

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



**LA NECESIDAD DE RATIFICAR EN GUATEMALA EL CONVENIO
183 DE LA O.I.T. PARA PROTEGER LA MATERNIDAD Y LA INCORPORACIÓN
AL CÓDIGO DE TRABAJO UN CONTRATO ESPECIAL PARA LA MUJER
EMBARAZADA EN BUSCA DE EMPLEO**

BLANCA ESTELA CABRERA MOLINA

GUATEMALA, AGOSTO DE 2012

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

**LA NECESIDAD DE RATIFICAR EN GUATEMALA EL CONVENIO
183 DE LA O.I.T. PARA PROTEGER LA MATERNIDAD Y LA INCORPORACIÓN
AL CÓDIGO DE TRABAJO UN CONTRATO ESPECIAL PARA LA MUJER
EMBARAZADA EN BUSCA DE EMPLEO**

TESIS

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

BLANCA ESTELA CABRERA MOLINA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, agosto de 2012

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

DECANO: Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL II: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Modesto José Eduardo Salazar Dieguez
VOCAL V: Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIA: Licda. Rosario Gil Pérez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ EL EXAMEN
TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Armando Dagoberto Palacios Urizar
Vocal: Licda. Dora Raneé Cruz Navas
Secretario: Lic. Juan Ramón Peña Rivera

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Ronan Arnoldo Roca Menéndez
Vocal: Lic. José Luis Franco López
Secretario: Lic. Jorge Mario Yupe Cárcamo

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 Público).

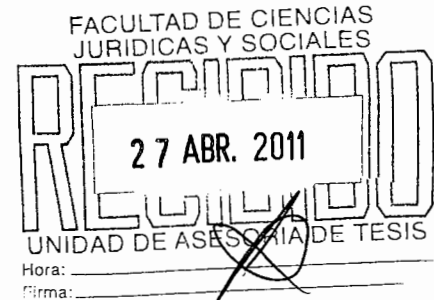


**LIC. WILLIAM WALTER MONROY LUCERO
ABOGADO Y NOTARIO**

6 avenida 3-11 zona 4 Tercer Nivel
Tel. 24112411 ext. 3003 - 40134444

Guatemala 25 de abril de 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 licenciado:

En atención a la providencia de esa unidad de fecha 23 de marzo del año 2011, en el cual se me nombra **ASESOR** de Tesis de la Bachiller **BLANCA ESTELA CABRERA MOLINA**, quien se identifica con el número de Carné 2002-19408. Se le brindó la asesoría de su trabajo de tesis intitulada **“LA NECESIDAD DE RATIFICAR EN GUATEMALA EL CONVENIO 183 DE LA O.I.T. PARA PROTEGER LA MATERNIDAD Y LA INCORPORACIÓN AL CÓDIGO DE TRABAJO UN CONTRATO ESPECIAL PARA LA MUJER EMBARAZADA EN BUSCA DE EMPLEO.”**; en su oportunidad sugerí algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción que consideré que en su momento serán necesarias para mejor comprensión del tema que se desarrolla.

La estudiante realizó un análisis documental y jurídico en materia, laboral penal. En el lapso de la asesoría, así como en el desarrollo del trabajo de tesis, la estudiante manifestó sus capacidades en investigación, utilizando técnicas y métodos deductivo e inductivo, analítico, sintético y la utilización de las técnicas de investigación bibliográfica y documental que comprueba que se realizó la recolección de bibliografía acorde al tema.

La contribución científica oscila en la recolección de información de diferentes leyes comparadas, que será legalmente hablando de gran apoyo a todas las personas que



decidan proponer iniciativas de ley; abarcó las instituciones jurídicas relacionadas a los temas desarrollados, definiciones y doctrinas, así como el marco legal de la materia, el cual puede servir de base para otros trabajos de investigación en la rama del derecho y así cumplir con un aporte al derecho por su estudio analítico.

El estudiante aceptó las sugerencias realizadas durante la elaboración de la tesis, y aportó al trabajo sus propias opiniones y criterios, los cuales lo enriquecen, sin embargo pueden ser no compartidos y sujetos a polémica, pero en cualquier caso, se encuentran fundamentados, puesto que son planteamientos serios y ordenados que demuestran un buen manejo de criterio jurídico sobre la materia. Con respecto a las conclusiones y recomendaciones mi opinión es que son acordes al tema investigado y la utilización de la técnica de investigación bibliografía que comprueba que se hizo la recolección de bibliografía actualizada.

Por lo expuesto **OPINO** que el trabajo del bachiller anteriormente mencionado, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con la normativa respectiva, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, las conclusiones, recomendaciones y bibliografía utilizada, son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación, por lo que al haberse cumplido con los requisitos mínimos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, resulta procedente emitir el **DICTAMEN FAVORABLE**, aprobando el trabajo asesorado.

Con muestra de mi consideración y estima, me suscribo, como atento y seguro servidor.

LIC. WILLIAM WALTER MONROY LUCERO
ABOGADO Y NOTARIO
Col. 8,113.

LIC. WILLIAM WALTER MONROY LUCERO
ABOGADO Y NOTARIO



**UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, veintisiete de abril de dos mil once.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A): **CARLOS HUMBERTO GIRÓN MÉNDEZ**, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante: **BLANCA ESTELA CABRERA MOLINA**, Intitulado: **“LA NECESIDAD DE RATIFICAR EN GUATEMALA EL CONVENIO 183 DE LA O.I.T. PARA PROTEGER LA MATERNIDAD Y LA INCORPORACIÓN AL CÓDIGO DE TRABAJO UN CONTRATO ESPECIAL PARA LA MUJER EMBARAZADA EN BUSCA DE EMPLEO”**.

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 las 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 estime pertinentes”.




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

cc.Unidad de Tesis
CMCM/ brsp.

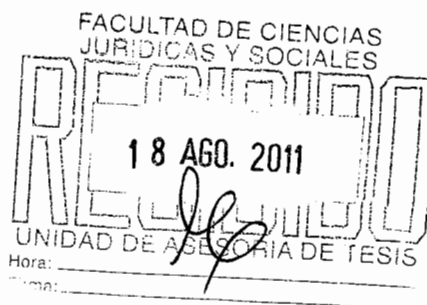


LIC. CARLOS HUMBERTO GIRÓN MÉNDEZ.
ABOGADO Y NOTARIO
Col. 2,305
6ª. CALLE 10-23 ZONA 11 GUATEMALA
TELÉFONO. 24717651 - 40116475

Guatemala, mayo 25 de 2011

Licenciado

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



Respetable Licenciado:

De conformidad con el nombramiento emitido por esa jefatura con fecha diez de noviembre de dos mil ocho, en el que se dispone nombrar al suscrito como Revisor del trabajo de tesis intitulado **“LA NECESIDAD DE RATIFICAR EN GUATEMALA EL CONVENIO 183 DE LA O.I.T. PARA PROTEGER LA MATERNIDAD Y LA INCORPORACIÓN AL CÓDIGO DE TRABAJO UN CONTRATO ESPECIAL PARA LA MUJER EMBARAZADA EN BUSCA DE EMPLEO.”** de la bachiller **BLANCA ESTELA CABRERA MOLINA**, y para lo cual informo:

Realice la Revisión de la investigación y en su oportunidad sugerí algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción; que consideré que en su momento serán necesarias para mejor comprensión del tema que se desarrolla.

La estructura formal de la tesis fue realizada en una secuencia adecuada para un buen entendimiento de la misma, así como la utilización de los métodos deductivo e inductivo, analítico, sintético y la utilización de la técnica de investigación bibliográfica



Las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas en forma clara y sencilla para esclarecer el fondo de la tesis en congruencia con el tema investigado. En tal sentido el contenido del trabajo de tesis me parece muy interesante y en medida de espacio, conocimiento e investigación, ha estado apegado a las pretensiones del sustentante ya que el material es considerablemente actualizado.

En definitiva, el contenido del trabajo de tesis, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con la normativa respectiva, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, las conclusiones y recomendaciones, bibliografía utilizadas, son congruentes con los temas desarrollados dentro de la investigación, cumpliendo así con los requisitos establecidos de forma y de fondo que exige el artículo 32 del Normativo para la Elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y Examen General Público, resulta procedente dar el presente **DICTAMEN FAVORABLE**, aprobando el trabajo de tesis Revisado, para que continúe su trámite.

LIC. CARLOS HUMBERTO GIRÓN MÉNDEZ.
ABOGADO Y NOTARIO
Col. 2,305

Lic. CARLOS HUMBERTO GIRÓN MÉNDEZ
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, veintiséis de enero del año dos mil doce.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante BLANCA ESTELA CABRERA MOLINA, Titulado LA NECESIDAD DE RATIFICAR EN GUATEMALA EL CONVENIO 183 DE LA O.I.T. PARA PROTEGER LA MATERNIDAD Y LA INCORPORACIÓN AL CÓDIGO DE TRABAJO UN CONTRATO ESPECIAL PARA LA MUJER EMBARAZADA EN BUSCA DE EMPLEO. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh.





