1759, establece que el que sin esta constancia reciba en su servicio persona que estuvo en casa de otro, está obligada a pagar la cantidad que saliese debiendo, y los daños que haya hecho y hubiere provocado al sirviente para que se despidiera de la casa de otro para quien servía, pagará también en calidad de pena, desde una hasta veinticinco quetzales conforme lo determine el Juez, que serán aplicados al fondo de penas de Cámara.

5. El Artículo 1760, expresa que el amo o jefe de la casa que negare sus justos salarios al sirviente, o que los retenga sin causa, cuando él quiera despedirse o sea despedido, estará obligado a pagarle un tanto más y otro tanto al fondo de penas de cámara.

6. El Artículo 1761, declara que el sirviente que sin cumplir el tiempo de su concierto se despidiese sin causa justa, perderá lo que se le debe a favor de la persona a quien servía, y el que hiciere un daño o cometiera un delito para tomar causa de despedirse o darla para que lo despidan además de perder lo que se le deba, indemnizará el daño y se castigará a éste.

Estas disposiciones solo protegieron al Señor de la casa, mientras que el sirviente o criado quedó bajo un régimen estricto y limitado en cuanto a sus derechos se refiere.

En la recopilación de leyes de Guatemala de 1927, el presidente Lázaro Chacón, acuerda que el 25% del producto del impuesto sobre espectáculos públicos correspondientes a la Municipalidad de la capital, se destina para el sostenimiento de la Escuela de Oficios Domésticos.

Casi durante los primeros cincuenta años del presente siglo, el Servicio Doméstico siguió regulado como locación de servicios, dentro de las normas del Código Civil. Fue hasta la caída de la dictadura de Jorge Ubico y la llegada del gobierno de la Revolución de Octubre al poder, que se obtuvieron muchos logros laborales, pudiendo mencionar como los dos más importantes, a la Constitución de la República de 1945, en la cual, en el Artículo 58, se estableció el mandato para regular los contratos de Aprendizaje,

Trabajo a Domicilio, Doméstico y demás de características especiales; y el Código de Trabajo de 1947, promulgado durante el gobierno de Juan José Arévalo.

El Código de Trabajo Decreto 330 del Congreso de la República, es el que dio el paso más importante dentro del Derecho Laboral guatemalteco, puesto que en el mismo, regula el Trabajo Doméstico dentro de los Contratos Especiales, en el Capítulo IV, Artículos del 161 al 166, derogado posteriormente por las disposiciones legales de los párrafos 21 y 22 del título II; Libro III del Código Civil de 1877.

El 16 de agosto de 1961 durante la administración del General Ydígoras Fuentes, se emite el Decreto 1,441 del Congreso de la República, reformado por el decreto 1,428; donde aparece el Servicio Doméstico si modificación, quedando en forma idéntica en su contenido y articulado.

Actualmente, el Trabajo Doméstico se encuentra regulado en el Capítulo Cuarto, Título Cuarto del Código de Trabajo, Decreto Número 1,441 del Congreso de la República, dentro del apartado de Regímenes Especiales, comprendidos del Artículo 161 al 166.

El dieciséis de marzo de 2006, la Corte de Constitucionalidad, resuelve la solicitud de Declaración de Inconstitucionalidad Total del Artículo 164 y Parcial del Artículo 165 inciso c) del Código de Trabajo vigente, promovida por la Asociación Centro de Apoyo para las Trabajadoras de Casa Particular, ante lo cual, la Corte de Constitucionalidad resuelve declarar Suspendido Provisionalmente en forma Total el Artículo 164 y en

forma Parcial, el inciso c) del Artículo 165 del Código de Trabajo, mediante expediente 549-2006, publicado el 27 de marzo de 2006.⁸⁰

El Artículo 164 del Código de Trabajo hacía referencia a que el trabajo doméstico no está sujeto a horario ni limitaciones de la jornada de trabajo y donde se plantea como no aplicables los Artículos 126 y 127 del mismo cuerpo legal, los cuales comprenden los derechos de un día de descanso por cada semana de trabajo y el derecho a días de asueto con goce de salario.

El Artículo 165 de este cuerpo legal, hacía referencia a que toda enfermedad del trabajador doméstico que no fuera leve y que lo incapacite para sus labores durante más de una semana, da derecho al patrono, siempre que no esté cubierto por los beneficios del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, y vencidos los plazos de licencia a que se refiere el Artículo 67 del mismo cuerpo legal, a terminar el contrato sin la obligación de pagar a la otra parte un mes de salario por cada año de trabajo en forma continua o fracción de tiempo no menor de tres meses. Asimismo, establecía que la indemnización no puede exceder del importe correspondiente a cuatro meses de salario.

⁸⁰ Diario de Centro América. <http://www.congreso.gob.gt/archivos/acuerdos/2006/gtsccx549-2006.pdf>. Lunes 27 de Marzo de 2006. (Año 2010)

3.3. Definición del trabajo doméstico

Doméstico procede del latín; domus, y trabajo del servicio doméstico es aquel por el cual una de las partes se obliga, respecto a la otra a la prestación de trabajos materiales en relación con el hogar, para asistencia del mismo; y la otra parte, a su vez se obliga a abonar por dichos servicios un salario. El primero es doméstico, servidor, criado, el segundo, el amo, señor o dueño de la casa.⁸¹

El trabajo doméstico puede definirse como “el conjunto de actividades encaminadas hacia la reproducción cotidiana y cuya sede de producción en el hogar”. El trabajo doméstico, sea este remunerado o no, sintetiza la reflexión en torno a la división sexual del trabajo entre lo productivo y lo reproductivo, a la naturalización de la valoración diferenciada de lo público y lo privado y, finalmente a la asignación de los papeles de género desiguales para hombres y mujeres en la sociedad.⁸²

3.4. Definición de trabajador doméstico

Guillermo Cabanellas define como Doméstico al “Criado que sirve en una casa de familia.”⁸³

⁸¹ Guerra Mazariegos, Marlon Edin, **Derecho de las trabajadoras del servicio doméstico a ganar el salario mínimo**, Tesis. Universidad de San Carlos de Guatemala, pág. 80.

⁸² Dirección General Adjunta de Estudios, Legislación y Políticas Públicas, **El trato social hacia las mujeres indígenas que ejercen trabajo doméstico en zonas urbanas**, pág. 57.

⁸³ Cabanellas, Ob. Cit; pág. 148.

Manuel Ossorio denomina al trabajador doméstico como “El empleado de uno o de otro sexo que presta sus servicios dentro de la vida doméstica y que no impliquen para el empleador lucro o beneficio económico.”⁸⁴

3.5. Valoración desigual del trabajo doméstico

El concepto de ama de casa improductiva era un subproducto de una nueva definición de trabajo productivo que valoraba la participación en el mercado y desvaloraba el trabajo no mercantil, actividad central en la vida de las mujeres. La valoración social diferenciada a las actividades productivas frente a las reproductivas refleja un sistema de valor patriarcal productivista y masculinizado.⁸⁵

Por lo anterior, puede deducirse que la desvalorización del empleo doméstico está estrechamente vinculada al hecho de que la sociedad en general y la economía en particular no otorgan el valor oportuno a la realización de las tareas de limpieza, cuidado y alimentación de la familia y el hogar.⁸⁶

Las condiciones actuales de trabajo doméstico son formas anacrónicas de explotación, caracterizadas por una relación de servilismo y agradecimiento con la patrona en el aislamiento de una casa cerrada. Esta servidumbre moderna reproduce antiguas formas de racismo y subordinación, afectando la vida afectiva y reproductiva de las trabajadoras.⁸⁷

⁸⁴ Ossorio, Ob. Cit; pág. 753.

⁸⁵ Dirección General Adjunta de Estudios, Legislación y Políticas Públicas, Ob. Cit; Pág.61.

⁸⁶ Ibid. Pág. 62.

⁸⁷ Ibid, pág. 67.

La comprensión de las particulares condiciones de trabajo del trabajador doméstico ayuda a identificar las falencias y los límites de la protección legal otorgada por la legislación. A menudo, la legislación laboral se refiere a los trabajadores domésticos para excluirlos completamente de su alcance o para otorgar un nivel de protección menor al acordado para otras categorías de trabajadores.⁸⁸

3.6. El trabajo doméstico remunerado como régimen laboral especial

Distintas doctrinas han equiparado el trabajo doméstico remunerado al contrato de arrendamiento de servicios o al contrato de obra, regulados por la ley civil. Sin embargo, el trabajo doméstico remunerado se diferencia del arrendamiento de servicios por la dependencia o subordinación del trabajador respecto del empresario, elemento que no se presenta en el arrendamiento de servicios. Se diferencia también del contrato de obra, por el hecho de que lo que se contrata es una actividad y no un resultado, como ocurre en este tipo de contrato. El mandato tampoco es figura contractual idónea para encuadrar este tipo de relación de trabajo, pues considera fundamentalmente la realización de un negocio por cuenta de otro, lo que es distinto de la prestación de un servicio.⁸⁹

Asimismo, este tipo de trabajo tampoco puede ser considerado sólo como un contrato de servicios, fuera del ámbito laboral y enmarcado dentro de una categoría civil-mercantil porque en efecto, la prestación de servicios por día tiene contenidos jurídicos mixtos que permiten situarla como sujeta a normas laborales, aun cuando guarde

⁸⁸ Valenzuela, María Elena y Claudia Mora, **Trabajo doméstico: un largo camino hacia el trabajo decente**, pág. 22.

⁸⁹ Ibid.

importantes semejanzas con un contrato de otra naturaleza jurídica. Por esta razón, generalmente a los oficios descritos se les otorga el tratamiento que corresponde a las normas generales de trabajo.⁹⁰

La prestación laboral es personalísima, a diferencia de los objetos o prestaciones de la generalidad de los contratos en que los sujetos que lo realizan son separables, así como las prestaciones de dar o hacer a las que se obligan. El contrato laboral es una figura contractual que goza de una regulación unitaria y de principios propios y distintos de cualquier otro contrato contemplado en el Código Civil, y que son recogidos en el Código del Trabajo.⁹¹

El trabajo doméstico se encuentra tipificado como un Régimen Laboral Especial. Esta clasificación deviene de la propia distinción que emplea el legislador, que sitúa la regulación de esta forma de trabajo en un capítulo aparte del respectivo código para señalar que rigen condiciones diferenciadas del régimen común aplicables al resto de los trabajadores.⁹²

Y por estas circunstancias, el Código de Trabajo de Guatemala, Decreto Número 1,441 del Congreso de la República de Guatemala, regula al Trabajo Doméstico en el Capítulo Cuarto, Título Cuarto, dentro de la clasificación de “Trabajo Sujeto a Regímenes Especiales.”

⁹⁰ Ibid, pág. 25.

⁹¹ Ibid, pág. 22.

⁹² Ibid, pág. 23.

3.6.1. El trabajo doméstico en otras legislaciones de América Latina: En la ley laboral de América Latina no existe un criterio unificado sobre lo que se entiende como Trabajo Doméstico. Varias legislaciones incorporan dentro del concepto a todo trabajo realizado en la esfera del hogar, de jornada con o sin retiro, clasificando oficios de distinta naturaleza dentro de este régimen. Entre los ejemplos que sirven para ilustrar lo anterior están:⁹³

a.) Argentina: La legislación argentina considera que el Trabajo Doméstico es “Un conjunto de oficios, como el de ayudante, auxiliar, valet (sic), jardinero y aprendiz”, todos ellos como acogidos dentro un mismo régimen normativo.⁹⁴

b.) Paraguay: Esta variedad de oficios, todos susceptibles de tratamiento diferenciado bajo el concepto de trabajo doméstico, se encuentra presente también en la legislación paraguaya, el Artículo 148 del Código del Trabajo paraguayo, estipula: “Son considerados trabajadores domésticos, entre otros: choferes del servicio familiar; amas de llave; mucamas; lavanderas y/o planchadoras en casas particulares; niñeras; cocineras de la casa de familia y sus ayudantes; jardineros en relación de dependencia y ayudantes; cuidadoras de enfermos, ancianos o minusválidos; mandaderos; y trabajadores domésticos para actividades diversas del hogar.”⁹⁵

c.) Honduras: El Artículo 151 del Código del Trabajo hondureño consagra: “El servicio doméstico comprende las labores de amas de llaves, nodrizas, cocineras, ayas (sic),

⁹³ Ibid.

⁹⁴ Ibid, págs. 22 y 23.

⁹⁵ Ibid, pág. 23.

choferes particulares, sirvientes, niñeras, lavanderas y los de otros oficios de esta misma índole.”⁹⁶

d.) Bolivia: La Ley de la Trabajadora del Hogar Número 2.450 de 2003, de Bolivia, establece que un trabajado doméstico es “Trabajo asalariado del hogar, es aquel que se presta en menesteres propios del hogar, en forma continua, a un empleador o familia que habita bajo el mismo techo. Están considerados en este sector, los (as) que realizan trabajo de cocina, limpieza, lavandería, aseo, cuidado de niños, asistencia y otros que se encuentren comprendidos en la definición, y sean inherentes al servicio del hogar”.⁹⁷

Lugar de trabajo: A diferencia de otras clases de trabajo, en la realización del trabajo doméstico se impone una íntima y continuada convivencia del empleador y el empleado porque el trabajo está limitado al espacio del hogar familiar, especialmente cuando el servicio supone que se cumpla dentro de una jornada sin retiro, es decir, cuando la empleada pernocta en el hogar del empleador. Esta característica de convivencia a la par del vínculo laboral es el argumento utilizado para justificar la distinción normativa en el trabajo doméstico.⁹⁸

Flexibilidad de las condiciones: Como consecuencia directa de la relación de convivencia con la familia, la regulación del servicio doméstico ha permitido basar el acuerdo de trabajo en una idea de “mutua confianza” entre las partes, condición que no

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ Valiente, Hugo. **Regímenes jurídicos sobre trabajo doméstico remunerado en los estado de mercosur**, pág. 30.