DEDICATORIA

- A DIOS:** Por iluminar cada momento de mi vida, darme sabiduría y paciencia para llegar a alcanzar esta meta.
- A MI MADRE:** Aura Leticia Cabrera Molina, por ser mi ejemplo de lucha y de humildad y poner a un lado sus intereses para apoyarme en mi carrera.
- A MI ESPOSO:** Walter Vinicio Motta Baldizón, por su apoyo incondicional, comprensión y por enseñarme que si se pueden alcanzar las metas deseadas.
- A MI HIJA:** María Andrea Motta Cabrera, por ser la luz y el motor de mi vida, para que este logro y los que están por venir le sirvan de ejemplo.
- A MI FAMILIA:** Por estar en cada momento de mi vida y contribuir a mi formación, tanto académica como personal.
- A MIS AMIGOS:** Muy especialmente a Héctor García, Samantha de las Barreras, Jacqueline Cristal, Rudy, Jenny Velásquez, Esvin Camey y Gloria Fuentes, por ser mis amigos incondicionales.
- A MIS PADRINOS:** Ingeniero: Walter Vinicio Motta Baldizón y a los licenciados: Manolo Camey, Sulma Arriaga, Nancy Artola y Silvia García.
- Y, ESPECIALMENTE:** A la gloriosa y tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, y a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, me ha formado profesionalmente y me ha enseñado que la profesión se debe ejercer con honradez, ética y con el objeto de retribuirle a la sociedad todo lo que ha invertido en mí.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. El derecho a la maternidad.....	1
1.1. Lineamiento general.....	1
1.2. Referencia histórica.....	11
1.3. Elementos.....	16
1.4. Definición.....	20
1.5. Naturaleza jurídica.....	21
1.6. Características.....	21
1.7. Fines.....	24
1.7.1. Proteger la salud de la mujer trabajadora.....	24
1.7.2. Proteger la familia de la mujer trabajadora.....	24
1.7.3. Protección a los hijos de la mujer trabajadora.....	25
1.7.4. Proteger la sociedad, por ser la mujer parte de la misma.....	26
1.8. La mujer trabajadora en la actualidad.....	26
1.9. La maternidad desde el punto de vista médico jurídico.....	29
1.9.1. Ventajas de la lactancia natural.....	32
1.9.2. Propiedades y valor de la leche materna.....	33
1.9.3. Cómo se produce la leche materna.....	36
1.9.4. Tendencias de alimentación de los recién nacidos.....	38
1.9.5. Lactancia y legislación laboral.....	41

CAPÍTULO II

2. Contenido del derecho de maternidad.....	45
2.1. Derecho pre-natal.....	46
2.2. Derecho post-natal.....	48
2.3. Derecho de lactancia.....	49
2.4. Prohibición de despido.....	50
2.5. Salas cuna y guarderías infantiles.....	52



	Pág.
2.5.1. Formas de cumplir.....	54
2.6. Inamovilidad.....	57
2.7. Estado de gravidez o embarazo.....	58
2.8. Estabilidad relativa.....	59
2.8.1. Puede ser motivo de despido.....	63
2.8.2. Indemnización o reinstalación.....	67

CAPÍTULO III

3. Leyes que protegen el derecho a la maternidad por parte de las mujeres trabajadoras.....	73
3.1. Artículos 101 y 106 de la Constitución Política de la República de Guatemala.....	73
3.2. Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	75
3.3. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.....	77
3.4. Convenio 103 de la Organización Internacional del Trabajo.....	77
3.5. Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales.....	78
3.6. Convención sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación Contra la Mujer.....	79
3.7. Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo.....	80
3.8. El Código de Trabajo de Guatemala y normas que regulan y protegen a la mujer embarazada.....	81
3.9. Cómo beneficia a la mujer trabajadora embarazada la ratificación y aplicación del Convenio 183 en la República de Guatemala.....	91
3.10. Avances.....	93

CAPÍTULO IV

4. El Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo.....	97
4.1. La mujer trabajadora.....	109
4.2. Empresas obligadas.....	110
4.3. Derechos que otorga.....	111

	Pág.
4.3.1. Derecho a la salud	111
4.3.2. Derecho a la maternidad	112
4.3.3. Derecho medico o en caso de enfermedad o complicaciones	113
4.4. Prestaciones otorgadas	114
4.4.1. Protección al empleo	114
4.4.2. No discriminación	115
4.4.3. Examen de maternidad	115
4.4.4. Madres lactantes	116
4.4.5. Prestación médica	116
4.4.6. Prestaciones pecuniarias	117
4.4.7. Mercado de trabajo	118
4.5. Regulación del trabajo realizado por mujeres embarazadas en el derecho laboral guatemalteco	119
4.6. Principio de tutelaridad aplicado a los derechos de las mujeres embarazadas	124
4.7. Principio de obligatoriedad aplicado a los derechos de las mujeres embarazadas	129
4.8. Principio de garantías mínimas aplicado a los derechos de las mujeres mujeres embarazadas	130
4.9. Irrenunciabilidad de las garantías mínimas del derecho de trabajo especialmente de las mujeres embarazadas	131
4.10. Protección a la mujer trabajadora	133
4.11. Derecho de inamovilidad	136
4.12. Excepciones que pueden ocurrir	138
4.13. Formas en que se acepta el convenio	139
4.14. Informes a que obliga el convenio	139
CONCLUSIONES	141
RECOMENDACIONES	143
BIBLIOGRAFÍA	145

INTRODUCCIÓN

A las mujeres se les caracteriza por el trabajo reproductivo; la procreación y reproducción de la especie humana que hace posible la transformación de las sociedades, las cosas y el universo. Este trabajo es considerado como parte de la naturaleza humana de las mujeres y no se le adjudica ningún valor que se traduzca en dinero, en poder, en derechos. Se les limita a lo privado, al hogar, a la casa, a los hijos, a la familia. La desigualdad de valoración de esta división de roles y funciones la podemos comprobar en la cotidianeidad del mundo del trabajo asalariado. Los hombres, en su conjunto, perciben una mejor retribución que las mujeres, en cualquier tipo de trabajo; gozan de mejores oportunidades de empleo y de preparación o capacitación profesional y no tienen más limitaciones que las propias para enfrentar el cada día más competitivo mundo del trabajo. Las mujeres en cambio cargan con años y años de marginación y con la responsabilidad, exclusiva en la mayoría de casos, del mantenimiento y cuidado de la familia.

Las sociedades, las culturas y los seres humanos han evolucionado y hoy se ve cómo gobiernos, instituciones, organizaciones, hombres y mujeres se preocupan y luchan porque la igualdad deje de ser un principio abstracto y se concrete en acciones que lleven a lograr la equidad entre los géneros. Dentro del derecho laboral y, específicamente en Guatemala, se ha desarrollado más a nivel internacional con los convenios internacionales de la Organización Internacional del Trabajo, el derecho de maternidad, que regula los derechos de la mujer trabajadora, en virtud de que en el Código Laboral es mínima la regulación que la misma hace del derecho de maternidad, ubicándolo dentro de los denominados trabajos especiales.

El objetivo general de la investigación fue: establecer la necesidad de que el Estado de Guatemala debe proteger el derecho prenatal y postnatal concebidos con mejor regulación dentro del Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo, porque amplía los plazos establecidos dentro del ordenamiento jurídico para esos derechos, por lo que viene a constituir un desarrollo del derecho de maternidad, a través de las instituciones laborales encargadas de cumplir con las leyes laborales y los específicos fueron: analizar las razones por las que existe marcada discriminación hacia



las trabajadoras que son madres y la misma es mayor, cuando el patrono se entera del estado de gestación de sus empleadas; establecer que la Organización Internacional del Trabajo dentro del Convenio 183 protege los derechos de las trabajadoras embarazadas, considera ilegal la decisión de todo patrono de despedir a sus empleadas al enterarse de su estado de gestación; dar a conocer que la mayoría de trabajadoras embarazadas por desconocimiento de sus derechos y en algunos casos, sabedoras de que al reclamar dichos derechos puede durar varios meses o incluso años; como compensación a la presentación de su renuncia de trabajo, aceptan una suma mínima, la cual muchas veces se otorga en forma fraccionada.

Se comprobó la hipótesis, consistente en que con la ratificación del Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo se podrán mejorar las condiciones laborales de la mujer trabajadora embarazada; por lo que, partiendo de la misma, la mujer ha ido involucrándose en la actividad laboral, por ello debe ser objeto de una mejor protección dentro de la maternidad, que incluye los denominados períodos prenatal, postnatal, lactancia, derecho a sala cuna y guarderías infantiles, los cuales mínimamente regula el Código de Trabajo, y los convenios que han sido ratificados no han sido puestos en práctica y, como consecuencia, son vigentes pero no positivos; ya que no encuentra dentro del derecho laboral la aplicabilidad al sector a quien va dirigido el convenio referido. Para el desarrollo del trabajo se utilizaron los siguientes métodos de investigación: analítico, sintético, inductivo, deductivo y las técnicas de investigación empleados fueron la documental y la científica jurídica.

Esta tesis está contenida en cuatro capítulos, de los cuales el primero tiene como propósito el estudio del derecho a la maternidad, la maternidad desde el punto de vista médico jurídico; el segundo, trata el contenido del derecho de maternidad, derecho prenatal y post-natal, prohibición de despido; el tercero, busca establecer las leyes que protegen el derecho a la maternidad por parte de las mujeres trabajadoras, el Código de Trabajo y normas que regulan y protegen a la mujer embarazada y, el cuarto capítulo, está dirigido a describir el Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo, la mujer trabajadora, derecho a la maternidad, madres lactantes, regulación del trabajo realizado por mujeres embarazadas en el derecho laboral guatemalteco, derecho de inamovilidad.



CAPÍTULO I

1. El derecho a la maternidad

1.1. Lineamiento general

Dentro del derecho laboral y específicamente en Guatemala, se ha desarrollado más a nivel internacional con los convenios internacionales de la organización internacional del trabajo, el derecho de maternidad, que regula los derechos de la mujer trabajadora, en virtud de que en el código laboral es mínima la regulación que la misma hace del derecho de maternidad, ubicándolo dentro de los denominados trabajos especiales.

Dada la circunstancia, es que como punto de partida para el presente análisis, objeto de estudio del derecho a la maternidad, se inicia diciendo que es un derecho humano reconocido por la ley, que por sí mismo es inherente a la persona de sexo femenino como tal, ya que desde el momento en que la mujer va a concebir una vida, naturalmente existe una serie de actos y hechos que son propios a dicha circunstancia, que fue incorporándose gradualmente a las legislaciones, en particular la que se estudia, como lo es la de Guatemala, y como consecuencia de ello se ha regulado en los diversos códigos que en Guatemala han estado vigentes en los cuales se ha dado una regulación que ha ido progresando.

Lo que ha dado impulso al presente estudio, son los convenios internacionales que han sido aprobados en la Organización Internacional de Trabajo, y de los cuales Guatemala ha ido ratificando conforme el transcurso del tiempo, pero en la actualidad para dar una protección integral y que no deje lugar a vulnerar los derechos humanos como el de una nueva vida que está por nacer se hace imperiosa la necesidad de que el Estado de



Guatemala, ratifique el convenio 183 de la Organización Internacional de Trabajo y con ello garantizar a la mujer trabajadora un mejor marco legal regulatorio con una eficiente protección revestida de los adelantos que como ciencia social se han venido dando dentro del derecho, ya que como ciencia no es estática ante este derecho sino que las mismas circunstancias y condiciones sociales han ido desarrollando el mismo.

De esa cuenta se hace una referencia sobre el punto de vista de varios autores que tratan el tema en cuanto a las circunstancias generales que sirven de mérito para llegar a la finalidad de descubrir, que es necesaria la aprobación de dicho convenio.

Cabanellas de Torres Guillermo, expone que “la maternidad eventual próxima actual o reciente es objeto de medidas protectoras para la obrera o empleada madre y para su hijo o hijos nacidos o de alumbramiento esperado (o sea al ser que está por nacer), La protección de la legislación moderna se concreta desde el Convenio 3 de la conferencia internacional del trabajo reunida en 1919 en Washington se declara en ella que la palabra mujer, significa en el texto, toda persona de sexo femenino cualesquiera sea su edad y nacionalidad, casada o no y por niño se designa a todo hijo legítimo o no.”¹

Cuatro aspectos se consideraron en el convenio:

1. Licencias antes y después del parto: Requieren la presentación por la obrera de un certificado médico acreditativo del embarazo y donde se declare la fecha probable del parto tal licencia debe ser de seis semanas antes del alumbramiento y otras seis después del parto con la diferencia de que el descanso previo es facultativo, mientras el posterior a la maternidad es obligatorio.

¹ Cabanellas de Torres, Guillermo. **Compendio de derecho laboral**. Pág. 25.

Como se puede ver, este convenio que data desde principios del siglo veinte, uno de sus objetivos es garantizar a la mujer trabajadora derechos que son inherentes a ella como son los derechos humanos, que ya empezaban a ser protegidos, con lo cual el derecho laboral a nivel mundial inicia una serie de cambios que viene a modificar el panorama laboral y que hasta cierto punto venía a poner en los patronos circunstancias que nunca podían pensar ellos que un día se legislaría, toda vez que en la actualidad dicho derecho concedido a toda mujer trabajadora.

Es de utilidad por ser un derecho que se traslada a la sociedad, y como consecuencia de ello repercute en un gran apoyo al desarrollo de las sociedades, ya que el no proteger este derecho dejaría en una desventaja grande a la mujer trabajadora frente a los retos que significa, en primer lugar, el dar una nueva vida y luego el darle los cuidados necesarios para su desarrollo.

Garantía del empleo: Por cuanto la obrera o empleada no puede ser despedida durante su ausencia, por razón del parto, ni en fecha en que el preaviso caduque durante su ausencia legal (las seis semanas anteriores y las seis semanas posteriores), más un lapso prudencial por enfermedad derivada del embarazo o resultante del parto, esta parte especial del derecho de maternidad, viene a constituir lo que actualmente se denomina prohibición de despido, y que como podemos observar tiene una protección que con el transcurrir del tiempo se ha robustecido y el tiempo mediante el cual se ha ido prolongando y por el cual, la mujer dentro de los periodos que constituyen el derecho de maternidad no puede ser despedida.

Servicio de maternidad: Consiste en el derecho a una prestación en especie y a una indemnización. El importe de ésta se fija por la autoridad de cada país, ya con cargo al

tesoro público o según un sistema de seguro, además, la mujer tiene derecho a la asistencia gratuita de un médico, o de una comadrona o partera.

Este punto aún cuando por el tiempo de desarrollo que tenía el derecho laboral, que era mínimo, se observa que contiene un inicio de lo que actualmente viene a ser las prestaciones pecuniarias que la mujer trabajadora, que se encuentra en el periodo de maternidad debe recibir, y el cual en la actualidad cada vez se viene regulando a efecto de que pueda tener una regulación específica que proporcione a la mujer trabajadora una mejor protección.

Facilidades durante la lactancia: Como el derecho a dos reposos, de media hora cada vez y cada día, para poder alimentar al hijo. Este derecho se ha mantenido durante el transcurrir del derecho laboral, como se puede observar en la actualidad se mantiene el derecho a dos medias horas, únicamente que se regula como una facilidad, pero que es una obligación para el patrono y que debe ser retribuida o sea tomada en cuenta como parte de la jornada de trabajo para poder alimentar a su hijo.

De la Cueva Mario, doctrinario laboral expresa que "la importancia de las disposiciones que dan protección a las madres en el derecho Mexicano es doble, pues por una parte conceden un descanso a la mujer con goce de salario y por la otra le conservan el empleo."² Aparte de las deficiencias que se han señalado, no garantizó la ley de asistencia médica indispensable.

Ahora bien es indudable que la ley del seguro social imparte a las madres trabajadoras una protección más completa que la ley federal del trabajo, se encuentra, no obstante, bastante lejos de la convención de Washington. Y todavía, hay que preguntarse si el

² De la Cueva, Mario. **El nuevo derecho mexicano del trabajo**. Pág. 13.



mejoramiento que se observa en la ley del seguro, no es pagado por las trabajadoras y el Estado, nótese que las nuevas prestaciones son un porcentaje sobre el salario durante treinta cuatro días anteriores al parto y durante doce días posteriores y ayuda para la alimentación del niño, a cambio de esta ayuda, las trabajadoras y el Estado pagan el cincuenta por ciento de las primas del seguro.

Montoya Melgar Alfredo, en cuanto a la protección del derecho a la maternidad indica que “como clave en la vida social y preservadora de la estirpe la mujer se beneficia con un régimen de trabajo tutelar que no solo preserve su integridad y desarrollo material e intelectual sino la maternidad por encima de todo. El sistema se encuentra orientado desde el punto de vista laboral al igualar su calidad profesional frente a los hombres trabajadores disfrutando de idénticos derechos y condiciones generales de trabajo.”³

Al reconocer este derecho, los legisladores han reglamentado el trabajo femenino de manera que las diferencias fisiológicas con el hombre sean tomadas en cuenta, sin desatender por ello, el principio de igualdad de trato y trabajo. Al respecto, el tratadista Montoya Melgar, menciona que “las mujeres disfrutan de los mismos derechos y a la vez cuentan con las mismas obligaciones laborales que los hombres, ajeno a los retos del eficientismo, la productividad es progreso y la calidad total, el espíritu del ordenamiento laboral vigente alimenta como propósito esencial la protección integral de la maternidad.”⁴

Martínez Vivot Julio J., en cuanto a la protección de la maternidad en la seguridad social comenta “el real Decreto 1251/2001, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la seguridad social por maternidad y riesgo durante el embarazo en

³ Montoya Melgar, Alfredo. **Derecho del trabajo**. Pág. 119.

⁴ **Ibíd.**

España. La protección de la maternidad, en cuanto a protección específica y diferenciada de la correspondiente a la incapacidad temporal, es una cuestión de incorporación reciente al ordenamiento de la seguridad social y ello, a pesar de que la maternidad se constituye como una de las primeras contingencias objeto de cobertura por los mecanismos de protección social.”⁵

La consideración de la maternidad como contingencia propia, instaurada en la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, viene experimentando profundas transformaciones en los últimos ejercicios, como consecuencia, entre otros motivos, de la transposición de diferentes disposiciones comunitarias.

En este sentido, la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, supuso, entre otros extremos, una mejora sustancial de la protección dispensada por la seguridad social, ya que, al tiempo que se ampliaba la cobertura en los casos de maternidad, adopción y acogimiento, se establecía una nueva prestación para los supuestos de riesgo durante el embarazo.