⁹⁸ Ibid, pág. 24.

se exige en otras actividades laborales. La necesaria “confianza” ha servido de justificación para la flexibilidad con que empleador y trabajador determinan las condiciones de prestación de servicios. La autonomía de las partes contratantes para determinar las condiciones laborales alcanza a una infinidad de cuestiones no previstas por ley, conservando siempre un carácter de subordinación y dependencia.⁹⁹

Remuneración: La remuneración del trabajador doméstico obedece a un singular sistema que divide el salario en una prestación en dinero y otra en especie: alimentación y vivienda, que el empleador proporciona al trabajador.¹⁰⁰

Al respecto, Mary García señala: “La evaluación que se hace sobre el salario pagado a la empleada del servicio doméstico interna es compleja. El salario como instrumento capitalista de regulación de la compra y venta de la fuerza de trabajo está vinculado a una serie de elementos económicos entre los cuales se nombra la productividad, la jornada de trabajo, la canasta de bienes necesarios para la subsistencia y la reproducción cotidiana de la fuerza de trabajo (del individuo y de su familia). Sin embargo, estos elementos son insuficientes como constituyentes del salario del servicio doméstico residente. La productividad de la empleada interna no puede, por ejemplo, ser medida por la relación empleado - producto. Los productos elaborados por una empleada se materializan en su propia presencia, en sus quehaceres rutinarios: comida, aseo de la casa, lavado de ropa, cuidado de niños, etc.”¹⁰¹

⁹⁹ Ibid, pág. 25.

¹⁰⁰ Ibid, pág. 36.

¹⁰¹ Ibid.

El Artículo 162 del Código de Trabajo establece que parte de la retribución de los trabajadores domésticos, comprende: el pago en dinero, el cual no puede ser inferior al salario mínimo, y además el suministro de habitación y manutención¹⁰², lo cual quiere decir, el alimento.

El Artículo 103 del Decreto Número 1441 del Congreso de la República de Guatemala reconoce el derecho de todos los trabajadores de Guatemala a un salario mínimo "que cubra sus necesidades normales de orden material, moral y cultural y que le permita satisfacer sus deberes como jefe de familia," los trabajadores domésticos no disfrutaban de este derecho. Según el Ministerio de Trabajo, los Artículos 161 y 162 del Código de Trabajo establecen que el salario de una trabajadora de casa particular se determinará entre el empleador y la empleada. El primero de estos Artículos define simplemente lo que constituye un trabajador doméstico; el segundo dispone que, excepto en los casos en que se haya acordado de otro modo, la remuneración de los trabajadores domésticos incluirá, además del salario, la habitación y la manutención. Un decreto ejecutivo dictado el 30 de noviembre de 2000, por el que se aumenta el salario mínimo para otras categorías de trabajadores, excluye explícitamente a los trabajadores domésticos. Los salarios de los empleados domésticos varían considerablemente en función de la casa donde trabajan, y parecen estar determinados en parte por las tareas para las que se ha contratado al trabajador y por los ingresos del empleador.¹⁰³

Derivado de estas circunstancias, los niveles de remuneración de las trabajadoras domésticas son muy bajos y están generalmente muy cerca del salario mínimo.

¹⁰² Ossorio, Ob. Cit; pág. 449.

¹⁰³ Cardona Gutiérrez, Claudia María, **Descripción de las condiciones laborales del trabajador doméstico en la ciudad de Quetzaltenango**, Tesis. Universidad Rafael Landívar, pág. 29.

Pluralidad simultánea de patronos: La función doméstica agrupa un conjunto de tareas interrelacionadas para cubrir necesidades dentro de un escenario en el cual varios integrantes del grupo familiar son receptores y beneficiarios del servicio prestado, ya sea que se atienda a intereses generales o individuales. Aunque se encuentre definida e individualizada la persona que dentro de este grupo acuerde las condiciones del contrato o pague el salario, la asignación de labores perfectamente puede provenir de un sujeto distinto, entendiéndose así que la facultad patronal no es estrictamente exclusiva de un solo miembro. De esta manera, la subordinación del empleado doméstico rige respecto de un grupo empleador, la familia, y sus respectivas necesidades domésticas.¹⁰⁴

Restricciones a la fiscalización: El seno del hogar es el lugar donde se proyectan y desarrollan los derechos relativos a la intimidad personal y familiar. El reconocimiento a la privacidad de la familia ha dificultado la aplicación de la legislación laboral y su fiscalización en este espacio, por la aplicación del llamado “Derecho a la Inviolabilidad de Domicilio”. Este principio ha servido como fundamento para las restricciones que se imponen a las labores de la Inspección de Trabajo, restricciones que garantizarían el derecho a la privacidad como expresión de los límites frente a la amenaza potencial del abuso de poder de las instituciones públicas. A las dificultades en la aplicación de la ley que genera el ámbito privado e inviolable del lugar de trabajo, se suman otros obstáculos a la fiscalización de la ocupación, referidos principalmente al aislamiento en

¹⁰⁴ Valenzuela, María Elena y Claudia Mora, Ob. Cit; pág. 26.

que se desarrollan las labores, a la falta de organización sindical del sector y al escaso conocimiento que los trabajadores domésticos tienen de sus derechos.¹⁰⁵

Estas circunstancias aunadas al hecho de que el Código de Trabajo guatemalteco, en el Artículo 166 señala como justas causas de despido, sin responsabilidad para el patrono, hechos como: “La falta de respeto o el maltrato notorio del trabajador doméstico para las personas que habitan la casa donde prestan los servicios, así como la desidia manifiesta de éste en el cumplimiento de sus obligaciones”, hacen imposible que se pueda comprobar lo justo de los despidos bajo estas circunstancias de aislamiento, a pesar del principio In Dubio Pro Operario, es difícil proteger al trabajador, cuando las autoridades laborales no tienen acceso a la fiscalización de la ejecución de este tipo de trabajo y de las condiciones en las cuales se presta, por lo que diariamente se incurre en injusticias en contra de las trabajadoras domésticas.

Articulación de la esfera laboral y personal: En el trabajo doméstico, generalmente se crean lazos de confianza y afectividad relacionadas con el trato personal y casi familiar que surge como producto de la cotidianidad en el servicio. Al mismo tiempo, el trabajador se enfrenta con los límites que impone el cumplimiento objetivo de los deberes laborales: la eficiencia, obediencia y el respeto hacia los empleadores y demás miembros de la familia.¹⁰⁶

La suma de todos los elementos referidos anteriormente define el “carácter especial” del trabajo doméstico. La peculiaridad de sus condiciones pone en relevancia el elemento

¹⁰⁵ Ibid.

¹⁰⁶ Ibid, págs. 26 y 27.

subjetivo que acompaña la realización de las labores bajo este régimen de dependencia y subordinación. La restricción que implica la prestación de servicios bajo singulares reglas de convivencia ineludiblemente ligadas al trabajo en sí, hace que el trabajo doméstico se encuentre en una categoría especial de trabajo remunerado.¹⁰⁷

3.7. Del contrato de trabajo

Sobre la obligación de contrato de trabajo escrito, la existencia de un contrato hace al vínculo laboral más formal y visible, lo dota de seguridad jurídica y, por tanto, aumenta la probabilidad de que se cumplan las normas legales referidas al empleo, entre ellas las que otorgan derechos de protección laboral y social al trabajador. No obstante, el contrato verbal sirve como fórmula de protección, pero, al ser menos visible, puede generar inseguridad en las partes contratantes.¹⁰⁸

En Guatemala, la legislación laboral vigente permite que el Contrato individual de los trabajadores domésticos se realice en forma verbal, tal como lo estipula el Artículo 27 del Código de Trabajo Guatemalteco en su inciso b). La ley establece el término “puede ser verbal”, lo cual advierte que la misma ley permite que los contratos de este tipo se celebren tanto en forma escrita como verbal. Lo cual en la práctica diaria casi no sucede, la mayoría de los contratos de este tipo son verbales, por mutuo acuerdo de palabra, que a la larga solo perjudica los derechos de los trabajadores domésticos. Además, el referido Artículo legal regula que: “El patrono queda obligado a suministrar al trabajador en el momento en que se celebre el contrato, una tarjeta o constancia que únicamente

¹⁰⁷ Ibid, pág. 27.

¹⁰⁸ Ibid, pág. 32.

debe contener: La fecha de iniciación de la relación de trabajo y el salario estipulado y al vencimiento de cada período de pago, el número de días o jornadas trabajadas, o el de tareas u obras realizadas,” extremo que no es cumplido en la vida real.

El trabajo doméstico se regula por un contrato sui generis, que además de poseer las características que le son propias y que lo identifican como tal, posee las del contrato en general, pues se da:

1. La bilateralidad: Porque son dos partes las que se obligan o se vinculan. ·
2. La capacidad: Pues tienen capacidad para contratar su trabajo, para percibir y disponer de la retribución convenida y, en general para ejercer los derechos y acciones que las leyes laborales les concede, los menores de edad, de uno u otro sexo, que tengan catorce años o más.
3. La actividad personalísima: Ya que se refiere a la persona individual o física que celebra el contrato, no dando lugar en ningún momento a la sustitución.
4. La subordinación: Pues quien presta sus servicios ha de estar directa o indirectamente bajo la dirección de quien recibe dichos servicios. Entendiéndose esta, como la limitación de la autonomía del trabajador que se encuentra sometido a la potestad patronal, por razón de un contrato de trabajo y en el desempeño de sus servicios.
5. ·El salario: O sea la retribución económica por parte del patrono, como consecuencia de los servicios prestados por la persona denominada trabajador.

6. La licitud: Pues el objeto del contrato debe estar sometido en forma expresa o tácita por la ley.¹⁰⁹

Como elementos específicos que son más peculiares a este contrato, nuestro Código de Trabajo señala como tales los siguientes:

a) La convivencia: El trabajador prácticamente reside en la casa del patrono;

b) La continuidad: Carente del horario, ya que desde la mañana a la noche suele estar el doméstico a las ordenes del dueño de la casa con pequeños intervalos y ciertas salidas;

c) Predominio de la prestación femenina, y dentro de ellas de las solteras y jóvenes;

d) Mayor rigor en la subordinación del trabajador, sobre todo a medida que la diferencia social sea más grande;

e) La clase de labores desarrolladas: Los trabajadores dentro de esta actividad se dedican en exclusividad a las labores de aseo, asistencia y demás propias de un hogar o de otro sitio de residencia o habitación particular; y

f) La ausencia de lucro o negocio para el patrono: La prestación del servicio que se recibe, no debe importar lucro para el empleador, ya que este es el elemento característico del contrato.¹¹⁰

¹⁰⁹ Guerra Mazariegos, Marlon Edin, Ob. Cit; pág. 77.

¹¹⁰ Ibid, pág. 78.

Todas estas características específicas ponen de manifiesto los elementos jurídicos peculiares del contrato de trabajo del servicio doméstico, que lo diferencian del contrato de trabajo en general y lo hacen uno de los más singulares, dado el nexo entre las partes y la tipicidad laboral del contrato, a causa del contrato tan personal y directo que existe entre quien presta el servicio y quien lo recibe.¹¹¹

Aplicación del principio de estabilidad: Este principio se obtuvo a través de una de las mayores luchas de la clase trabajadora, el fin primordial fue el de obtener continuidad en su trabajo. Un trabajo estable y seguro garantiza el bienestar, en tanto que un trabajo temporal e inseguro, a su vez genera una serie de problemas socio-económicos para el trabajador y su familia.¹¹²

Este principio, haya su fundamento dentro de la legislación laboral guatemalteca en el Artículo 26 del Código de Trabajo donde se estipula: “Todo contrato individual de trabajo debe tenerse por celebrado por tiempo indefinido, salvo prueba o estipulación lícita y expresa en contrato.”

3.8. Derechos y obligaciones de los trabajadores:

Al celebrarse toda relación laboral, las partes contratantes adquieren derechos y obligaciones, no siendo la excepción el trabajador del servicio doméstico, quien al ser contratado para la prestación de sus servicios adquiere derechos que vienen a traducirse en su protección económica y social, mismos que no solamente aparecen

¹¹¹ Ibid.

¹¹² Matta Consuegra, Ob. Cit; pág. 4.

contemplados en el Código de Trabajo guatemalteco, sino que también pueden surgir de la propia costumbre y usos locales.¹¹³

3.9. Jornada de trabajo, descansos y días de asueto

En la mayoría de legislaciones laborales en América Latina, no se cuenta con una regulación especial para la jornada de trabajo de los trabajadores domésticos. El argumento obedece a que la naturaleza del servicio lo imposibilita, de modo que el acuerdo de las partes pasa a sustituir el vacío legal. En los casos de legislaciones que no declaran sujeción a horario para la prestación de servicios de esta naturaleza, pueden, por vía de interpretación extensiva, aplicarse las disposiciones contenidas en el régimen general, pasando ello a convertirse en la base del acuerdo.¹¹⁴

Actualmente Guatemala no dispone de una regulación especial para la jornada de trabajo del empleado doméstico. Esto debido a que en marzo de 2,006, la Corte de Constitucionalidad resuelve declarar Suspendido Provisionalmente en forma Total el Artículo 164 y en forma Parcial, el inciso c) del Artículo 165 del Código de Trabajo, mediante expediente 549-2,006. Referentes al horario, limitaciones de la jornada de trabajo y donde se plantea como no aplicables los Artículos 126 y 127 del mismo cuerpo legal, los cuales comprenden los derechos de un día de descanso por cada semana de trabajo y el derecho a días de asueto con goce de salario. Por lo que se aplican las disposiciones contenidas en el régimen general.

¹¹³ Guerra Mazariegos, Ob. Cit; pág. 85

¹¹⁴ Ibid, pág. 34.