Continúa manifestando Martínez Vivot, que “a partir del triunfo de la Revolución en enero de 1959 y con la creación de una sociedad socialista, para el Estado cubano ha constituido responsabilidad y objetivo primordial, la búsqueda incesante de formas encaminadas a dar el merecido reconocimiento y protección de los derechos a la madre y a su descendencia, dispensando una amplia atención a la salud y a la seguridad social, lo que se expresa jurídicamente en la Ley No. 1263 de la maternidad de la trabajadora.”⁶

⁵ Martínez Vivot, Julio J. **Elementos del derecho del trabajo y de la seguridad social.** Pág. 84.

⁶ **Ibíd.** Pág. 113.



Dictada en fecha tan temprana como el 14 de enero de 1974, la mencionada Ley contiene incuestionables avances como las licencias retribuidas para la atención médica y estomatológica de las gestantes; el receso laboral obligatorio a las treinta y cuatro semanas de gestación; la licencia retribuida de dieciocho semanas, de las cuales doce son posteriores al parto; y licencias retribuidas y no retribuidas para la atención del menor de edad.

Las experiencias adquiridas y los estudios que se realizan referidos a la maternidad, la paternidad y el cuidado de los hijos e hijas, aconsejan introducir algunas modificaciones y adiciones a la legislación vigente para extender estos derechos y que sean objeto de una amplia protección, acorde con los principios de nuestra sociedad socialista y con los actuales criterios científicos, indica la referida ley.

La Ley No. 1289 de 1975, Código de Familia de Cuba, asimismo establece la responsabilidad compartida entre la madre y el padre de atender, cuidar, proteger, educar y asistir; dar profundo afecto y preparar para la vida a sus hijos e hijas, constituyendo un derecho y un deber de ambos y dispone el concepto de adopción plena, mediante el cual se crea un vínculo de parentesco entre la madre y el padre adoptivos y sus hijos e hijas igual al de sus consanguíneos, derivándose de éste los mismos derechos y obligaciones.

El autor González Charry Guillermo expone: “La familia como célula fundamental de la sociedad, es un ámbito de gran importancia en el desarrollo integral de la descendencia, donde no sólo desempeñan un papel relevante las relaciones paterno filiales, sino también las de parentesco en general, por lo que desde esa concepción, resulta conveniente propiciar una integración mayor de sus miembros, para el apoyo

que puedan necesitar la madre y el padre trabajadores en la atención y cuidado de sus hijos e hijas menores de edad.”⁷

Por ello, a las mujeres se les sitúa en una difícil disyuntiva: o el abandono de las expectativas profesionales o el abandono de sus responsabilidades familiares. Las consecuencias de esta encrucijada resultan evidentes, tanto en términos de descenso de la nupcialidad como de la natalidad.

De todos modos, nos encontramos en un momento de crisis del concepto de familia nuclear tradicional, con la aparición de unidades hasta hace poco tiempo muy excepcionales: familias monoparentales, convivencia more uxorio o entre parejas del mismo sexo, o fusión de núcleos familiares diversos derivada de separaciones a las que siguen nuevas convivencias con una pareja con responsabilidades familiares. Todo lo anterior suscita situaciones novedosas y complejas a la hora de procurar la compatibilización de la vida laboral y familiar, que el regulador no ha entrado a abordar en profundidad.

Hernainz Márquez Miguel, establece que “a la hora del disfrute a tiempo parcial de los permisos incluidos en el apartado 3 del Artículo 30 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, habrá de ajustarse a las siguientes reglas:

- El derecho podrá ser ejercido tanto por la madre como por el padre, en cualquiera de los supuestos de disfrute simultáneo o sucesivo del periodo de descanso, no pudiendo la madre hacer uso de esta modalidad del permiso durante las seis semanas inmediatas posteriores al parto, que serán de obligado descanso.

⁷ González Charry, Guillermo. **Derecho del trabajo**. Pág. 147.

- Se ampliará proporcionalmente el periodo de disfrute en función de la jornada de trabajo que se realice, sin que se pueda superar en ningún caso la duración establecida para dichos permisos. Durante el disfrute del permiso a tiempo parcial, el funcionario no podrá realizar servicios extraordinarios fuera de la jornada.
- El disfrute del permiso será ininterrumpido: una vez acordado, el régimen pactado sólo podrá ser modificado mediante nuevo acuerdo entre el órgano que sea competente para la concesión de permisos y el funcionario afectado, a iniciativa de éste y debido a causas relacionadas con su propia salud o la del menor.”⁸

De la lectura del texto, se puede llegar a la conclusión de que son las mujeres las destinatarias casi exclusivas de la norma en relación con el disfrute a tiempo parcial de permisos por funcionarios públicos, norma que no por casualidad se enuncia como de medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar, y no al revés.

Por otro lado, se requerirá de un acuerdo previo entre el funcionario afectado y el órgano competente para su concesión. El interesado deberá presentar la solicitud, acompañada de un informe del responsable de unidad en la que el funcionario esté destinado, el cual habrá de acreditar que las necesidades del servicio quedarán debidamente cubiertas.

El órgano competente habrá de dictar resolución en un plazo máximo de tres días, quedando formalizado el acuerdo para el disfrute del permiso en la modalidad a tiempo parcial o, en caso contrario, su denegación. Se procurará conceder al funcionario la

⁸ Hernainz Márquez, Miguel. **Tratado elemental del derecho de trabajo**. Pág. 98.



parte de la jornada solicitada para el disfrute del permiso a tiempo parcial que convenga a sus intereses personales, siempre que lo permita la organización del trabajo.

Finalmente, el mencionado acuerdo podrá celebrarse tanto al inicio del permiso como posteriormente, y podrá extenderse a todo o parte del periodo de duración, sin perjuicio de que el derecho pueda ser ejercido tanto por la madre como por el padre, y en cualquiera de los supuestos de disfrute simultáneo o sucesivo del periodo de descanso.

La experiencia acumulada debería ser suficiente para reconsiderar el nuevo diseño de los permisos, licencias y excedencias por causas familiares si se cree realmente, en la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. La sociedad está preparada para que se abandone esta posición de neutralidad, en un ámbito que hace tiempo ha dejado de ser sólo de carácter privado (decisiones personales de la pareja o la familia) para trascender al terreno de lo público, pues afecta al derecho a la igualdad efectiva y real entre hombres y mujeres.

El hecho de seguir reconociendo todos estos derechos por paternidad y maternidad, o incentivar la contratación a tiempo parcial de una manera neutra, como si no existieran diferencias de sexo, en absoluto va a contribuir a alcanzar la igualdad de oportunidades. Además, si se sigue insistiendo en la misma línea, añadiendo nuevas circunstancias a las actuales para reconocer los mismos permisos existentes, puede ser incluso un retroceso al agregar nuevos factores de posible discriminación femenina, profundizando aún más en el tradicional reparto de roles entre hombres y mujeres.

La norma señala la incompatibilidad del disfrute simultáneo por un mismo funcionario de dichos permisos en relación al ejercicio de los derechos en supuestos de lactancia de un hijo menor de nueve meses, nacimiento de hijos prematuros, disminución de jornada

por guarda legal y excedencia por cuidado de familiares, señalados en el Artículo 29.4 y en el apartado 1.f, f bis y g del Artículo 30 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto.

La legislación laboral debería adoptar un papel mucho más activo, creando nuevas vías de compatibilización del trabajo y la familia que hagan posible que los hombres compartan con las mujeres más responsabilidades en el cuidado de los hijos y demás personas cercanas a la familia. De esta manera, se podrían diseñar fórmulas dirigidas en exclusiva a los padres, a cuyo disfrute por éstos tuviera algún tipo de incentivo, bien para ellos o bien para su empleador.

1.2. Referencia histórica

Krotoschín Ernesto, indica que “tanto el trabajo de las mujeres como el de los niños corresponden antecedentes históricos comunes, por el coincidente estado de indefensión social y física en que se encuentran unas y otros. El trabajo tanto de las mujeres y de los niños poco frecuentes hasta la edad moderna, tuvo hacia mediados del siglo XVIII, como finalidad esencial la de facilitar el desarrollo industrial, imposibilitado, en gran parte, por la falta de mano de obra suficiente, sobre todo en algunas regiones inglesas, y por los altos salarios que deban abonarse.”⁹

Asimismo López Larrave Mario, al respecto menciona “lo que al principio se basó en una situación excepcional, se convirtió bien pronto en un mal endémico; y de necesidad en la gran industria pasó a ser necesidad de las clases humildes, obligadas a emplearse todos los miembros útiles para el trabajo, con el objeto de obtener lo suficiente para el sostenimiento del hogar.”¹⁰

⁹ Krotoschín, Ernesto. **Manual de derecho del trabajo**. Pág. 17.

¹⁰ López Larrave, Mario. **Breve historia del derecho laboral guatemalteco**. Pág. 9.

Sin embargo, continúa exponiendo López Larrave, “la aparición de las mujeres y de los niños en el escenario del trabajo industrial no es simultáneo, sino sucesiva, razones de economía impulsaron a los patronos a requerir el trabajo de los niños con el objeto de obtener una mano de obra barata que por un precio ínfimo realizaba agotadas jornadas de trabajo. Las mujeres se inician en el trabajo industrial más adelante, como consecuencia del maquinismo, éste exigía ciertos núcleos de asalariados, indiferente ante edades y sexos, pues la máquina uniformaba toda la mano de obra, imponía un mismo ritmo a la actividad y aminoraba el gasto de energía.”¹¹

Según menciona Hernainz Márquez Miguel, que “como consecuencia de la revolución industrial fue el empleo de los niños y las mujeres en el trabajo, situación desconocida por lo menos con iguales caracteres, en el régimen gremial precedente, los llamados aprendices eran explotados por los maestros, las mujeres no actuaban sino en las labores propias del hogar. Incluso en las manufactureras, el trabajo de las mujeres ha sido más tardío que el de los menores, aunque no por ello deje de observarse que el desarrollo de la gran industria se debió principalmente al sacrificio en el trabajo de las mujeres y de los niños.”¹²

Por influencia de la escuela intervencionista se reglamentó cada vez más estrictamente, el trabajo de las mujeres y de los menores, se tuvo para ello en cuenta, principalmente su situación de desamparo, que exigía un máximo de protección. Las leyes protectoras de las mujeres y de los niños nacían de un concepto humanitario, por la honda trascendencia del dolor social, reflejado en las condiciones dentro de las cuales se desarrollaba el trabajo sobre todo el industrial y el minero.

¹¹ **Ibíd.**

¹² Hernainz Márquez, Miguel. **Ob. Cit.** Pág. 127.

La legislación protectora del trabajo de mujeres y niños se inicia en Inglaterra, donde el problema era más grave. En el Reino Unido el 10 de agosto de 1842 sobre el trabajo en las minas, prohibió el trabajo subterráneo de las mujeres. En 1844 se redujo la jornada de trabajo a diez y media para la mujer cuyo trabajo debía acabar los sábados antes de las cuatro y media de la tarde. Hacia esa misma época, la inspección oficial se extendía al trabajo femenino, pero la efectividad en el cumplimiento de las disposiciones legales en materia de trabajo, tanto de las mujeres como de los menores sólo se obtiene en Inglaterra con la instauración del servicio de delegados de minas en 1890.

En Alemania, el trabajo de los menores y las mujeres fue reglamentado primero por el Código Industrial del 1 de junio de 1891, y después por las leyes del 26 de julio de 1897, 30 de junio de 1908 y 27 de diciembre de 1911.

Según De La Cueva Mario, “en Francia las primeras medidas de protección laboral a las mujeres y niños datan de comienzos del siglo XIX, el proceso intervencionista comienza con el decreto del 3 de enero de 1813, luego varios decretos de 1848 se dictaron para proteger especialmente a las mujeres que trabajaban. Actualmente el trabajo de las mujeres y de los menores está reglamentado por el libro II del Código de Trabajo.”¹³

En España la ley del 13 de marzo de 1900 fijó las condiciones a las cuales habría de someterse el trabajo de las mujeres y de los menores, ley reglamentada el 13 de noviembre de ese mismo año.

Comenta Krotoschin Ernesto, que “en Hispanoamérica una de las primeras leyes referentes al trabajo de las mujeres y de los menores se dictó en la República de

¹³ De La Cueva, Mario. **El nuevo derecho mexicano del trabajo**. Pág. 141.

Argentina la 5.291, del 14 de octubre de 1907, sustituida por la 11.317 del 30 de septiembre de 1924, una de las más completas que se han promulgado sobre los problemas planteados por la actividad laboral femenina y de los menores de uno u otro sexo.”¹⁴

Krotoschin, indica como norma “las diversas legislaciones protegen especialmente a la mujer que trabaja en los siguientes casos:

- a) En la limitación de la jornada, más reducida por lo general que la del hombre con absoluta prohibición, casi siempre de trabajar horas extraordinarias.
- b) En cuanto al tiempo de la prestación por impedírsele el trabajo nocturno.
- c) En lo referente a la actividad laboral, prohibiendo aquellas consideradas peligrosas o insalubres.
- d) En cuanto a su capacidad para trabajar estableciendo una edad mayor que la exigida para los varones.
- e) En lo relativo a sus funciones sexológicas, vedándole el trabajo durante la gravidez y el puerperio (es el periodo que sigue al parto y que dura el tiempo necesario de 6 a 8 semanas para que el aparato reproductor femenino vuelva a la normalidad, eliminando las características adquiridas durante el embarazo, está incluido también el periodo de las primeras dos horas después del parto que recibe el nombre de posparto).

¹⁴ Krotoschin, Ernesto. **Tratado práctico del derecho de trabajo**. Pág. 379.

- f) Equilibrando su posición legal con la del hombre, al establecer que deben percibir igual salario en igualdad de trabajo.
- g) En cuanto a las condiciones en la prestación del trabajo, cuando se dispone la obligatoriedad de un asiento, este debe estar donde la mujer trabajadora pueda descansar durante su labor.
- h) En lo que se refiere a los descansos, regulando estos cuando la mujer obrera o empleada es madre, con el objeto de que pueda atender a sus hijos. En este caso las medidas de protección de la obrera o empleada madre pueden establecerse antes, durante, y después del parto, tal protección comprende descanso de maternidad, garantía del empleo, prestaciones de maternidad, facilidades para la lactancia.”¹⁵

Además, se hace mención dentro de esta referencia histórica que el derecho al cual se hace referencia en el presente estudio también está contenida dentro de las denominadas generaciones de los derechos humanos, y está contenida en la segunda generación de derechos humanos, la cual está constituida por los derechos económicos, sociales y culturales, debido a los cuales, el estado de derecho pasa a una etapa superior, es decir, a un estado social de derecho.

De ahí, manifiesta Pla Rodríguez Américo, “el surgimiento del constitucionalismo social que enfrenta la exigencia de que los derechos sociales y económicos, descritos en las normas constitucionales, sean realmente accesibles y disfrutables. Se demanda un estado de bienestar que implemente acciones, programas y estrategias, a fin de lograr que las personas los gocen de manera efectiva, y son:

¹⁵ *Ibíd.* Pág. 382.

- Toda persona tiene derecho a la seguridad social y a obtener la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales.
- Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones equitativas y satisfactorias.
- Toda persona tiene derecho a formar sindicatos para la defensa de sus intereses (libertad sindical).
- Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure a ella y a su familia la salud, alimentación, vestido, vivienda, asistencia médica y los servicios sociales necesarios.
- Toda persona tiene derecho a la salud física y mental.
- Durante la maternidad y la infancia toda persona tiene derecho a cuidados y asistencia especiales.
- Toda persona tiene derecho a la educación en sus diversas modalidades. La educación primaria y secundaria es obligatoria y gratuita.”¹⁶

1.3. Elementos

Los elementos que contiene la maternidad como uno de los derechos que garantiza tanto los tratados a nivel internacional como la legislación guatemalteca, según Ramos Donaire José María, “se dividen en: personales, reales y teleológicos, los cuales a continuación se desarrollan.”¹⁷

En cuanto a los elementos personales:

¹⁶ Pla Rodríguez, Américo. **Los principios del derecho del trabajo**. Pág. 119.

¹⁷ Ramos Donaire, José María. **Derecho del trabajo guatemalteco**. Pág. 286.



1. El patrono es toda persona jurídica o individual que contrata los servicios de una mujer trabajadora para desempeñar una labor dentro del área de servicios en que desarrolla sus actividades. Asimismo el código de trabajo lo define como: Toda persona individual o jurídica que utiliza los servicios de uno o más trabajadores en virtud de un contrato o relación de trabajo.

De acuerdo con dichas definiciones, se puede observar que la persona referida al patrono puede ser individual o sea una persona considerada en si, o una persona jurídica dentro de las cuales se relaciona a las entidades estatales, autónomas, descentralizadas, así como privadas siendo éstas las sociedades mercantiles que se pueden constituir en sociedad anónima, colectiva, en comandita simple o en comandita por acciones o de responsabilidad limitada, y la mediana o pequeña empresa.

Todas estas entidades como tales son consideradas como patronos dentro del ordenamiento jurídico laboral guatemalteco y por lo tanto, al concluir en cuanto a este elemento individual se dice que toda persona que se dedique a una actividad en la cual emplee una cantidad de personas determinada es considerada como patrono y como consecuencia de ello adquiere una serie de derechos y obligaciones que son reguladas desde la Constitución Política de la República, el código de trabajo, así como los reglamentos emitidos al respecto y en especial dentro de esta rama los pactos colectivos de condiciones de trabajo, que conforman la doctrina y ley a ser consideradas como leyes profesionales.

De allí, que en todas ellas se regula el derecho que tiene la trabajadora en relación con el patrono y la obligación de éste para con ella en cuanto al



cumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley en cuanto al derecho de maternidad.

2. Madre trabajadora es la persona individual que ha sido contratada para realizar funciones dentro de un área de trabajo con el fin de recibir una remuneración de acuerdo al contrato individual de trabajo que para el efecto fue suscrito. El código de trabajo no contiene una definición específica, únicamente se refiere al trabajador como la persona individual que presta a un patrono sus servicios materiales o intelectuales o de ambos géneros, en virtud de un contrato o relación de trabajo.