3.10. Derecho a la no discriminación

Los derechos a la no discriminación, a la igualdad ante la ley y a la igual protección de la ley enmarcan la obligación para los Estados de respetar y garantizar a todas las personas que se encuentren en su territorio y estén sujetas a su jurisdicción, el mismo reconocimiento y protección de los derechos fundamentales. Cuando un determinado derecho social es reconocido a determinadas personas o categorías o grupos de personas, incumbe a los Estados, en virtud de aquel marco, justificar la legalidad de la diferenciación entre los beneficiarios y quienes aún no lo son, la proporcionalidad de la medida y la razonabilidad del factor utilizado por el Estado para reconocer, promover o garantizar selectivamente los derechos que, por regla, deberían ser de alcance universal.¹¹⁵

El principio de no discriminación garantiza el reconocimiento de las desigualdades subjetivas a la hora de aplicar la ley, y protege las diferencias e identidades diversas que se dan en la sociedad, de modo tal que igualdad no signifique homogeneización. Asimismo, este mandato exige del Estado acciones positivas, medidas y políticas que eliminen los factores y circunstancias que en la práctica contribuyen a que se mantengan las discriminaciones.¹¹⁶

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer (CEDAW) por sus siglas en inglés, firmado y ratificado por Guatemala, establece en el Artículo 1º que la expresión “Discriminación Contra la Mujer” denotará “Toda

¹¹⁵ Valiente, Ob. Cit; pág. 23.

¹¹⁶ Ibid.

distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”. También, la CEDAW en el Artículo 11, prescribe igualdad entre hombres y mujeres en el ámbito laboral, tanto en el acceso y oferta de empleo y en las condiciones laborales como en el disfrute del derecho a la seguridad social.¹¹⁷

El Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer (CEDAW), dentro de sus observaciones finales sobre el informe presentado el 12 de agosto de 2002, enumera dentro de las principales esferas de preocupación y recomendaciones al Estado de Guatemala, los siguientes puntos:

a.) El Comité insta al Estado Parte a reconocer que los términos equidad e igualdad no son sinónimos ni intercambiables y que la Convención tiene por objetivo eliminar la discriminación y garantizar la igualdad entre hombres y mujeres.¹¹⁸

b.) El Comité observa que, pese al establecimiento en el ámbito laboral de medidas de protección y de derechos en materia de seguridad social, incluso para las empleadas domésticas y las que trabajan en las industrias maquiladoras, esta legislación no se aplica ni se hace cumplir y algunos empleadores de esa industria exigen a las mujeres que buscan empleo la realización de pruebas de embarazo. El Comité señala que el

¹¹⁷ Ibid.

¹¹⁸ Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW). <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/5358.pdf>. Pág. 4. Año 2,002.

hecho de que no se aplique la legislación laboral tiene por resultado la discriminación de la mujer, en el sentido que se indica en el Artículo 1 de la Convención.¹¹⁹

c.) El Comité insta al Estado Parte a velar por que las autoridades estatales apliquen toda la legislación de derechos humanos de la mujer, en particular la legislación laboral vigente, investigando activamente las supuestas violaciones de los derechos de las trabajadoras y a adoptar medidas para fortalecer la capacidad de hacer cumplir las leyes de las autoridades responsables de la inspección laboral. También exhorta a tomar las medidas adecuadas, incluida la promoción de códigos de conducta más estrictos para el sector privado, a fin de lograr la aplicación de la legislación actual, en particular por lo que respecta a los derechos de la mujer consagrados en la Convención, que forma parte de la legislación de Guatemala. El Comité exhorta, asimismo, al Estado parte a que adopte medidas para concienciar a las mujeres con respecto a sus derechos legítimos y a los medios de hacerlos valer de manera efectiva.¹²⁰

En el ámbito normativo de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), le interesa analizar al alcance del derecho antidiscriminatorio y su aplicación al trabajo doméstico, teniendo en cuenta las posibles discriminaciones por razón de sexo y origen social que persisten como elementos culturales subyacentes en la legislación positiva y la práctica administrativa.¹²¹

En 1951 se aprueba el Convenio OIT número 100 sobre “Igualdad de remuneración”, y su Recomendación número 90, cuyo objetivo se limitaba a la promoción de mecanismos

¹¹⁹ Ibid, pág. 5.

¹²⁰ Ibid.

¹²¹ Valiente, Ob. Cit; pág. 25.

que garanticen la igualdad de salarios entre hombres y mujeres. Con el fin de ampliar la cobertura de la prohibición de discriminación a otros patrones de diferenciación humana, y en el entendimiento que no se podía enfocar eficazmente la lucha contra la discriminación en la remuneración sin abarcar también otros aspectos del empleo y la ocupación, la Conferencia Internacional del Trabajo aprobó en 1958 el Convenio OIT número 111 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación, y su Recomendación número 111, cuyo ámbito de aplicación material es más amplio y protege específicamente contra las discriminaciones en seis supuestos, además de la variable "sexo".¹²²

El Convenio OIT número 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación), y la Recomendación número 111 vinculada a dicho Convenio, establecen obligaciones de carácter universal para los Estados partes del instrumento, respecto a la eliminación de la discriminación en el ámbito laboral con relación a todos los trabajadores, sin excluir a ninguna categoría ocupacional o sector y sin hacer distinciones entre trabajadores nacionales y no nacionales.¹²³

El Convenio de la OIT, número 111 señala en el Artículo 1: "A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende:

a) Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

¹²² Ibid.

¹²³ Ibid.

b) Cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación, que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.¹²⁴

Para que los trabajadores domésticos sean tratados en pie de igualdad con los demás trabajadores, deben adoptarse disposiciones especiales en que se contemple la situación específica de dicho colectivo. Sin embargo, estas disposiciones no deben restar derechos a los trabajadores domésticos respecto a los demás.

En Guatemala, las trabajadoras de casa particular son uno de los grupos menos protegidos y más explotados del país. El Código de Trabajo ha establecido básicamente una jerarquía de trabajadores en la que los empleados domésticos disfrutan de unos derechos restringidos porque el trabajo que realizan está poco valorado. Y precisamente está poco apreciado porque lo realizan mujeres y transcurre en la esfera de la vida privada. A las trabajadoras de casa particular se les niegan los derechos laborales fundamentales, como el derecho a una jornada de trabajo de ocho horas, al salario mínimo o a descansar un día completo por semana.¹²⁵

Además de ello, la mayoría no están incluidas en el sistema nacional de seguridad social. Está claro que existe desigualdad en la protección legal del trabajo doméstico, lo

¹²⁴ Ibid, pág. 26.

¹²⁵ Alvarez de León de Ramos, Lisbeth Violeta, **Inobservancia del artículo ciento cincuenta del código de trabajo en el trabajo doméstico de niñas menores de trece años**, Tesis. Universidad de San Carlos de Guatemala. Pág. 67.

que tiene mayor impacto en las mujeres, que constituyen la mayoría de este grupo de trabajadores. Las trabajadoras domésticas, suelen estar privadas de los derechos mínimos de los que deberían gozar, pero el Congreso de la República no ha sancionado reformas que les garanticen igual protección de la ley.¹²⁶

Formas de discriminación hacia las trabajadoras domésticas: El trabajo doméstico, como se ha entendido durante años o incluso siglos, combina factores de riesgo que permiten la reproducción de prácticas discriminatorias en las cuales las trabajadoras ocupan la posición más desventajosa. La naturaleza del trabajo doméstico es poco visible porque se desarrolla en el ámbito privado de los hogares y propicia la violación del derecho al descanso, a la privacidad, a tener horario definido, contrato y las prestaciones que se ofrecen en otros empleos. En ocasiones, esta situación se agrava por el origen étnico de muchas de las trabajadoras, porque la mayoría son mujeres, por su edad, pobreza y falta de educación, es decir, por las características que han causado que la discriminación hacia ellas sea sistemática y sus formas son:

a.) La discriminación por género: Es toda distinción o exclusión basada en la construcción social y cultural que otorga significados y valor diferenciados al hecho de ser hombre o mujer. Basados en ideales respecto al papel y capacidades de las mujeres frente a los hombres, las sociedades en general han considerado inferior el papel de las mujeres. De ahí que las tareas domésticas consideradas tareas naturales de las mujeres tengan un valor social menor al desarrollado en la esfera pública y productiva definida como masculina. Las empleadas del hogar quienes se incorporan al

¹²⁶ Ibid, pág. 68.

mercado laboral realizando tareas “de mujeres” en el espacio íntimo como es el hogar de los empleadores, viven la contradicción de género por la que las actividades domésticas remuneradas son desvalorizadas e invisibilizadas en tanto son tareas consideradas no productivas y poco relevantes para la sociedad y economía.¹²⁷

b.) La discriminación por origen étnico: Es toda distinción o exclusión basada en prejuicios raciales en torno a las distinciones “biológicas” o “culturales”. El trato social discriminatorio hacia las mujeres indígenas no está desvinculado al contexto histórico que devino en un pensamiento racista donde la estructura social y política se basaba en la dominación y segregación de los pueblos indígenas. Un ejemplo de esto es el uso del término “indígena” para agrupar como si de un colectivo homogéneo se tratara a los grupos étnicos que habitan en el territorio nacional. Los actuales indicadores socioeconómicos muestran la permanencia de los rezagos históricos estructurales para la población indígena frente a la no indígena en el país; específicamente en el caso de las mujeres indígenas estos indicadores constatan el restringido acceso y ejercicio de sus derechos, lo cual lleva a reflexionar en torno a la relación entre discriminación y exclusión social.¹²⁸

Algunas de los motivos de discriminación de las mujeres indígenas empleadas del hogar son aspectos vinculados a las condiciones de pobreza, exclusión y estigmatización:

1. La mala comunicación por parte de ellas cuando no hablan español.

¹²⁷ Dirección General Adjunta de Estudios, Legislación y Políticas Públicas, Ob. Cit; pág. 18.

¹²⁸ Ibid, pág. 19.

2. La apariencia física ,que normalmente son gente muy sencilla que no está acostumbrada a lo mejor a traer el cabello peinado de cierta forma, que son gente que físicamente no es atractiva y muchas personas buscan por status pues a muchachas que tengan buena presentación.

3. En algunos casos hasta porque llegan con el hijo a pedir trabajo.¹²⁹

c.) La discriminación por condición social o económica: Es toda distinción u omisión basada en el prejuicio por razón del poder adquisitivo diferente. Expresado en menores oportunidades para la formación y desarrollo, la discriminación por condición social se ve reflejado en considerar que por el nivel socioeconómico y el trabajo que desarrollan las empleadas del hogar no son acreedoras al goce de derechos básicos como la educación, salud y bienestar. Uno de los aspectos centrales en la limitación de oportunidades de crecimiento personal y profesional es la dificultad para compatibilizar el trabajo con el estudio; lo anterior es aún más evidente en el caso de las mujeres más jóvenes que laboran de planta.¹³⁰

d.) Discriminación por edad: Es el trato diferenciado o estigmatizador por la edad y que dificulta el disfrute de derechos y libertades. Según investigaciones del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), el trabajo doméstico es el sector más numeroso de trabajadores infantiles en el mundo. Frecuentemente el trabajo infantil doméstico está asociado a prácticas culturales que niegan a las niñas ejercer sus derechos de manera integral. Estas prácticas prevalecen sobre todo en contextos

¹²⁹ Ibid, pág. 19 y 20.

¹³⁰ Ibid, pág. 22.

donde se carece de infraestructura, servicios y empleos bien remunerados para los adultos jefes y jefas de familia.¹³¹

Las empleadas del hogar se incorporan al mercado laboral a temprana edad, entre los 8 y 16 años, lo cual obstaculiza la igualdad real de oportunidades como en el acceso a la educación pero también al desarrollo de su identidad como niña y/o joven. Insertas desde niñas en el trabajo, viven de manera difícil su infancia, ven afectado su desarrollo físico, intelectual y emocional en un contexto laboral adverso al cual han sido introducidas por condiciones familiares desfavorables.¹³² Las trabajadoras infantiles son más indefensas a situaciones de abuso, accidentes y explotación ya que su desarrollo físico y emocional corresponde a una etapa de crecimiento, además que generalmente desconocen sus derechos.¹³³

Para el caso de las empleadas de edad avanzada, el acceso al trabajo es limitado ya que es un empleo para el que se requiere fuerza, rapidez y destreza y existe el prejuicio de la baja productividad de las personas mayores por lo que las empleadoras consideran que las empleadas mayores pueden representar más una carga que una ayuda.¹³⁴

¹³¹ Ibid, pág. 23.

¹³² Ibid.

¹³³ Ibid, pág. 24.

¹³⁴ Ibid, pág. 25.

CAPÍTULO IV

4. Seguridad Social

La seguridad social, se refiere principalmente a un campo de bienestar social relacionado con la protección social o cobertura de las problemáticas socialmente reconocidas, como salud, pobreza, vejez, discapacidades, vivienda, desempleo, familias con niños, familias numerosas, familias en situación de riesgo, y otras.

4.1. Es parte del derecho social

El garantizar y desarrollar la seguridad social es una de las principales funciones de los Estados y uno de los medios indispensables de protección que ejercen con respecto de sus sociedades y de sus trabajadores, por lo tanto, es necesario entender el concepto de la misma.¹³⁵

La seguridad social se encuentra regulada dentro del derecho social, en donde los satisfactores de la población se hacen exigibles al Estado.¹³⁶

El derecho social es entendido como “el conjunto de normas jurídicas tutelares de la sociedad y de sus grupos débiles obreros, campesinos, indígenas, entre otros, consignadas en las constituciones modernas y en los códigos orgánicos o reglamentarios.”¹³⁷

¹³⁵ Trejo García, Elma del Carmen, **Estudio jurídico internacional y de derecho comparado sobre seguridad social**, <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spe/SPE-ISS-05-07.pdf>, Pág.2.

¹³⁶ Ibid.

¹³⁷ Ibid.

Para Rodrigo Borja, los derechos sociales consisten en “Prestaciones y servicios a cargo del Estado, a favor de los sectores postergados de la población. Tienen un carácter esencialmente asistencial. Por eso, aunque formalmente están atribuidos a todas las personas, son en realidad derechos de las capas pobres de la ciudad y del campo y están contenidos especialmente en las leyes laborales, agrarias, de seguridad social, de inquilinato, de protección infantil, defensa del consumidor y demás estatutos de ésta índole.”¹³⁸

Dentro de las características esenciales del derecho social, se pueden mencionar las siguientes:

1. Son leyes que ven al hombre de una manera más cercana, real y concreta;
2. Está dirigido a proteger a un grupo determinado de la sociedad;
3. Tiende a ser una legislación de índole protectora debido a la intervención del Estado en todas las actividades;
4. Coordina los intereses de la comunidad, mediante la seguridad económica para las personas de escasos recursos económicos y las protegen de situaciones que puedan poner en peligro su dignidad, su libertad, su salud, su integridad y hasta su vida;
5. Establece la desigualdad social para tratar de establecer la igualdad económica;

¹³⁸ Ibid.

6. Intenta compensar a los que menos tienen económicamente, por lo tanto, regula intereses materiales para lograr cimentar la justicia social mediante una distribución de la riqueza más equitativa; y

7. Establece y controla las instituciones encargadas de aplicar las disposiciones del derecho social.¹³⁹

4.2. Concepto

La Seguridad Social, es la rama del derecho que se ocupa del hombre en general, frente a la posible ocurrencia de contingencias sociales, que comprometan todo o parte de su ingreso, y generen habitualmente cargas económicas suplementarias. Comprendiéndose como contingencias sociales, los eventos futuros e inciertos, que suelen comprometer la capacidad de ganancia del sujeto y provocan cargas económicas suplementarias.¹⁴⁰

En su Tratado de Política Laboral y Social, Luis Alcalá Zamora y G. Cabanellas declaran que la Seguridad Social se encuentra en la zona fronteriza de lo jurídico y lo sociológico. Aglutina un sustantivo y un adjetivo de amplitud conceptual. El vocablo “Seguridad”, encierra ideas genéricas de exención de peligro, daño mal y las de confianza y garantía, se utiliza por ese sentido de protección más que en el de indemnidad absoluta, que escapa a las posibilidades humanas ante la magnitud y

¹³⁹ Ibid, págs. 2 y 3.

¹⁴⁰ De Diego, Ob. Cit; pág. 835.

frecuencia de catástrofes, desgracias, accidentes y enfermedades sobre la previsión y la defensa de los hombres.¹⁴¹

En cuanto al calificativo Social, dentro de la multiplicidad de significados, se valora en escala que va desde restricciones ya superadas, que lo hacían exclusivo de los trabajadores, y únicamente de los obreros, los dedicados a trabajos manuales, hasta la amplitud de todo lo concerniente a la sociedad.¹⁴²

José Pérez Leñero señala que la expresión seguridad social, es concebida como “Parte de la ciencia política que, mediante adecuadas instituciones técnicas de ayuda, previsión y asistencia, tiene por fin defender o propulsar la paz y la prosperidad general de la sociedad a través del bienestar individual.”¹⁴³

Este término apareció en el mundo occidental a partir de la Social Security Acto del 14 de agosto de 1936, promulgada por el presidente Franklin D. Roosevelt, con la finalidad de hacer frente a la crisis económica que asolaba el país, erradicar la miseria y evitar las convulsiones sociales que podrían producirse. Para tal efecto, se dieron medidas contra la desocupación, por medio de subsidios a los desempleados; de asistencia, en favor de las personas económicamente débiles, con preferencia a las viudas, indigentes y ancianos; seguros de invalidez, vejez, muerte y desempleo, para todos los trabajadores por cuenta ajena. Esta Ley fue la primera que consideró a la seguridad

¹⁴¹ Ossorio, Ob. Cit; pág. 695.

¹⁴² Ibid.

¹⁴³ De Buen Lozano, Nestor y Emilio Morgado Valenzuela, Ob. Cit; pág. 612.

social como sistema de concepción integral, utilizando todas las instituciones destinadas a lograr ese propósito.¹⁴⁴

4.3. Antecedentes legales del seguro social en Guatemala

Como primer antecedente en Guatemala de legislación laboral-social están las “Leyes de Indias” (compiladas en 1680), un intento de la corona española de limitar los desmanes que sus súbditos cometían contra los indígenas. Entre sus disposiciones se encontró la regulación de la jornada de 8 horas. Si bien es cierto que su aplicación dejó mucho que desear, las Leyes de Indias fueron un curioso anticipo de la Legislación laboral profesionalista que se implementaría siglos después. Las Leyes de Indias fueron renovadas en 1835 y 1851 por las legislaturas estatales y republicanas de Guatemala, respectivamente, en 1877, se dictaron varias normas de tipo laboral.¹⁴⁵

Los preceptos laborales iniciaron hasta el año 1894 en que se dictó la “Ley de Trabajadores”, que contenía saludables disposiciones que lamentablemente no llegaron a cumplirse.¹⁴⁶

La “Ley Protectora de Obreros sobre Accidentes de Trabajo” de 1906 contiene normas que anticipan la futura previsión social: prestaciones sociales a los trabajadores en casos de accidentes profesionales; asistencia médica en enfermedad y maternidad,

¹⁴⁴ Ibid.

¹⁴⁵ Historia de la Seguridad Social en Guatemala.

http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/lat/bobadilla_o_rc/capitulo2.pdf, pág. 3. Año 2010.

¹⁴⁶ Ibid, pág. 4.

subsidios en dinero por incapacidades, y pensiones vitalicias para las incapacidades permanentes. Lamentablemente esta Ley tuvo poca aplicación práctica.¹⁴⁷

La Constitución de 1921, entroniza los principios e instituciones laborales que estaban en boga a nivel internacional y es la plataforma de la legislación posterior. Sin embargo, en materia de Seguridad Social sólo se regulan algunos aspectos muy periféricamente.¹⁴⁸

En 1926 se Decretó la Ley del Trabajo, el primer conjunto sistematizado de contenido laboral y de aplicación general, que incluía: protección del salario, jornada de ocho horas diarias y 48 a la semana, descanso semanal, protección al trabajo de mujeres y menores, protección a la madre “obrero”.¹⁴⁹

En 1932, un Decreto estableció el sistema de jubilaciones, pensiones y montepíos para funcionarios y empleados públicos.¹⁵⁰

En el Decreto 47 de diciembre de 1944, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, se establece como función de la Secretaría de Gobernación, Trabajo y Previsión Social, la de procurar “la implantación y funcionamiento de los sistemas de seguro social, que cubran los casos de enfermedad, incapacidad, vejez, desempleo y muerte del Trabajador”.¹⁵¹

¹⁴⁷ Ibid.

¹⁴⁸ Ibid, pág. 5.

¹⁴⁹ Ibid.

¹⁵⁰ Ibid, pág. 6.

¹⁵¹ Ibid.

Se propició la venida de dos técnicos en la materia, el Lic. Oscar Barahona Streber y el Actuario Walter Dittel, que prepararon el estudio “Bases de la Seguridad Social en Guatemala”.¹⁵²

El 30 de Octubre de 1946, el Congreso de la República de Guatemala, emite el Decreto No. 295, “Ley Orgánica del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social”. Se crea así “Una Institución autónoma, de derecho público, de personería jurídica propia y plena capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, cuya finalidad es aplicar en beneficio del pueblo de Guatemala, un Régimen Nacional, Unitario y Obligatorio de Seguridad Social, de conformidad con el Sistema de Protección Mínima” (Cap. 1, Art. 1º.)¹⁵³

En el año 1947 mediante la aprobación del Acuerdo Número 12 de Junta Directiva se creó el Programa de Accidentes de Trabajo como la fase inicial de la aplicación total del Régimen de Seguridad Social, habiéndose iniciado la cobertura en el Municipio de Guatemala.¹⁵⁴

Posteriormente, desde el mes de agosto del año 1949 se extendió la Protección a los Accidentes Comunes, por medio del Acuerdo No. 97 de Junta Directiva, "Reglamento sobre Protección Relativa a Accidentes en General". Esta cobertura fue extendiéndose gradualmente hasta cubrir toda la República en el año 1978. El Acuerdo 1,002 de Junta Directiva contiene el reglamento vigente.¹⁵⁵

¹⁵² Ibid, pág. 7.

¹⁵³ Ibid.

¹⁵⁴ Ibid, pág. 9.

¹⁵⁵ Ibid.

A partir de mayo del año 1953 se otorgaron en el Departamento de Guatemala los beneficios del Reglamento sobre Protección Materno Infantil por medio del Acuerdo No. 230 de Junta Directiva, vigente hasta el año 1968 cuando por medio del Acuerdo No. 475 de Junta Directiva, entra en vigor la aplicación del Programa de Enfermedad y Maternidad en el Departamento de Guatemala, creado por Acuerdo No. 410 del Órgano Director.¹⁵⁶

En el año 1978 y 1979, se extendió la cobertura del Programa de Enfermedad y Maternidad a los Departamentos de Sacatepéquez, Sololá, Totonicapán, Quiché, Baja Verapaz, Zacapa, Chiquimula y Jalapa.¹⁵⁷

En el año 1989 se extendió la cobertura al Departamento de Escuintla y en 1997 al Departamento de Suchitepéquez.¹⁵⁸

En el año 2002 según el Acuerdo Número 1,095 de Junta Directiva, se aplicó a los Departamentos de Alta Verapaz, Retalhuleu, Izabal y Quetzaltenango, y en el año 2003 según Acuerdo Número 1,121 de Junta Directiva a los Departamentos de Huehuetenango, Chimaltenango, San Marcos y Jutiapa, alcanzando la cobertura a 19 de los 22 departamentos del país.¹⁵⁹

¹⁵⁶ Ibid, pág.10.

¹⁵⁷ Ibid.

¹⁵⁸ Ibid, pág.11.

¹⁵⁹ Ibid.

El Programa IVS fue creado por medio del Acuerdo No. 481 de Junta Directiva del 30 de diciembre de 1968, el cual entró en vigor a partir de marzo de 1977, el cual fue reformado a través del Acuerdo 788 que entró en vigor desde marzo de 1988.¹⁶⁰

El Programa de IVS tiene cobertura nacional desde su inicio. La edad determinada para pensionarse en su inicio fue de 65 años, sin embargo, por decisiones de tipo político se decidió ofrecer como beneficio a la población afiliada en el primer quinquenio de los años noventa reducir la edad de pensionamiento a 60 años.¹⁶¹

Finalmente, en el año 2009, la Junta Directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, emite el Reglamento Número 1,235, “Reglamento del Programa Especial de Protección para Trabajadoras de Casa Particular (precapi)”, el cual fue aprobado mediante el Artículo 1 del Acuerdo Gubernativo No. 236-2009 del Presidente de la República, el 7 de Septiembre de 2009. Con este Reglamento, se otorga cobertura del Régimen de Seguridad Social a las trabajadoras domésticas. El “Reglamento del Programa Especial de Protección para Trabajadoras de Casa Particular (precapi)” fue creado con el propósito de mejorar la calidad de vida de las guatemaltecas, como una respuesta al compromiso adquirido con la clase trabajadora del país y en esta ocasión después de 32 años el Seguro Social lanza este nuevo programa dirigido a ese segmento vulnerable y desprotegido años, de la población.¹⁶²

¹⁶⁰ Ibid, pág.12.

¹⁶¹ Ibid.

¹⁶² Instituto Guatemalteco de Seguridad Social. Boletín Informativo.
http://igssgt.org/prensa/boletines_septiembre/inicia_PRECAPI.pdf. Año 2009.

4.4. Fundamento legal

a.) Constitución Política de la República de Guatemala de 1985: El Artículo 93 de la Constitución Política de la República de Guatemala, regula el Derecho a la salud, como “un derecho fundamental del ser humano, sin discriminación alguna.”

La Constitución Política de la República en el Artículo 94, la Obligación del Estado sobre salud y asistencia social, establece que “el Estado velará por la salud y la asistencia social de todos los habitantes. Desarrollará a través de sus instituciones, acciones de prevención, promoción, recuperación, rehabilitación, coordinación y las complementarias pertinentes a fin de procurarles el más completo bienestar físico, mental y social.”

La Seguridad Social, es un derecho humano fundamental, consagrado en el Artículo 100 de este cuerpo legal, bajo el enunciado de Seguridad Social: “ El Estado reconoce y garantiza el derecho a la seguridad social para beneficio de los habitantes de la Nación. Su régimen se instituye como función pública, en forma nacional, unitaria y obligatoria. El Estado, empleadores y trabajadores cubiertos por el régimen,...La aplicación del régimen de seguridad social corresponde al Instituto Guatemala de Seguridad Social,...”

b.) Decreto No. 295 del Congreso de la República Ley Orgánica del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social: El Artículo 1º establece que es el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social quien tiene como finalidad aplicar en beneficio del

pueblo de Guatemala un régimen nacional, unitario y obligatorio de Seguridad Social, de conformidad con el sistema de protección mínima.

El Considerando Segundo estipula que “el Régimen de Seguridad Social debe tener por objetivo final el dar protección mínima a toda la población del país, a base de una contribución proporcional a los ingresos de cada uno y de la distribución de beneficios a cada contribuyente o a sus familiares que dependan económicamente de él, en lo que la extensión y calidad de esos beneficios sean compatibles con lo que el interés y la estabilidad social requiere.”

El Considerando Tercero determina que el Régimen de Seguridad Social Obligatorio debe estructurarse inspirándose en ideas democráticas, tanto de verdadero sentido social como de respeto a la libre iniciativa individual, por lo que sus beneficios deben tener carácter mínimo, dejando así un amplio campo para el estímulo de los esfuerzos de cada uno y para el desarrollo del ahorro, de la previsión y de las demás actividades privadas.

El Considerando Sexto establece que “todo Régimen de Seguridad Social obligatorio debe ser eminentemente realista y en consecuencia sujetarse siempre a las posibilidades del medio donde se va a aplicar,...”

c.) Declaración Universal de Derechos Humanos: El Artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos consagra que: “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos

de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.

d.) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: En el Artículo 9, se estipula “Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”.

Es evidente, en esta norma, la distinción que se establece entre “seguridad social” y “seguro social”. El seguro social es un instrumento, una modalidad o un régimen previsional integrante de un sistema de protección social de mayor alcance, cobertura y significación: la seguridad social. Entre la seguridad social y el seguro social se da una relación de continente a contenido. El seguro social, por lo general, ha sido concebido para garantizar protección a la población ocupada en el sector moderno de la economía; la seguridad social, por el contrario, es de vocación universalista.¹⁶³

e.) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: El Artículo XVI, enuncia que: “Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”.