De acuerdo con lo expuesto, en cuanto a la definición de mujer trabajadora y lo establecido por el código de trabajo, es que con estas definiciones, toda persona que realice una actividad a favor de otra y que por dicha actividad le sea cancelada una cantidad de dinero, en concepto de salario, de acuerdo con el Convenio 95 de la Organización Internacional de Trabajo, en la cual se define que no importando el concepto que se le dé al salario que devengue por concepto del trabajo, es tenido como salario, dada la circunstancia que es conocida que en la sociedad, se le denominan bonificaciones, comisiones o en las maquilas que se le denomina con nombres fuera de lo común como colchón, destajo, por producción y otros.

Entonces esta persona que realice una actividad y que reúna el requisito de tener un hijo o que vaya a tenerlo es considerada como una mujer trabajadora y como consecuencia de ello adquiere una serie de derechos que como mujer trabajadora le garantiza la ley para que pueda atender las necesidades del

menor, las cuales se denominan derecho pre natal, post natal, de lactancia, de sala cuna, de guarderías infantiles y económicamente como el percibir íntegramente el 100% de su salario de acuerdo con las regulaciones que para el efecto emitan las instituciones encargadas de velar por el cumplimiento del derecho de maternidad.

Como elementos reales están:

1. La prestación del servicio: está constituido por la obligación que tiene la mujer trabajadora, de desempeñar bajo las condiciones en que fue contratada los servicios, oficios o actividades en un centro de trabajo bajo la dirección del patrono o sus representantes.
2. El salario, es la obligación que tiene el patrono de remunerar un pago que puede ser semanal, quincenal o mensual a la mujer trabajadora por los servicios que ha prestado en las condiciones señaladas por el contrato de trabajo suscrito para el efecto.
3. El Código de Trabajo, regula que el salario o sueldo es la retribución que el patrono debe pagar al trabajador, en virtud al cumplimiento del contrato de trabajo o de la relación de trabajo vigente entre ambos, Artículo 88 del Código de Trabajo, en el caso en estudio es la cantidad de dinero que ha de pagar el patrono a la mujer trabajadora empleada dentro de su centro de trabajo.
4. El elemento teleológico, tiene la finalidad de proteger el derecho a la maternidad de la mujer trabajadora, y dentro de esto de acuerdo a lo analizado y regulado se puede deducir que el fin de proteger el derecho a la maternidad no puede ser

solamente un fin único, sino que por su naturaleza se traslada a los diversos momentos sociales en los cuales se desenvuelve la mujer trabajadora, y que los fines son:

- a) Proteger la salud de la mujer trabajadora.
- b) Proteger la familia de la mujer trabajadora.
- c) Protección a los hijos de la mujer trabajadora.
- d) Proteger la sociedad, por ser la mujer parte de la misma.

En esta investigación, se observará que estos elementos serán tomados en cuenta dentro del convenio objeto del presente análisis para que con base en estas finalidades se pueda obtener cada vez un derecho que regule de mejor manera el derecho que la mujer como madre trabajadora tiene dentro del denominado derecho de maternidad.

1.4. Definición

El autor Figueroa Carlos y Posadas, Wess M., el derecho a la maternidad lo define como: "El conjunto de normas jurídicas, instituciones y doctrinas que regulan los derechos humanos inherentes a la mujer trabajadora, como lo son el derecho pre y post natal, lactancia, salas cunas, inamovilidad, que tienden a protegerla de las arbitrariedades en que puede incurrirse en su contra."¹⁸

Dentro de la definición esbozada en el párrafo anterior, la misma contiene los elementos necesarios para constituir dentro del derecho laboral una rama específica que regule las relaciones laborales de los patronos con la mujer trabajadora, la cual contiene una serie

¹⁸ Figueroa, Carlos, Posadas R., Wess M. **Factores determinantes en la práctica de la lactancia materna.** Pág. 22.

de instituciones empezando con la mujer trabajadora, la maternidad, el periodo pre natal, el periodo post natal, la inamovilidad, el periodo de lactancia, así como las prestaciones en dinero a que tiene derecho durante el transcurso de los diversos momentos descritos.

1.5. Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica del derecho a la maternidad se ubica dentro del derecho público, de acuerdo a la legislación guatemalteca, toda vez que el mismo Código de Trabajo ubica el mismo derecho laboral dentro del derecho público, no obstante, la doctrina indica la ubicación del derecho laboral dentro de un tercer estadio de división del derecho encuadrada en derecho público y privado, y ese tercer estadio lo denomina como derecho social, toda vez que el mismo contiene características tanto del derecho público, como privado.

1.6. Características

Por ser parte del derecho laboral, el derecho de maternidad concibe las características que ideológicamente inspiran al derecho del trabajo, puesto que al hacer un análisis sobre el derecho de maternidad, se llega a la conclusión de que el mismo, dado su importancia reviste las características siguientes:

Es un derecho tutelar, puesto que trata de compensar la desigualdad económica de las trabajadoras otorgándoles una protección jurídica preferente, y es aquí donde se observa el por qué de los convenios internacionales y en especial el objeto de estudio que contiene una serie de situaciones que regula a favor de la mujer trabajadora porque por lógica se advierte y en especial en nuestro país es obvia la diferencia posicional

entre trabajador y patrono, y como consecuencia de ello, la mujer trabajadora y su patrono. Por consiguiente, es necesario que se dé una protección especial a la mujer trabajadora, para que en el momento en que surja este derecho, pueda disfrutarlo de la manera más apropiada.

El derecho de maternidad, constituye un mínimo de garantías sociales, protectoras de la trabajadora, irrenunciables únicamente para ellas, esto en virtud de que todo el contenido del derecho de maternidad es mínimo; ya que las prestaciones otorgadas son susceptibles de ser mejoradas mediante la emisión de nuevas leyes o con la negociación de contratos o pactos colectivos de trabajo en los cuales se supere, porque darse menos además de menospreciar la vida tanto de la madre como del nuevo ser que esta por nacer en el ámbito jurídico, es prohibido partiendo del principio que por ser mínimos no puede haber menos que lo establecido en la ley, por lo que éste mínimo se protege en la actualidad dentro del derecho internacional de derechos humanos a través de los tratados internacionales en materia de derechos humanos tal y como lo es el Convenio 183 de la Organización Internacional de Trabajo objeto del presente trabajo.

Es un derecho necesario e imperativo, necesario, porque para la mujer trabajadora es imperativo dar al nuevo ser tiempo y afecto necesario, ya que de lo contrario se estaría contra la naturaleza e imperativo porque impone una obligación el que haya de cumplirse con dicho derecho que contiene una serie de autorizaciones que permite a la mujer trabajadora el darle la atención necesaria al menor que nacerá.

Es un derecho realista y objetivo, 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 en este caso es obvio que la posición de la mujer trabajadora en relación con el patrono es distinta, pues aún el Estado cuando se encuentra dentro de estos casos, dado que los puestos de dirección son otorgados a personas no idóneas cuando han de cumplir con la ley laboral es que debe tenerse en cuenta dicha circunstancia para poder aplicarla a cada caso concreto y objetivo, porque su tendencia es resolver los problemas con criterio social y en base a hechos concretos y tangibles, como lo es el derecho de maternidad en el cual prevalece el criterio social sobre el particular y por ser un derecho que concretamente regula la situación de la mujer trabajadora.

El derecho de maternidad es una rama del derecho público porque al ocurrir su aplicación, prevalece el interés social o colectivo ante el interés privado, y como consecuencia por ser la mujer trabajadora contemplada como un interés social que no ha sido regulado adecuadamente es que se desarrolla a través de los convenios internacionales en especial los aprobados por la Organización Internacional de Trabajo.

Es un derecho hondamente democrático, porque se orienta a obtener la dignificación social y económica de los trabajadores, y dado que a nivel Guatemala, no se dan avances en esta materia es que se debe acudir a los tratados internacionales ratificados por Guatemala, para que a través de ellos se dignifique la actividad de la mujer trabajadora.

Con todo lo antes expuesto, es que se tiene necesidad de la ratificación del Convenio 183 de la Organización Internacional de Trabajo, porque solo mediante estas regulaciones se puede llegar a tener una completa regulación del derecho de maternidad.



1.7. Fines

1.7.1. Proteger la salud de la mujer trabajadora

Esta finalidad al desarrollo que ha tenido el derecho de maternidad y en especial en cuanto a la protección tanto constitucional como en tratados internacionales aceptados y ratificados por Guatemala, ya que éste viene a ser un pilar sobre el cual la sociedad se desarrolló ya que si la salud de la mujer trabajadora se deteriora, la misma sociedad siente el efecto puesto que éste vendría a repercutir no solo en la sociedad sino en la familia, hijos, y en los aspectos de la economía, autoestima y sentido de valor.

1.7.2. Proteger la familia de la mujer trabajadora

En cuanto a este punto es de vital importancia generar dentro de la sociedad una estabilidad, es necesario que se proteja a la familia, toda vez que aún y cuando existan detractores, es a lo largo de la historia que se ha demostrado que la familia es la célula de la cual se deriva la sociedad.

Es por eso que se genera una serie de circunstancias que van destruyendo la sociedad, alrededor de la destrucción de la familia como célula de la sociedad, por lo que dentro del aspecto referido al presente estudio en cuanto al derecho de maternidad y el Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo es importante determinar, que este convenio pueda proyectar, desde el momento en que esta por nacer un nuevo ser, obtenga la protección necesaria para que se desarrolle dentro de una sociedad que respete su vida, como lo regulan las normas sustantivas civiles, desde su concepción, y así la madre junto a su hijo y la familia puedan proyectar un mundo más seguro en todas las esferas de manifestación dentro de la sociedad.