¹⁶³ Méndez Cegarra, Absalón, **El derecho a la seguridad social en la constitución de la República Bolivariana de Venezuela**, <http://www.eumed.net/libros/2006a/amc/index.htm>. Año 2006.

f.) Convenio número 103 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), sobre la Protección de la Maternidad (1952): A los efectos del presente Convenio, la expresión (trabajos no industriales) comprende todos los trabajos ejecutados en las empresas y los servicios públicos o privados siguientes, o relacionados con su funcionamiento:...h) el trabajo doméstico asalariado efectuado en hogares privados, ...”

Este cuerpo legal en el Artículo 3, regula el derecho de la mujer a:

1. Un descanso de maternidad de doce semanas, previa presentación de un certificado médico en el que se indique la fecha presunta del parto;
2. La duración del descanso tomado obligatoriamente después del parto será fijada por la legislación nacional, pero en ningún caso será inferior a seis semanas. El resto del período total de descanso podrá ser tomado, de conformidad con lo que establezca la legislación nacional, antes de la fecha presunta del parto, después de la fecha en que expire el descanso obligatorio, o una parte antes de la primera de estas fechas y otra parte después de la segunda.
3. Que en caso de enfermedad que, de acuerdo con un certificado médico, sea consecuencia del embarazo, se prevea un descanso prenatal suplementario cuya duración deberá ser señalada en ley.
- 4.. Que en caso de enfermedad que, de acuerdo con un certificado médico, que sea consecuencia del parto, la mujer tendrá derecho a una prolongación del descanso puerperal cuya duración máxima deberá ser fijada por la autoridad competente.

El Artículo 4, establece el derecho de la mujer a recibir prestaciones en dinero y prestaciones médicas cuando se ausente de sus labores por cualesquiera de las causas enumeradas anteriormente. Estas prestaciones en dinero deberán ser suficientes para garantizar plenamente la manutención de la mujer y de su hijo en buenas condiciones de higiene y de acuerdo con un nivel de vida adecuado, mientras que las prestaciones médicas deberán comprender la asistencia durante el embarazo, la asistencia durante el parto y la asistencia puerperal, prestada por una comadrona diplomada o por un médico, y la hospitalización, cuando ello fuere necesario; la libre elección del médico y la libre elección entre un hospital público o privado deberán ser respetadas. Asimismo, establece que ambas prestaciones serán concedidas, de pleno derecho, a todas las mujeres que reúnan las condiciones prescritas.

El Artículo 5, regula lo relativo al Período de Lactancia, describiendo que si una mujer lacta a su hijo, estará autorizada a interrumpir su trabajo para este fin durante uno o varios períodos cuya duración será determinada por la ley. Y que estas interrupciones de trabajo, a los efectos de la lactancia, deberán contarse como horas de trabajo y remunerarse como tales.

El Artículo 6 estipula que cuando una mujer se ausente de su trabajo en virtud de las disposiciones del Artículo 3 del presente Convenio, será ilegal que su empleador le comunique su despido durante dicha ausencia.

4.5. Caracteres

La caracterización del derecho de la seguridad social consiste en:

a) Marco de protección establecido por las normas vigentes: La seguridad social es un instrumento de la política social con un espectro muy amplio. Sin embargo, su cobertura está limitada a lo que las normas imponen a la comunidad y a la función indelegable de los gobiernos de brindar las condiciones de salud, educación, justicia y seguridad que se impone al Estado.

b) Sectores o grupos en estado de necesidad, indefensión o con carencias: La seguridad social existe además porque se dan circunstancias de hecho basadas en múltiples causas que generan la existencia de medios de protección y cobertura, pues de lo contrario esos grupos quedarían desamparados.

c) El fin perseguido en la búsqueda de justicia social: En el sentido más amplio, la mayoría de los autores sostienen que el fin de la seguridad social es ponderar el valor justicia a través de la justicia social.¹⁶⁴

4.6. Principios

Julián Arturo de Diego señala que la finalidad de la seguridad social no tiene raíz contractual como en el derecho del trabajo, sino que se basa en problemas sociales que requieren de una solución basada en el principio, muy discutido por cierto y que a la vez

¹⁶⁴ De Diego, Ob. Cit; págs. 836 Y 837.

es difícil de acotar, de la Justicia Social. En un marco como el precitado, también la seguridad social tiene sus propios principios, que son los siguientes.¹⁶⁵

a) Solidaridad: Dado que los vínculos que existen entre los sistemas y subsistemas de la seguridad social no son contractuales, la asistencia y protección que brindan sus institutos se basan en el principio de solidaridad hacia los comprendidos en las contingencias. La solidaridad no es un principio aplicable a unos pocos, sino fundamentalmente es una responsabilidad social para asistir a los flagelos nacidos de la necesidad, la desigualdad, la enfermedad y la miseria.

b) Subsidiariedad: Sin perjuicio de la responsabilidad que le cabe a cada sujeto dentro de la sociedad, los sistemas de la seguridad social tienen una función protectoria a través de muy diversos mecanismos, tales como ayudar, facilitar, orientar, integrar y también implementar e invertir en todos los ámbitos en donde se produzcan contingencias sociales.

c) Universalidad: La seguridad social no puede hacer diferenciaciones, sino que debe contemplar los grupos o personas que sufran las contingencias sociales, en ciertas condiciones de igualdad, y en tal caso brindar los servicios, beneficios o prestaciones que se requieran para neutralizar sus efectos negativos.

d) Integridad: No sólo se debe contemplar un marco de amparo a toda la comunidad, sino que se debe propender a que la cobertura neutralice los efectos nocivos o

¹⁶⁵ Ibid. Pág. 837.

negativos que son consecuencia directa, y a menudo indirecta, de la existencia de la contingencia social.

e) Igualdad: Conforme al mandato constitucional según el cual se aspira a brindar igual tratamiento a las situaciones objetivamente similares, en igualdad de circunstancias, la seguridad social debe asegurar la igualdad entre todos los que sufren las contingencias en situaciones que resulten objetivamente comparables.

f) Previsión: la seguridad social debe implementar los medios, no sólo en el plano asistencial o reparativo, sino también en el preventivo, a cuyos efectos debe procurar anticiparse a la ocurrencia de los eventos dañosos y de las contingencias sociales, tratando de evitar o neutralizar los riesgos, evitando con ello el daño efectivo.¹⁶⁶

4.7. Derecho a la seguridad social

El derecho a la seguridad social se encuentra reconocido en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Protocolo de San Salvador, los que determinan que toda persona tiene derecho a la seguridad social como sistema que lo proteja “contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa”.¹⁶⁷

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), establece que los Estados deberán adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación de la mujer en el ámbito laboral,

¹⁶⁶ Ibid, págs. 837 y 838.

¹⁶⁷ Valiente, Ob. Cit; pág. 59.

garantizando “el derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar” y el “derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción”.¹⁶⁸

El trabajo doméstico involucra actividades desempeñadas en su mayoría por mujeres que perciben ingresos relativamente bajos y que se encuentran excluidas de los sistemas de protección social.¹⁶⁹

La inexistencia de contribución tiene como resultado un perjuicio en el corto y largo plazo, privándolas de acceso a los servicios del seguro social por término del empleo, por motivo de enfermedad o por maternidad.

Reconocer la importancia de la seguridad social es dimensionar su potencial como instrumento para combatir la pobreza en general y para mejorar las condiciones de vida de determinados grupos de la población.¹⁷⁰

Los programas contributivos se basan en la existencia de aportes periódicos de empleadores, trabajadores y, en algunos casos, del Estado. Se trata de sistemas que precisan aportes previos regulares, y su efectividad supone estabilidad y formalidad del empleo.¹⁷¹

¹⁶⁸ Ibid.

¹⁶⁹ Valenzuela, María Elena y Claudia Mora, Ob. Cit; pág. 29.

¹⁷⁰ Valenzuela, María Elena y Claudia Mora, Ob. Cit; pág. 39.

¹⁷¹ Ibid. Pág. 40.

Por la relativa ausencia de regulaciones explícitas del trabajo doméstico y su consiguiente desprotección, el grado de cobertura en los sistemas de seguridad es bajo y el acceso a tales beneficios a menudo sólo puede ser alcanzado mediante programas sociales de corte asistencial.¹⁷²

La protección de los asalariados formales triplica a la reportada por los trabajadores dependientes del sector informal, lo que indica que si bien la formalidad no es garantía de protección, al menos aumenta significativamente la probabilidad de tener acceso a beneficios sociales.¹⁷³

4.8. Beneficios que contempla

El Régimen de Seguridad Social en Guatemala comprende protección y beneficios en caso de que ocurran los siguientes riesgos de carácter social:

a) Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Según el Artículo 29 del Decreto 295 del Congreso de la República de Guatemala, este comprende los siguientes beneficios para el afiliado:

1. Por incapacidad temporal: Servicios médicos, quirúrgicos, terapéuticos y hospitalarios: aparatos ortopédicos, y una indemnización en dinero proporcional a sus ingresos. (Mientras no se declare la incapacidad permanente, se deben dar los beneficios de incapacidad temporal que correspondan).

¹⁷² Ibid. Pág. 41.

¹⁷³ Ibid.

2. Por incapacidad permanente parcial o total: las rentas que estimaciones actuariales determinen.

b) Maternidad. Según el Artículo 30 del Decreto 295 del Congreso de la República de Guatemala, este comprende los siguientes beneficios:

1. Para la mujer trabajadora afiliada al IGSS y para la esposa del afiliado que dependa económicamente de él: Servicios médicos, quirúrgicos, terapéuticos y hospitalarios, durante el embarazo el parto y el período post natal, de acuerdo con lo que determine el reglamento.

2. Exclusivamente para la mujer trabajadora afiliada al IGSS: Indemnización en dinero durante los períodos inmediatamente anteriores y posteriores al parto, fijada proporcionalmente a los ingresos de la afiliada; y ayuda para la lactancia, en especie o en dinero.

3. Para la mujer trabajadora afiliada al IGSS, siempre que el riesgo de maternidad se transforme en enfermedad común o cause la muerte: Las prestaciones que se prestan en caso de enfermedad general, en lo que fuere aplicable.

c) Enfermedades generales. Según el Artículo 31 del Decreto 295 del Congreso de la República de Guatemala, este comprende los siguientes beneficios:

1. Para el afiliado y que pueden extenderse a los familiares del afiliado que dependan económicamente de él, principalmente a su esposa e hijos menores de edad: Servicios

médicos, quirúrgicos, terapéuticos y hospitalarios, durante el período y en la forma que indique el reglamento.

2. Solo afiliados al IGSS: Indemnización en dinero proporcional a los ingresos del afiliado, durante el mismo período; y suma destinada a gastos de entierro.

d) Invalidez; e) Orfandad; f) Viudedad y g) Vejez. Según el Artículo 32 del Decreto 295 del Congreso de la República de Guatemala, este contempla pensiones a los afiliados, que éstos deben percibir conforme a los requisitos y extensión que resulten de las estimaciones actuariales que al efecto se hagan.

h) Muerte (gastos de entierro). Según el Artículo 29, inciso c) del Decreto 295 del Congreso de la República de Guatemala, este comprende los siguientes beneficios para el afiliado: En caso de muerte, del trabajador o trabajadora, los causahabientes que hayan dependido económicamente del occiso en el momento de su fallecimiento, especialmente su esposa e hijos menores de edad, deben recibir las pensiones que estimaciones actuariales determinen, además de una suma destinada a gastos de entierro.

i) Los demás que los reglamentos determinen. El Artículo 33 del Decreto 295 del Congreso de la República de Guatemala, establece que los reglamentos deben determinar, de acuerdo con la naturaleza de las diversas clases de beneficios, qué extremos deben aprobarse y qué condiciones deben llenarse para el efecto de que la concubina y los hijos nacidos fuera de matrimonio perciban dichos beneficios. También, estos reglamentos deben estimular la organización de la familia sobre la base jurídica

del matrimonio y determinar los casos en que, para el efecto de la presente ley y por razón de equidad, la unión entre personas con capacidad legal para contraer matrimonio, ha de ser equiparada, por su estabilidad y singularidad, al matrimonio civil.

4.9. Seguridad social para las trabajadoras domésticas, programa especial de protección para trabajadoras de casa particular (PRECAPI)

Al relacionarse el trabajo doméstico con las actividades normales que se llevan cabo en un hogar, dicho trabajo tiende a concebirse, sin razón, como un trabajo seguro que no presenta el menor peligro. No obstante, bien es verdad que puede implicar una serie de riesgos graves, acentuados por el cansancio acumulado durante las largas jornadas laborales. Dicho trabajo suele implicar una gran cantidad de tareas repetitivas, movimientos de flexión y de extensión, carga de objetos pesados, exposición a fuentes de calor (cocina, plancha) y objetos cortantes (cuchillos), manipulación de productos de limpieza con diversos grados de toxicidad y exposición prolongada al polvo, así como de los problemas de nutrición derivados de una alimentación deficiente.¹⁷⁴

Aunque los riesgos a que se exponen los trabajadores domésticos son a veces similares a los que puedan correr los cocineros, o bien las personas que prestan servicios de limpieza o de cuidado en instituciones distintas del hogar, el hecho es que los trabajadores que prestan servicios de cuidado en el hogar son mucho más vulnerables, pues no tienen colaboradores que puedan prestarles consejo o asistencia en su trabajo.¹⁷⁵

¹⁷⁴ Conferencia Internacional del Trabajo, 99, Ob. Cit; pág. 72.

¹⁷⁵ Ibid; pág. 173.

Ante esta situación, surge en Guatemala la necesidad de impulsar un programa especial destinado a brindar protección en materia de seguridad social a las trabajadoras domésticas del país.

El Acuerdo número 1235 de la Junta Directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, “Reglamento del programa especial de protección para trabajadoras de casa particular (PRECAPI)”, estipula dentro de su parte considerativa que actualmente, el Régimen de Seguridad Social, se encuentra en una etapa intermedia, ya que no cubre a todas las clases de trabajadores, y que es el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social a quien le corresponde cumplir con el objetivo de otorgar estos beneficios a la clase trabajadora. Además, que dentro de la legislación laboral, el Trabajo Doméstico se encuentra considerado como un Régimen Especial, por las particularidades que se aplican al mismo, existiendo la necesidad de ampliar de manera progresiva, la cobertura del Régimen de Seguridad Social, para la población femenina que desarrolla dichas labores, dada las características de vulnerabilidad de este grupo poblacional.

Área de cobertura del programa: El Programa especial de protección para trabajadoras de casa particular (PRECAPI), es un plan piloto con duración de un año, prorrogable, que se aplicará únicamente en el Departamento de Guatemala. Posteriormente, se podrá ampliar a los demás departamentos de la República de Guatemala (Acuerdo Número 1235 de la Junta Directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, Artículo 77).

Persona beneficiada: El Programa especial de protección para trabajadoras de casa particular (PRECAPI) es un programa de cobertura especial con carácter progresivo y obligatorio para las trabajadoras domésticas del Departamento de Guatemala (Acuerdo número 1235 de la Junta Directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, Artículo 1 y 77).

Esta protección abarca en calidad de afiliada a las trabajadoras domésticas que se dediquen en forma habitual y continua a las labores de aseo, asistencia y demás propias de un hogar o de otro sitio de residencia o habitación particular, que no importe lucro o negocio para el empleador (Acuerdo número 1235 de la Junta Directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, Artículo 2).

Tiene carácter obligatorio para los empleadores que ocupen a una o más trabajadoras domésticas, que laboren por lo menos tres días semanales, exceptuándose entre estas, las trabajadoras menores de catorce años de edad y las trabajadoras que laboren menos de tres días a la semana para el mismo empleador.

Procedimiento de inscripción en el programa especial de protección para trabajadoras de casa particular (PRECAPI): El proceso de inscripción se realiza en el Departamento de Patronos y Trabajadores, 1er. Nivel Oficinas Centrales, donde se proporciona un formulario diseñado de forma sencilla y práctica (Formulario DRPT-63), el cual requiere del nombre, fotocopia de documento de identificación, fotocopia del recibo de agua o luz y firma tanto de la empleadora como de la trabajadora de casa particular (si es

menor de edad, carta de autorización de los padres o del Ministerio de Trabajo y Previsión Social ¹⁷⁶

Forma de cotización: Para el efectivo funcionamiento del Programa Especial de PRECAPI se contempló una cuota de 40 quetzales por parte del Estado, 40 la empleadora y 20 por cuenta de la empleada, monto que deberá cancelarse de forma trimestral y anticipada ante el IGSS, es decir, Q.100.00 correspondientes a la empleadora y trabajadora, respectivamente. Este monto puede cancelarse en las ventanillas y banca virtual del Banco Banrural, así como en ventanillas del Banco Industrial, el cual posteriormente también estará brindando el servicio de pago en línea.¹⁷⁷

Beneficios en salud que cubre el PRECAPI: Según los Artículos 4, 6, 10 al 13, 15, 16, 17, 19, 25, 29, 31, 32, 34, 35, 45, 46, 47, 56, 75 del Acuerdo Número 1235 de la Junta Directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, se otorgan los siguientes beneficios:

a.1 Maternidad: Este cubre los siguientes elementos:

1. Asistencia médico-quirúrgica, general y especializada, preventiva y curativa, durante las fases prenatal, natal y postnatal.

2. Hospitalización.

¹⁷⁶Instituto Guatemalteco de Seguridad Social. Boletín Informativo http://www.igssgt.org/prensa/boletines%20octubre/PRECAPI_igss_extiende_horario..pdf. Año 2009. (1 de Octubre de 2010)

¹⁷⁷ Ibid, pág. 1.

3. Asistencia farmacéutica.

4. Exámenes radiológicos, de laboratorio y demás exámenes complementarios que sean necesarios.

5. Servicio social.

6. Transporte de ambulancia, en caso de emergencia.

7. Ayuda de lactancia.

8. Salud reproductiva.

Además, atención por enfermedades producidas o inducidas por el embarazo, no así, de las enfermedades que surjan previa, simultánea o posteriormente al embarazo que no deriven de este estado, salvo aquellas que afecten el embarazo y únicamente durante el tiempo que dure el mismo, sin pago de subsidio alguno por este tipo de enfermedades.

Asimismo, se otorga asistencia médica prenatal, natal y postnatal, necesaria para proteger la salud de la madre y del niño, con el objeto de garantizar que el parto se realice en condiciones favorables.

Tienen derecho a prestaciones en dinero, el subsidio de maternidad es la suma de dinero que el instituto otorga a la trabajadora doméstica afiliada, durante el período que abarca la incapacidad temporal para el trabajo, producida por la maternidad. Para su

cálculo, se toma como base el salario mínimo diario fijado para la actividad no agrícola. Cuando este derecho no sea cubierto por el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social (IGSS), el subsidio corre a cargo del empleador, de conformidad con los Artículos 102 de la Constitución Política de la República de Guatemala y 152 del Código de Trabajo. El pago del subsidio se encuentra supeditado al reposo efectivo de la trabajadora doméstica afiliada y este se hará efectivo treinta días antes de la fecha probable del parto, según certificado médico del instituto, y durante los cincuenta y cuatro días posteriores al parto.

En caso de aborto, hay derecho a subsidio siempre que la afiliada haya cotizado seis meses antes a la fecha en que ocurra el riesgo y se encuentre al día en sus pagos. Se concede por un período máximo de veintisiete días, contados a partir de la fecha del aborto, y será equivalente al cien por ciento del salario base fijado para actividades no agrícolas.

El IGSS otorga cuota mortuoria cuando por causa de la maternidad, se deriva la muerte de la mujer trabajadora doméstica afiliada. Esta prestación, contribuye a cubrir los gastos de entierro de la fallecida y se hace efectiva en una cantidad global, ésta es equivalente a dos y media unidades de beneficios pecuniarios pagaderos a un familiar de la trabajadora fallecida.

a.2 Control niño sano: Esta prestación la otorga el Instituto a los hijos de las trabajadoras domésticas afiliadas hasta los cinco años, que hayan nacido antes o durante la vigencia de este Programa, previa inscripción en el registro del Instituto. Las prestaciones en servicio a otorgarse son: Exámenes médicos de crecimiento y

desarrollo; vacunación contra enfermedades transmisibles; ayuda nutricional, en caso de ser necesaria.

La vigilancia del niño sano consiste en el control del desarrollo y crecimiento normal del niño y la práctica de medidas médico preventivas pertinentes hasta que el infante cumpla los cinco años de edad.

a.3 Accidentes: En el caso de alguna lesión orgánica o trastorno funcional que sufra la trabajadora doméstica afiliada, producida por la acción repentina y violenta de una causa externa, el Instituto otorga:

1. Prestaciones en servicio: Asistencia médico-quirúrgica, general y especializada; Asistencia odontológica y farmacéutica; Rehabilitación (hasta por un máximo de 6 meses) y suministro de aparatos ortopédicos y protésicos; Exámenes radiológicos, de laboratorio y demás exámenes complementarios que sean necesarios; Servicio social; Transporte de ambulancia, en caso de emergencia; y Hospitalización. La trabajadora doméstica debe ser autorizada por su médico tratante para poder regresar a laborar.

2. Prestaciones en dinero: Subsidio por incapacidad temporal: Es la suma de dinero que el Instituto otorga a la trabajadora doméstica afiliada, por la incapacidad temporal para laborar, producida por accidente. Esta es equivalente a dos tercios del salario mínimo diario fijado para la actividad no agrícola. Se le otorgará siempre que a la fecha de ocurrir el accidente, se encuentre inscrita en el Programa, se encuentre al día en sus pagos y siempre que haya realizado el pago de los tres meses durante los cuales ocurriere el riesgo. El subsidio se reconoce a partir del segundo día de ocurrido el

accidente, el salario correspondiente al día del percance, corre por cuenta del empleador, este subsidio se hará efectivo hasta por dos trimestres, contados a partir de la fecha del accidente. Si el médico tratante ordena la suspensión de la trabajadora, el subsidio se reconoce a partir del día en que inicia la suspensión.

También tiene derecho a subsidio, la trabajadora doméstica afiliada a quien el médico tratante le declare incapacidad temporal y que deba someterse a exámenes médicos, tratamiento o rehabilitación.

3. Prestación ulterior. En casos de mutilación, daño físico irreparable o trastorno funcional debido a accidente, se concederá a la trabajadora doméstica afiliada, que haya cumplido con el pago de la cuota trimestral un beneficio pecuniario según las especificaciones que señala el Artículo 34 del Reglamento.

4. Cuota mortuoria. En caso de muerte, del trabajador o trabajadora, los causahabientes que hayan dependido económicamente del occiso en el momento de su fallecimiento, especialmente su esposa e hijos menores de edad, deben recibir las pensiones que estimaciones actuariales determinen, además de una suma destinada a gastos de entierro.

Las prestaciones en dinero no pueden cederse, compensarse, gravarse ni son susceptibles de embargo, salvo en materia de alimentos.

El derecho a reclamar el otorgamiento de cualquier prestación en dinero, prescribe en un año, contado desde la fecha en que se origina el derecho a esta. El derecho a cobrar

las sumas globales, prescribe en seis meses, contados a partir de la notificación de tal derecho. El derecho a cobrar subsidios por maternidad o accidentes, prescribe en seis meses, contados a partir de la fecha de la notificación.

Acreditación de derechos: Para que la trabajadora doméstica tenga derechos a cobertura de riesgos, es necesario que presente:

1. Cédula de vecindad o documento personal de identificación, o certificación de la partida de nacimiento si fuese menor de edad; si tuviere hijos menores de 5 años, sus certificaciones de las partidas de nacimiento.
2. Carné de afiliación al programa especial.
3. Recibo o constancia de pago.

Los casos de emergencia serán atendidos sin requisitos ni comprobación de derechos, sin embargo, una vez pasada la emergencia, deberá acreditar los derechos de asistencia.

Obligaciones de los patronos: Los Artículos 60 al 64 del Acuerdo Número 1235 de la Junta Directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social regulan las siguientes obligaciones:

1. Todo empleador que ocupe una o más trabajadoras domésticas que laboren por lo menos tres días a la semana, esta obligado a Inscribirlas al Programa especial y al momento de efectuar la inscripción también es necesario efectuar el primer pago

trimestral de seguridad social. Posterior a ello hay que efectuar pagos trimestrales en forma anticipada.

2. Al terminar la relación laboral, el empleador o la trabajadora deberán informar al Instituto, sobre la terminación de la relación laboral, dentro del plazo de quince días de ocurrida la misma, en caso contrario el empleador tendrá como consecuencia el cobro de las contribuciones por parte del Instituto de Seguridad Social hasta la fecha que se presente el informe.

3. Conceder permiso con goce de salario, a sus trabajadoras domésticas para que puedan asistir a los centros de atención médica en caso de maternidad o accidente.

4. Los empleadores no deben permitir, que las trabajadoras domesticas que hayan sido suspendidas por el IGSS, laboren, sin que esta entidad les haya autorizado por escrito el volver a sus labores.

5. Los empleadores no pueden dar por terminada la relación laboral cuando las afiliadas estén recibiendo un subsidio por maternidad o accidente por parte del IGSS.

6. Durante la suspensión de trabajo de una trabajadora domestica, el empleador puede colocar interinamente a otra trabajadora doméstica y despedirla sin responsabilidad de su parte cuando la titular regrese a su puesto.

CAPÍTULO V

5. Falta de aplicación y fomento del programa de protección para la empleada de la casa particular (PRECAPI) a través del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social (IGSS)

Se crea el programa de protección para trabajadoras de casa particular –precapi- con el propósito de crear cobertura del régimen de seguridad social a las trabajadoras domesticas que se dedican en forma habitual y continua a labores de aseo, asistencia y demás propias de un hogar.¹⁷⁸

5.1. Consideraciones preliminares

Según la encuesta de condiciones de vida de 2006, en Guatemala hay cerca de 183,000 empleadas en casas de familias.¹⁷⁹

La Secretaría de Obras Sociales de la Esposa del Presidente (Sosep) y el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social (IGSS) firmaron en el mes de julio del año 2009, un convenio que permitirá a estas trabajadoras acceder a algunos servicios prestados por el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social.¹⁸⁰

Mediante este acuerdo, se crea el Programa especial de protección a empleadas de casa particular (PRECAPI), por el cual, las mujeres trabajadoras domésticas afiliadas

¹⁷⁸Instituto Guatemalteco de Seguridad Social. Boletín Informativo http://www.igssgt.org/prensa/boletines%20octubre/PRECAPI_igss_extiende_horario..pdf. Año 2009. (1 de Octubre de 2010)

¹⁷⁹ Valladares, Danilo. **Domésticas rescatan derechos sociales**, <http://ipsnoticias.net/nota.asp?idnews=92967>Año 2009.

¹⁸⁰ Valladares, Danilo. Op. Cit.

reciben cobertura social en los servicios de maternidad, atención médica para sus hijos en los primeros cinco años de vida y asistencia hospitalaria en caso de accidentes, todo lo cual les habían sido negados históricamente. Sin embargo, aún no tienen acceso al programa de pensiones Invalidez, Vejez y Sobrevivencia (IVS), ni al de enfermedad común, que se refiere a la consulta médica de rutina, siendo éste el servicio que es más demandado por las trabajadoras domésticas, por lo cual este convenio no llena las expectativas.¹⁸¹

La forma de promover este Programa especial, se dio mediante el impulso de una campaña informativa en las principales cadenas de radioemisoras y en forma de anuncios televisivos, para llamar a las empleadas a inscribirse en el Precapi, así como para informar a los patronos sobre esta nueva disposición laboral. Pese a ello, no se ha dado una difusión propia de los nuevos derechos que las trabajadoras domésticas tienen con respecto al seguro social, partiendo desde luego, que muchas de ellas desconocen el término y lo que éste comprende.

5.2. Consideración jurídica del tema

El derecho a la salud es un derecho fundamental inherente al ser humano, no solo reconocido en nuestra Carta Magna, sino también a nivel Internacional. Asimismo sucede en el caso del derecho de las personas a que se reconozca y garantice a la el derecho a seguridad social.

¹⁸¹ Valladares, Danilo. Ibid.