1.7.3. Protección a los hijos de la mujer trabajadora

Este es un aspecto de importancia, así como el convenio objeto de estudio, en virtud, de que desde la vida del nuevo ser se puede empezar a preguntar cómo es que se puede otorgar una protección integral a los hijos de las mujeres trabajadoras, y es allí donde se encuentra el punto de partida, a lo que dentro del derecho de maternidad se le denomina derecho a la lactancia o derecho de lactancia, en virtud del cual se le otorga a la madre del hijo recién nacido un lapso de tiempo para que pueda amamantar a su hijo menor, la cual de acuerdo a la legislación guatemalteca, se estipula un plazo de diez meses, a partir del momento en que la mujer trabajadora regresa a sus labores ordinarias de trabajo, y que consiste en dos medias horas, una antes del horario de entrada y una antes de finalizar la jornada de trabajo, o acumular las dos medias horas en una hora de trabajo, que le permita entrar una hora después del inicio de la jornada de trabajo o salir una hora antes de finalizar la jornada, con la finalidad de que ejerza este derecho en relación con el hijo que acaba de dar a luz.

He ahí la importancia, para que a nivel internacional se le dé protección, ya que es una forma que ayuda a dar coercitividad a las normas, puesto que con el Artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala, se reforzó el hecho de que los tratados internacionales en materia de derechos humanos tiene preeminencia sobre el derecho nacional, lo cual ayuda a que a partir de estos tratados se dé un mejoramiento de las condiciones de trabajo, pues tal y como se concibe en el derecho de trabajo, éstas son normas mínimas por lo que deben ser desarrolladas en cada país, además con las instituciones del derecho de trabajo que permitan desarrollar estas protecciones.

1.7.4. Proteger la sociedad, por ser la mujer parte de la misma

Toda vez que la mujer viene a ser parte de la sociedad y como consecuencia parte fundamental de la misma, ya que de no existir no habría posibilidad de reproducción humana, de ahí la protección que la sociedad ha de dar a la mujer en principio para que la sociedad como tal reciba los beneficios de dicha protección a través de las diversas circunstancias que afectan la sociedad en sí y que son de índole social, cultural, familiar, político, jurídico, económico y en la sociedad étnico, pluricultural como mínimo, todos estos aspectos si dentro de la sociedad se protegen, se estará ante una sociedad que da la protección a la mujer en el sentido integral que se requiere para que se recobre más en estos tiempos la integridad familiar, los principios y valores, y que se vean reflejados dentro de la misma.

1.8. La mujer trabajadora en la actualidad

A través del tiempo, surgen instituciones internacionales como la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la cual desde sus inicios y desde la primera de sus reuniones reveló su extrema preocupación por un régimen laboral que les asegure a las mujeres la protección física, espiritual, económica y social, dirigiendo sus actividades o acciones respecto a la mujer a través de recomendaciones y Convenios entre los países miembros.

Cabe mencionar, que Guatemala es miembro de la Organización Internacional del trabajo (OIT), y por el cual ha suscrito y ratificado varios tratados en materia laboral que conciernen al trabajo de mujeres entre los cuales se encuentra el Convenio 100, el cual trata de la igualdad de remuneración, el Convenio 103 está referido a la Protección de la maternidad; el Convenio 111 sobre la discriminación; dichos convenios tienen por



finalidad la protección legal de la maternidad, elevar en su plenitud los derechos políticos y sociales, darle mayores oportunidades a las mujeres en el trabajo.

Por lo anterior, se puede decir que una de las finalidades de la OIT es concretizar a nivel mundial las mejores condiciones de trabajo, tanto para hombres como para mujeres y su constante revisión, en atención al surgimiento de acontecimientos innovadores en la prestación de servicios laborales.

En Guatemala, el marco jurídico que se tiene es el primer Código de Trabajo, (Decreto 330 del Congreso de la República), en el cual se regulaba el trabajo de menores y mujeres, este es el antecedente más inmediato en donde la mujer comienza su intervención en el mundo del trabajo remunerado, después de haber sido oprimida durante el período de la dictadura del presidente de la República, general Jorge Ubico, en donde existió la prohibición expresa para la mujer casada, quien no podía desempeñar trabajos remunerados.

En la legislación actual, vemos que esta norma ha desaparecido y que el trabajo de mujeres está regulado como uno de los regímenes especiales de trabajo que contempla el código de trabajo, y están comprendidos en los Artículos del 147 al 155.

El autor Caldera Rafael, al hablar del trabajo de mujeres expresa: “El trabajo de la mujer es uno de los fenómenos más complejos del mundo moderno... la causa principal de que las mujeres trabajen es de naturaleza económica.”¹⁹

Respecto a la necesidad económica que hace que las mujeres obligadamente se incorporen al mundo del trabajo remunerado, cargando además, con las

¹⁹ Caldera, Rafael. **Derecho del trabajo**. Pág. 75.

responsabilidades y obligaciones que tiene en su hogar como el cuidado de los hijos, responsabilidad que se le ha adjudicado social y legalmente solo a ella, deben hacerse efectivas todas las normas que le protegen, no solo a ella como mujer trabajadora sino también todas las normas laborales que se extienden a su familia.

Aunque las mujeres representan más de la tercera parte de la fuerza laboral mundial y producen más del 70% de los alimentos de África, su trabajo se sigue limitando a ciertos campos profesionales en los que no se requiere una alta preparación y que suelen ser actividades mal remuneradas. Sin embargo, según los datos de la Organización Internacional del Trabajo, a medida que los países se van industrializando las mujeres mejoran su categoría profesional.

Además en Guatemala, la mujer trabaja a la par del hombre, siendo su tarea más fatigosa y poco equitativa, porque después de realizar un trabajo asalariado para ayudar al sostenimiento del hogar, debe hacer o dirigir todo lo relativo al cuidado de la casa, educación de los hijos, cuidado del esposo, adicional a todas las tareas que en ella conllevan. Todo ello lo hace a diario, incluyendo los días festivos, lo que hace que su jornada de labores no termine con las ocho horas que labora en su centro de trabajo, extendiéndose su jornada laboral hasta por catorce horas diarias; por lo que la mujer siempre tiene una cantidad de trabajo doméstico poco reconocido y jamás remunerado.

Actualmente el proceso de modernización en algunos sectores sociales, ha contribuido hacer menos fatigosas las tareas de las mujeres con el uso de aparatos electrodomésticos, sin embargo, esta es la excepción, ya que no en todos los hogares se tiene acceso a disfrutar de las ventajas de la tecnología.

1.9. La maternidad desde el punto de vista médico jurídico

Dentro de este punto en virtud, de no existir mayores acotaciones, se menciona que la misma se da en relación con el hecho de que el derecho de maternidad, desde su nacimiento implica una serie de conocimientos relacionados con la medicina, ya que si se habla de lo que es la maternidad y lo denominado periodo pre natal, post natal y lactancia, todos ellos son circunstancias intrínsecamente relacionados a la medicina.

Tal y como se menciona, la maternidad, además de ser un derecho es un proceso denominado de gestación, dentro del cual se va a desarrollar la vida de una futura persona, periodo que dura nueve meses aún y cuando existen partos que tienen un adelanto o atraso, que depende principalmente de las condiciones en que se desarrolló, y de las condiciones de la madre y que implica una serie de funcionamiento de los diversos órganos del cuerpo, que vienen a constituir esto, el periodo pre y post natal, y que posteriormente viene a darse la lactancia que es otro proceso del cuerpo que se encuentra ampliamente estudiado dentro de la medicina y que contiene una serie de implicaciones tanto para la madre, como para el hijo que está por nacer, por lo que esta serie de procesos médicos son tomados en cuenta por la ley para ser regulados.

Es así, como desde la constitución, tratados internacionales, leyes ordinarias y reglamentos regulan todo lo acotado en el párrafo anterior y el período de nueve meses, que si bien es cierto no es todo el periodo el que se otorga a la madre trabajadora, en la actualidad son 84 días los cuales se dan como permiso a la mujer trabajadora que va a ser madre.

Con el convenio analizado se puede tener un periodo más amplio que beneficiaría tanto a la madre trabajadora como al hijo que está por nacer, porque el mismo se eleva a

noventa y ocho días, asimismo, regula el período de lactancia como un proceso en el cual la madre trabajadora tiene un contacto con el hijo que nace y que por dicha circunstancia se viene a regular el mismo para que en alguna medida pueda darse a ese periodo una regulación que permita a la madre el estar en contacto con su hijo.

Así también, el derecho a la sala cuna, que si bien es cierto no es tan emergente, el mismo viene como consecuencia de los anteriores, por lo tanto entra dentro del ámbito de análisis del presente trabajo, que en lo mínimo presenta la relación que se da entre el derecho y la medicina en cuanto a el derecho de maternidad y todo su contenido.

Es así como se puede concluir que desde el punto de vista médico jurídico observamos que la relación entre la medicina y el derecho en este punto es de importancia, ya que lo denominado médicamente embarazo y todo ese proceso, así como las consecuencias que paulatinamente vienen a darse a consecuencia de dicho embarazo, vienen a influir dentro del ámbito del derecho.