La Constitución Política de la República de Guatemala, lo regula en el apartado de Derechos Sociales, en Artículo 100 “ El estado reconoce y garantiza el derecho a la seguridad social para beneficio de los habitantes de la Nación”; y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, lo regula en el Artículo 22, donde estipula “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social...”

Por otra parte, la Convención Americana sobre derechos humanos en el Artículo 24 y El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el Artículo 26, consagran los Principios de Igualdad y de No discriminación ante la ley: “Todas las personas son iguales ante la ley, y en consecuencia, tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley...”

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), en el Artículo 11, numeral 1, determina que “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular: ...e.) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas;...”; también el Artículo 14 numeral 2, establece: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a:... c.) Beneficiarse directamente de los programas de seguridad social;...”

El trabajo doméstico es considerado como parte del sector informal por sus características: Bajo nivel de ingresos, facilidad de entrar y salir del empleo y la falta de regulación y de prestaciones laborales.¹⁸² Derivado de ello, las trabajadoras domésticas son vulnerables a múltiples formas de desigualdad y discriminación, especialmente en lo que respecta a sus condiciones de trabajo,¹⁸³ además del desconocimiento de los derechos de las mujeres, por lo que no promueven la defensa de los mismos.¹⁸⁴

Para que las trabajadoras domésticas sean tratadas en pie de igualdad con los demás trabajadores, deben adoptarse disposiciones especiales en que se contemple la situación específica de dicho colectivo. Sin embargo, estas disposiciones no deben restar derechos a los trabajadores domésticos respecto a los demás.¹⁸⁵

El Programa Especial de Protección a Empleadas de Casa Particular (PRECAPI) no cubre por completo las necesidades de seguridad social de las trabajadoras domésticas. Partiendo de que se les excluye de la atención médica general, siendo ésta una de las necesidades más importantes que manifiesta este sector de trabajadoras, puesto que muchas de ellas padecen enfermedades comunes tales como diabetes, hipertensión arterial, gastritis, ácido úrico, gripe, etc. Además se les excluye del régimen de Invalidez, Vejez y Sobrevivencia (IVS), por lo que no tienen acceso al sistema de pensiones.

¹⁸² Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer, (UNIFEM). **La Institucionalización sociocultural y jurídica de la desigualdad: El trabajo doméstico remunerado**, Consejo de Ministras de la Mujer de Centro América del Sistema de Integración Centroamericana. www.sica.int/commca/ Pág. 62. Año 2009.

¹⁸³ Conferencia Internacional del Trabajo, 99 Ob. Cit, pág. 59.

¹⁸⁴ Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer, (UNIFEM). Ob. Cit., pág. 72.

¹⁸⁵ Ibid, pág. 60.

Estas circunstancias, manifiestan el incumplimiento del Principio de Igualdad y de No discriminación, porque a este gremio no se le reconocen los mismos derechos de seguridad social que si se reconocen y conceden a otros trabajadores del sector formal laboral; y de los Principios Tutelar y Principio Realista del Derecho Laboral, puesto que no se está tomando en cuenta la realidad de las necesidades en salud de las trabajadoras domésticas, siendo éste un grupo altamente vulnerable a sufrir vejámenes en sus derechos fundamentales, por los índices de pobreza, explotación, marginación e ignorancia que lo caracterizan.

Existen otros Convenios Internacionales de Trabajo en materia de Seguridad Social que no han sido ratificados por Guatemala, parte de su contenido ya conforma parte de nuestra normativa legal, a excepción de los siguientes puntos que son necesarios adoptar, con el objeto de brindar a las trabajadoras domésticas una mejor protección de sus derechos en la materia. Dentro de estos se encuentran:

a. Convenio 102 de la OIT sobre la Seguridad Social, norma mínima (1952): Este Convenio fue adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), celebrada en Ginebra en el año 1952. Prescribe las bases fundamentales de un sistema moderno de seguridad social. Según el Artículo 10 de este convenio, algunas de las prestaciones que debe cubrir o proteger el sistema securista, y que Guatemala no reconoce a las trabajadoras domésticas, son:

i) la asistencia médica general, comprendida la visita a domicilio;

ii) la asistencia por especialistas, prestada en hospitales a personas hospitalizadas o no hospitalizadas, y la asistencia que pueda ser prestada por especialistas fuera de los hospitales.

b. Convenio 157 de la OIT sobre el establecimiento de un Sistema Internacional para la conservación de los derechos en materia de seguridad social. (1982): En este convenio, en el Artículo 2 estipula "... el presente Convenio se aplicará, entre las siguientes ramas de la seguridad social, a aquellas ramas respecto de las cuales esté en vigor una legislación del Miembro:

a) Asistencia Médica;...

d) Prestaciones de Invalidez;

e) Prestaciones de Vejez;

f) Prestaciones de Supervivencia;

h) Prestaciones de Desempleo;...

En el Programa especial de protección a empleadas de casa particular (PRECAPI), se excluye a las trabajadoras domésticas de los derechos a que se hace referencia en los incisos a), d), e), f), además de no contemplar las prestaciones de desempleo o en su defecto un seguro de desempleo.

c. Convenio 183 de la OIT sobre la protección de la maternidad (2000): Este Convenio estipula dentro de su Artículo 2, que “El presente Convenio se aplica a todas las mujeres empleadas, incluidas las que desempeñan formas atípicas de trabajo dependiente.”

Por virtud de este Convenio se posibilita a las trabajadoras domésticas, a optar a empleos a pesar de su condición de embarazo, evitando la discriminación. El Artículo 9 literalmente expresa: “Todo Miembro debe adoptar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo, con inclusión del acceso al empleo,...”

Estos puntos anteriormente descritos, puesto que han sido incorporados dentro de los referidos convenios, remarcan la importancia de incluirlos dentro de la normativa legal laboral guatemalteca, especialmente en el campo de la seguridad social de las trabajadoras domésticas.

5.3. Posibles soluciones al problema

Dado que el Programa especial de protección a empleadas de casa particular (PRECAPI), es un plan piloto, éste debe ser sujeto a una profunda revisión de los preceptos que regula y adoptar aquellos que aún se encuentran pendientes de reconocer a las trabajadoras domésticas, con el objeto de dignificar su labor como trabajadoras y como seres humanos. Igualmente, el considerar aplicar el programa especial a todas las trabajadoras de este ramo sin exclusión.

A. Creación de una comisión que verifique la incorporación de las mujeres trabajadoras a este programa: Desde sus inicios, el Programa especial de protección a empleadas de casa particular (PRECAPI), tenía previsto dar cobertura a 10,900 trabajadoras domésticas. De acuerdo con el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social (IGSS), al 14 de Abril de 2010, sólo 87 de 10 mil 900 trabajadoras de casa particular cuentan con cobertura social, es decir, el 0.8 por ciento.¹⁸⁶

Esto, pese a que desde septiembre del año 2009 cobró vigencia el Programa Especial de Protección a empleadas de casa particular (PRECAPI) del Seguro social, con el que se pretende garantizar la atención médica a este sector laboral.¹⁸⁷

Sin embargo, esto no se cumple debido a que una buena cantidad de empleadas domésticas aún no están inscritas, ya sea por la falta de conocimiento sobre el programa o la negativa de los patronos para facilitarle los trámites, debido a que el registro en el Seguro social no es obligatorio.¹⁸⁸

La falta de verificación de las condiciones en que se presta el trabajo por parte de las autoridades laborales, hace que se irrespeten e incumplan los derechos en materia de seguridad social que poseen actualmente las trabajadoras domésticas.

¹⁸⁶ Ortiz, Flor de María. **Empleadas de casa siguen sin cobertura social**, <http://www.lahora.com.gt/notas.php?key=65356&fch=2010-04-14>. Año 2,010.

¹⁸⁷ Ob. Cit, pág. 1.

¹⁸⁸ Ibid.

Para solucionar este problema, se deberá crear:

“La Comisión de Eficacia del programa especial de protección a empleadas de casa particular (PRECAPI).” : La Comisión de Eficacia del Programa especial de protección a empleadas de casa particular (PRECAPI) será presidida por la Primera Dama de la Nación, la señora Sandra Torres de Colom, representante de la Secretaría de Obras Sociales de la Esposa del Presidente (SOSEP), quien deberá actuar en coordinación con el Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social y la Inspección General de Trabajo para lograr los fines de examen, verificación y fiscalización del programa especial de PRECAPI.

La Comisión de Eficacia tendrá la obligación de llevar a cabo un Programa de promoción e impulsación del Programa especial de protección a empleadas de casa particular (PRECAPI) y para ello:

a. Fase de censo: La Comisión de Eficacia del Programa especial apoyada con el Instituto Nacional de Estadística, deberán llevar a cabo un trabajo de campo, orientado a realizar un censo actualizado del número de trabajadoras domésticas que se encuentran laborando en el departamento de Guatemala.

b. Fase de información y promoción del programa especial de protección a empleadas de casa particular (PRECAPI): A nivel del departamento de Guatemala, deberá divulgarse el Programa especial de PRECAPI, por medio de los diferentes medios de comunicación, especialmente por vía televisiva y radial, en donde deberán realizarse entrevistas en programas con sentido social, donde personal del Instituto Guatemalteco

de Seguridad Social junto con miembros de la Comisión de Eficacia, brindarán información clara a la audiencia sobre los beneficios del Programa Especial de Protección a Empleadas de Casa Particular, requisitos para la inscripción y derechos de las trabajadoras domésticas en materia de seguridad social.

Esta información podrá ser difundida a través de publicaciones periódicas en los periódicos y colocación de afiches en lugares públicos como las paradas del transurbano y del transmetro.

Adicionalmente, se entregarán volantes en los mercados municipales, supermercados y en los bancos del sistema nacional, con información acerca de campañas de inscripción en el Programa Especial, las cuales se llevarán a cabo en las distintas sedes del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social que se encuentran en el Departamento de Guatemala, esto con el objeto de que las trabajadoras domésticas tengan la facilidad de realizar su inscripción en la sede que más cerca se encuentre de su hogar o lugar de trabajo.

La Comisión de Eficacia del Programa especial de PRECAPI en coordinación con el Ministerio de Educación, desarrollará talleres informativos sobre los derechos en seguridad social que poseen las trabajadoras domésticas y éstos talleres se impartirán de manera gratuita y mensual dentro de las instalaciones del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social y en los distintos establecimientos de educación pública del departamento de Guatemala. Con ello, se logrará educar a la población guatemalteca, y en especial a los niños, niñas y adolescentes, sobre los derechos de seguridad social de las trabajadoras domésticas.

c. Fase de inscripción: El Instituto Guatemalteco de Seguridad Social (IGSS) deberá realizar la inscripción de las trabajadoras domésticas del departamento de Guatemala, en los registros de PRECAPI. Las inscripciones ordinarias se realizarán dos veces al año en las distintas sedes del Instituto y las inscripciones extraordinarias se realizarán en el edificio Central del referido. En esta fase, la labor de la Comisión de Eficacia se circunscribirá a establecer el número total de trabajadoras que se encuentran afiliadas al IGSS bajo el Programa especial de PRECAPI, mantener actualizado el patrón de afiliadas y a determinar los resultados alcanzados con estas jornadas ordinarias y extraordinarias de inscripción.

d. Fase de examen, verificación y fiscalización: Para el efecto, la Comisión de Eficacia junto con la Inspección General de Trabajo deberá programar “Ciclos de fiscalización de inscripciones”. Estos ciclos se dividirán en igual número de zonas con que cuenta el Departamento de Guatemala y su equivalente también en Municipios.

Ambas instituciones tendrán por objeto:

1. Desplegarse en los distintos puntos del departamento de Guatemala, ubicándose en supermercados, mercados e iglesias de las distintas denominaciones, con el objeto de encuestar a las trabajadoras domésticas de cada lugar sobre si ya realizó su inscripción en el Programa Especial de PRECAPI, invitando a aquellas trabajadoras que todavía no lo hayan hecho. Con ello, se determinará cuántas trabajadoras domésticas se encuentran pendientes de inscripción por región.

2. Recibir denuncias sobre los diversos problemas que han encontrado las trabajadoras domésticas para inscribirse en el Programa Especial de PRECAPI. Esto servirá para identificar cuáles son los obstáculos que impiden el cumplimiento de esta disposición legal.
3. Establecer cuántas trabajadoras domésticas conocen de sus derechos en materia de seguridad social y cuántas de ellas gozan de los beneficios y hacen uso de estos servicios que brinda el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social.
4. Identificar cuáles son los servicios del Instituto que más utilizan las trabajadoras domésticas y cuáles servicios les son indispensables recibir y no son cubiertos en la actualidad con el Programa.
5. Proponer reformas y adiciones al plan piloto del Programa especial de protección a empleadas de casa particular.
6. Promover la efectiva imposición de sanciones a los empleadores que infrinjan las disposiciones del Acuerdo 1,235 de la Junta Directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social.
7. Constituirse en una organización de apoyo, información y de consulta para las trabajadoras domésticas, en materia de seguridad social y en específico en lo relativo al funcionamiento del Programa especial de PRECAPI.

B. Legislar una mejor cobertura por parte del IGSS: El Programa especial de PRECAPI no se ha cumplido eficazmente, porque existen ciertas circunstancias que impiden su desarrollo y aplicación a cabalidad por no ser considerados ni regulados por el programa y el reglamento. Entre ellos se encuentran:

- La falta de fiscalización de su cumplimiento: La imposibilidad del ingreso de los Inspectores Generales de Trabajo a las viviendas de los empleadores, en los casos de denuncia de violación a los derechos de seguridad social de las trabajadoras domésticas, torna complicado e improbable la aplicación de las sanciones a que hace referencia el Artículo 65 del Acuerdo 1235 de la Junta Directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, Reglamento del programa especial de protección para las trabajadoras de casa particular (PRECAPI). Y esto a su vez, no permite que las autoridades laborales constaten la inscripción las trabajadoras domésticas en el programa, así como tampoco permite verificar que efectivamente estén utilizando los servicios.

El Artículo 24 de la Constitución Política de la República, estipula respecto a la Inviolabilidad de la vivienda, “La vivienda es inviolable. Nadie podrá penetrar en morada ajena sin permiso de quien la habita, salvo por orden escrita de juez competente...”

Puesto que el Artículo 278 del Código de Trabajo determina que “es la Inspección General de Trabajo la autoridad a quien le compete por medio de su cuerpo de inspectores y trabajadores sociales, velar porque patronos y trabajadores, cumplan y respeten las leyes, convenios colectivos y reglamentos que normen las condiciones de trabajo y previsión social en vigor o que se emitan en lo futuro”; y además, que el inciso

a) del Artículo 281 de la referida ley, estipula respecto a las obligaciones y facultades de los Inspectores de trabajo, la posibilidad de visitar los lugares de trabajo cualquiera que sea su naturaleza en distintas horas del día y aún de la noche, si el trabajo se ejecuta durante ésta, con el exclusivo objeto de velar por lo que expresa el Artículo precedente”, el Congreso de la República deberá legislar sobre la facultad de estas autoridades laborales para su ingreso a las viviendas de los empleadores, para atender la denuncia, sin necesidad de orden de juez competente, ampliando el inciso a) del referido Artículo.

- Cobertura a hijos de trabajadoras migrantes: Un alto porcentaje de las trabajadoras domésticas son migrantes, provienen de los demás departamentos de la República de Guatemala, y por esta circunstancia, sus hijos se encuentran en el pueblo del cual cada una de ellas es originaria y en estos lugares no hay cobertura en seguridad social para los niños.

Para poder tener acceso a los servicios y beneficios del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, las trabajadoras inscritas deben solicitar permiso a los empleadores para faltar al trabajo y emplear este tiempo en viajar hacia estos lugares para recoger a sus hijos y posteriormente llevarlos hasta las instalaciones del seguro social en el departamento de Guatemala, para ser atendidos por los médicos de aquí.

Es por ello, que muchas de las trabajadoras domésticas no acceden a solicitar los servicios, beneficios y prestaciones del seguro social, por no ajustarse a las necesidades de la familia de la trabajadora. Además, los permisos para ausentarse de las labores, son muy poco frecuentes dentro de este tipo de trabajo, muchos de los

empleadores se muestran inconformes con el hecho de otorgarlos, en todo caso, prefieren contratar a otra trabajadora doméstica que no tenga este compromiso familiar.

El Programa Especial de PRECAPI, debe extender la circunscripción territorial de cobertura de estos servicios, para el beneficio de la familia de las trabajadoras de casa particular, posibilitando el acceso a los mismos en lugar de restringirlos o imposibilitarlos. Ello contribuiría a que un número mayor de trabajadoras domésticas se inscriba en este programa especial.

- El programa especial genera desempleo para las trabajadoras: El desconocimiento o ignorancia de los patronos de empleadas de casa particular, hacen que despidan a sus trabajadoras porque no quieren tener una instancia que legitime la relación laboral con ella.

Muchas de las relaciones laborales con trabajadoras de este tipo, se llevan a cabo mediante acuerdos verbales entre las partes, casi nunca se celebra un contrato escrito con ellas, porque al empleador no le resulta conveniente que exista un documento que legitime la relación laboral, puesto que a consecuencia de ello, debe reconocer los derechos y prestaciones que le corresponden por ley a la trabajadora.

Con el hecho de inscribir a la empleada de casa particular en el programa especial de PRECAPI, el empleador se encuentra obligado a proporcionar sus datos de identificación personal y los de la trabajadora. Por esta razón muchos de los empleadores se niegan a inscribir a las trabajadoras en este programa, porque no quieren reconocer sus obligaciones con respecto a ellas, ni reconocer sus derechos

laborales. Ante la insistencia de las trabajadoras, los empleadores prefieren despedirlas y contratar a otra trabajadora doméstica que no le exija la inscripción en el programa ni el reconocimiento de derechos de seguridad social.

Otro factor que genera desempleo de las trabajadoras domésticas con relación a la inscripción en el Programa Especial de PRECAPI es el período de descanso pre y post natal. En estos casos, el reglamento establece la potestad de la parte empleadora de contratar a otra trabajadora interina para que cubra a la trabajadora durante este período.

La trabajadora doméstica corre el riesgo que al regresar a sus labores una vez finalizado el periodo de descanso, la empleadora se quede con la trabajadora contratada interinamente, por resultarle más conveniente al ser soltera y sin compromisos de familia. O bien, se da el caso que la trabajadora solo se presente a cubrir el periodo de lactancia materna de diez meses, y posteriormente son cancelados sus servicios, porque a la parte patronal le es inconveniente otorgar posteriores permisos a la trabajadora para llevar a su hijo o hija a control médico.

- Cobertura de seguridad social a trabajadoras domésticas por destajo: Actualmente, dentro de este grupo de trabajadoras existen aquellas que prestan sus servicios por determinadas tareas que realizan a la semana. No existe una relación permanente con el empleador, ni reciben un salario fijo mensual, y por ello, no se les puede inscribir en el Programa Especial de precapi. En la revisión del funcionamiento de este programa, debe considerarse el ampliar el grupo de trabajadores que

constituyen el gremio del trabajo doméstico, para los fines de incluir dentro del grupo a las trabajadoras por destajo.

Tanto esta como las anteriores circunstancias deben ser contempladas en el futuro, en el programa especial de PRECAPI, para lograr los fines para los cuales fue creado, el dotar a las trabajadoras domésticas de beneficios de seguridad social.

CONCLUSIONES

1. Que la escases de normas de derecho laboral que incluyen a las trabajadoras doméstica, contravienen a los derechos de las trabajadoras al momento de su aplicación, por no poder acudir ante un órgano jurisdiccional donde se les pueda reconocer una condición jurídica clara dentro de la legislación del trabajo.
2. La declaración de inconstitucionalidad total de los Artículos 164 y 165 inciso c) del Código de Trabajo vigente, deja un vacío legal en cuanto a la regulación de las limitaciones de la jornada laboral, del derecho a un día de descanso por cada semana de trabajo y el derecho a días de asueto con goce de salario, en el trabajo doméstico. Así como de la extinción del contrato de trabajo por causa de enfermedad.
3. Otras legislaciones laborales en América Latina incorporan dentro del concepto de trabajo doméstico, a todo trabajo realizado en la esfera del hogar, de jornada con o sin retiro, clasificando oficios de distinta naturaleza dentro de este régimen, como jardineros, choferes, amas de llave, mucamas, lavanderas y/o planchadoras, niñeras, cocineras.
4. Las trabajadoras domésticas son discriminadas, en cuanto las medidas de protección y de derechos en materia de seguridad social, no se aplican ni se hacen cumplir. Por falta de verificación de las condiciones en que se presta el trabajo por parte de las autoridades, hace que se irrespeten e incumpla los mismos.

5. El Programa especial de protección para trabajadoras de casa particular (PRECAPI) es un plan piloto con duración de un año, prorrogable, de cobertura especial en materia de seguridad social, con carácter progresivo y obligatorio para las trabajadoras domésticas del departamento de Guatemala.

RECOMENDACIONES

1. El Congreso de la República de Guatemala necesita sancionar las reformas necesarias a las leyes laborales y de previsión social vigentes, a fin de que les garanticen a las trabajadoras domésticas igual protección de la ley, evitando con ello toda forma de explotación, discriminación y abusos por parte de los empleadores.
2. El Estado de Guatemala promoverá que el Congreso de la República promulgue las disposiciones legales que cubran los vacíos que han dejado las declaratorias de inconstitucionalidad, a fin de dar certeza jurídica a las relaciones laborales, en cuanto a su jornada de trabajo, descansos, asuetos con goce de salario y extinción del contrato de trabajo por enfermedad.
3. Se requiere que el Congreso de la República reforme la definición de trabajador doméstico, incluyendo dentro de este rubro a las trabajadoras a destajo, jardineros, choferes, amas de llave, mucamas, lavanderas y/o planchadoras, niñeras, cocineras y sus ayudantes.
4. Las autoridades de trabajo deberán promover la investigación activa de toda denuncia de violación de los derechos de las trabajadoras domésticas y deben adoptar las medidas administrativas y jurídicas necesarias para fortalecer la capacidad de hacer cumplir las leyes por parte de las autoridades responsables de la inspección laboral.

5. El plan piloto del programa especial de protección para trabajadoras de casa particular (PRECAPI), debe ampliar el rango de las prestaciones y servicios que cubre el IGSS, incluyendo el acceso al programa de pensiones por invalidez, vejez y sobrevivencia y enfermedad común. Además de incluir como beneficiarias, a las trabajadoras domésticas a destajo y demás trabajadores domésticos.

BIBLIOGRAFÍA

ALVAREZ DE LEÓN DE RAMOS, Lisbeth Violeta. **Inobservancia del Artículo Ciento Cincuenta del Código de Trabajo en el Trabajo Doméstico de Niñas Menores de Trece Años**, Tesis. Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, Guatemala, 2007.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Editorial Heliasta. <http://derechoguatemala.blogspot.com>. Pág. 110. Año 2010.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**, Tomo III, 26a. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, 1998.

CARDONA GUTIÉRREZ, Claudia María. **Descripción de las Condiciones Laborales del Trabajador Doméstico en la Ciudad de Quetzaltenango**, Tesis. Universidad Rafael Landívar. Pág. 29. Año 2,007.

DE BUEN LOZANO, Nestor y Emilio Morgado Valenzuela. **Instituciones del derecho del trabajo y de la seguridad social**, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G, Estudios Doctrinales, Núm. 188. 1a. ed., México, Distrito Federal: (s.E.), 1997.

DE DIEGO, Julián Arturo. **Manual de derecho de trabajo y de la seguridad social**, 5a. ed.; actualizada; Buenos Aires, Argentina: (s.E.), 2002.

Diario de Centro América. <http://www.congreso.gob.gt/archivos/acuerdos/2006/gtscx549-2006.pdf>. Lunes 27 de Marzo de 2,006.

Dirección General Adjunta de Estudios, Legislación y Políticas Públicas. **El trato social hacia las mujeres indígenas que ejercen trabajo doméstico en zonas urbanas**, Documento de Trabajo Núm. E-08-2008; Distrito Federal, México: (s.E.), 2009.

DOMÍNGUEZ MOTA, Sergio C. **Antología del derecho del trabajo**, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo. <http://www.themis.umich.mx/~mgrafig/teresadc+and+Settings%255CPropietario>

%255CMis+documentos%255CAcademiasmateriales%255CTrabajoI%255CANT
OLOGIADT1.pdf Pág. 27.

Enciclopedia Ilustrada Cumbre, 19a. ed.; 13t.; Estados Unidos de América: Ed. Cumbre, S.A.,1978.

FERNÁNDEZ MOLINA, Luis. **Derecho laboral guatemalteco**, 1a. ed.; Guatemala, Guatemala: Ed. Oscar de León Palacios,.1996.

GUERRA MAZARIEGOS, Marlon Edin. **Derecho de las Trabajadoras del Servicio Doméstico a ganar el Salario Mínimo**, Tesis. Universidad de San Carlos de Guatemala. Pág. 80.Año 2,008.

Historia de la seguridad social en Guatemala.
http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/lat/bobadilla_o_rc/capitulo2.pdf
Pág. 3. Año 2010.

Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, Boletín informativo.
http://igssgt.org/prensa/boletines_septiembre/inicia_PRECAPI.pdf.Año 2009.

Instituto Guatemalteco de Seguridad Social. Boletín informativo,
http://www.igssgt.org/prensa/boletines%20octubre/PRECAPI_igss_extiende_horario..pdf. Año 2009.

LÓPEZ CAMEY DE LA ROSA, Ana Lucrecia. **El Trabajo Doméstico en Guatemala**, Tesis. Universidad de San Carlos de Guatemala. Págs. 7 y 8. Año 1,979.

Matta Consuegra, Daniel. <http://derechoguatemala.blogspot.com/search/label/Laboral>. Año 2010.

Méndez Cegarra, Absalón. **El derecho a la seguridad social en la constitución de la República Bolivariana de Venezuela.**
<http://www.eumed.net/libros/2006a/amc/index.htm>.Año 2006.

Observaciones finales del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer (CEDAW). <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/5358.pdf>. Pág. 4. Año 2002.

Oficina Internacional del Trabajo. **Trabajo decente para los trabajadores domésticos**, Conferencia Internacional del Trabajo 99, Informe IV, 1a. ed.; Ginebra, Suiza: (s.E.), 2009, págs.152.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales**, 1a. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 1981.

Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=trabajo (21 de Agosto de 2010).

Trejo García, Elma del Carmen. **Estudio jurídico internacional y de derecho comparado sobre seguridad social**. <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/spe/SPE-ISS-05-07.pdf>. Pág. 2. Año 2007.

VALENZUELA, María Elena y Claudia Mora. **Trabajo doméstico: un largo camino hacia el trabajo decente**, Organización Internacional del Trabajo, 1a. ed.; Santiago de Chile, Chile: (s.E.), 2009, pág. 304.

VALIENTE, Hugo. **Regímenes jurídicos sobre trabajo doméstico remunerado en los estado de MERCOSUR**, 1a. ed.,; ampliada y revisada; Montevideo, Uruguay: (s.E.), 2010.

VAZQUEZ VIALARD, Antonio. **Derecho del trabajo y de la seguridad social**, 1t.; 8a. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea, 1999.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1985.

Declaración Universal de Derechos Humanos. Asamblea General de las Naciones Unidas, 10 de Diciembre de 1948.

Código de Trabajo. Decreto Número 1,441 del Congreso de la República de Guatemala, 1944.

Ley Orgánica del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, Decreto Número 295 del Congreso de la República de Guatemala, 1946.

Convenio Número 103 sobre la protección de la maternidad, 1,952. Organización Internacional de Trabajo (OIT), 16 de Marzo 1989.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Asamblea General de las Naciones Unidas, 3 de Enero de 1976.

Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre. Estados Americanos signatarios, 18 de Julio de 1978.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW). Asamblea General de las Naciones Unidas, 3 de septiembre de 1981.

Reglamento del Programa Especial de protección para trabajadoras de casa particular (PRECAPI), Acuerdo Número 1,235 de la Junta Directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, 2009.