En virtud de que la persona como sujeto de derecho se encuentra dentro de la posición del derecho de maternidad y su contenido y como consecuencia de ello dichas circunstancias médicas vienen a ser reguladas por el derecho para otorgarles una protección, en virtud de que la sociedad así lo necesita ya que de no otorgarse protección cuando la mujer ha tenido que salir de casa a trabajar y ha entrado dentro del ámbito de relaciones jurídicas que están contenidas dentro del derecho laboral y que es menester el entrar a regularlas porque de no hacerlo se tendría una serie de consecuencias negativas para la sociedad al no otorgarse a esos periodos médicos una protección jurídica cuando se encuentra en una posición de desventaja en relación con el patrono.

Además, necesita dentro de esos periodos de una protección para que el ser que está por nacer venga al mundo en las mejores condiciones para que la sociedad pueda seguir desarrollándose y teniendo un fiel cumplimiento al derecho humano a la vida que incluso la legislación protege desde su concepción.

Como se verá a continuación se hace un breve análisis del aspecto relacionado con el derecho a la lactancia, que médicamente viene a robustecer el hecho de que el mismo tiene un sustento médico, de importancia para tener una regulación adecuada dentro del ordenamiento jurídico.

Durante la mayor parte de la historia de la humanidad, casi todas las madres han alimentado a sus niños de forma normal, natural y sin aspavientos: amamantando. Casi todas las sociedades tradicionales en África, Asia y América Latina han tenido un excelente conocimiento local sobre la lactancia, aunque las prácticas han variado de una cultura a otra. El famoso pediatra Paul Gyorgy dijo: -La leche de vaca es la mejor para los terneros y la leche humana es la mejor para los seres humanos-, nadie puede negar lo cierta que es esa afirmación.

Cada vez se reconoce más ampliamente que toda madre tiene el derecho de amamantar a su bebé y que cada niño tiene el derecho de recibir leche materna. Cualquier obstáculo en la alternativa de recibir leche materna es un incumplimiento de estos derechos; aunque en la mayoría de los países haya muchos bebés que no reciben leche materna o que reciben leche materna durante un período relativamente corto. En los últimos años el interés en la lactancia ha crecido. Parte del motivo es la controversia tan publicitada de reemplazar la leche materna por biberones y la promoción activa de los sustitutos de la leche materna por parte de compañías

multinacionales. El arte femenino de amamantar en los últimos años, ha sido redescubierto en Europa y en menor proporción en América del Norte.

Desgraciadamente, el uso de los biberones continúa en muchos países industrializados del sur, las consecuencias más serias de este cambio del pecho al biberón se observan entre las familias pobres de África, Asia y América Latina.

1.9.1. Ventajas de la lactancia natural

Durante los últimos 50 años, y especialmente en la última década, se han publicado extensos estudios que comparan la composición y beneficios relativos de la leche humana y de sus sustitutos. La mayor parte de la investigación reciente apoya las innumerables ventajas de la lactancia sobre otros métodos de alimentación infantil. Un amplio conjunto de investigaciones de nivel mundial, respalda la recomendación que los niños deben recibir sólo leche materna durante los primeros seis meses de vida. Ciertamente, en los países en desarrollo, donde los riesgos de la alimentación complementaria por lo general sobrepasan cualquier posible ventaja, es aconsejable exclusivamente la leche materna hasta los seis meses de edad.

A lo anteriormente expuesto, comenta el comité de la lactancia natural, "la lactancia es conveniente, como alimento tiene una disponibilidad fácil para el niño y no requiere preparación o equipo especial; la leche materna suministra un adecuado balance y una cantidad de nutrientes que son ideales para el niño lactante; el calostro y la leche materna tienen elementos anti infecciosos que ayudan a limitar las infecciones; la alimentación con biberón aumenta el riesgo de infecciones por contaminación con organismos patógenos en la leche, la fórmula láctea y el agua que se usa en la preparación, así como los biberones, chupetes y otros artículos utilizados para la

alimentación del niño; la lactancia es más económica que la alimentación con biberón, que comprende los costos de la fórmula, o la leche de vaca, los biberones y los chupetes al igual que el combustible necesario para la esterilización.”²⁰

Los autores Cabanellas de Torres Guillermo y Alcalá-Zamora y Castillo mencionan al respecto: “La lactancia prolonga la duración de la onovulación posparto y ayuda a las madres a espaciar los embarazos; la lactancia promueve un mayor vínculo y relación entre la madre y el niño; aparentemente se observa un menor riesgo de alergias, obesidad y ciertos problemas de salud en niños amamantados con leche materna en comparación con los que se alimentan en forma artificial.”²¹ Existe ahora una evidencia decisiva sobre las ventajas de la lactancia natural para la salud, por ejemplo una menor morbilidad y mortalidad infantil, con respecto a los niños alimentados con biberón.

Las ventajas favorecen en especial modo a las dos terceras partes de la población mundial que vive en la pobreza, aunque algunos estudios han demostrado tasas menores de diarrea y otras infecciones y menos hospitalizaciones en niños alimentados con leche materna de comunidades ricas. Se tiene también evidencia que las mujeres que lactan a sus niños presentan un riesgo menor de cáncer de pecho, y quizá de cáncer uterino, en comparación con las mujeres que no lo hacen.

1.9.2. Propiedades y valor de la leche materna

Según el Comité de la lactancia materna, “inmediatamente después de dar a luz al bebé, la madre produce calostro por ambos pechos, lo que antecede a la producción de leche la que aumenta diariamente de acuerdo a las necesidades del niño. La

²⁰Comité de la lactancia natural. **Memorias del seminario regional sobre promoción de la lactancia natural en Centroamérica y Panamá.** Pág. 13.

²¹Cabanellas de Torres, Guillermo y Alcalá-Zamora y Castillo. **Tratado de política laboral y social.** Pág. 223.

producción de leche de una madre está influenciada sobre todo por las exigencias de su bebé, cuya succión estimula la secreción de la misma. Mientras más succiona el bebé, mayor cantidad de leche producirá la madre.

La cantidad con frecuencia aumenta alrededor de 100 a 200 mililitros, al tercer día del nacimiento a 400-500 mililitros en el momento en que el bebé tiene diez días de edad. La producción puede continuar aumentando hasta 1 000 ó 1 200 ml por día. Un niño sano de cuatro meses de edad, de peso promedio y que crece normalmente, si se alimenta al pecho exclusivamente, recibirá de 700 a 850 ml de leche materna en un período de 24 horas. Al considerar que los bebés pueden comer tanto cuanto deseen, siempre tendrán suficiente leche.²²

Ésta es probablemente la única oportunidad en la vida en que una persona puede comer tanto cuanto desee y siempre que lo desee. La alimentación de acuerdo con la demanda - en cualquier momento, día o noche es el método de lactancia que se practica tradicionalmente. Se logra mejor si la madre está feliz, relajada, confiada y libre para estar con su bebé todo el tiempo. En estas circunstancias, la madre y el niño forman lo que se ha denominado una unidad bivalente - una pareja especial. Un litro de leche materna produce cerca de 750 kcal. La leche de vaca suministra más o menos tres veces más proteína y cuatro veces más calcio, lo que equivale al 60 por ciento de los carbohidratos presentes en la leche materna humana.

Casi todos los estudios indican con claridad que los nutrientes que hay en la leche de una madre sana y bien nutrida, satisfacen todas las necesidades nutricionales del niño si consume suficiente leche. Aunque el contenido de hierro de la leche materna es

²² Comité de la lactancia materna. **Ob. Cit.** Pág. 15.

bajo, es suficiente y bien absorbido lo que evita la anemia durante los primeros cuatro a seis meses de vida. La leche de vaca tiene inclusive menor contenido de hierro y el bebé no lo absorbe muy bien, por lo tanto, los niños alimentados con leche de vaca quizá desarrollen anemia por carencia de hierro. La leche materna varía poco entre personas y quizá en menor grado en varias partes del mundo. Además, es distinta al principio y al final de cada comida. La denominada primera leche es más diluida y contiene menos grasa, en comparación con la leche de la última parte de la comida, que es algo más espesa y de apariencia más blanca y con mayor densidad de energía debido a que contiene más grasa.

De particular importancia es la presencia en el calostro y en la leche materna de factores anti infección (que no se encuentran presentes en la fórmula para bebés). Estos incluyen: algunos anticuerpos e inmunoglobulinas que actúan en el intestino del niño y atacan a los organismos que causan enfermedades y evitan así una infección en el bebé; células vivas, sobre todo glóbulos blancos, que pueden producir sustancias importantes como interferón (nombre genérico de un grupo de proteínas antivirales producidas por los animales, entre ellos el ser humano, en respuesta a las infecciones provocadas por virus), inmunoglobulina A, lactoferrina y lisosomas; otros factores, como el factor bífid que ayuda a ciertas bacterias amigas, como los lactó bacilos, a crecer y proliferar en el intestino del niño, donde ayudan a garantizar un entorno ácido (por el ácido láctico) que es desfavorable para el crecimiento de organismos patógenos.

En términos simples, la leche materna contribuye a que el intestino del bebé sea un medio adverso y hostil para los organismos causantes de enfermedad. Las heces de un niño amamantado difieren en su aspecto de las de un niño que se alimenta con fórmula. La ciencia y la industria se han unido para producir sustitutos de la leche

humana con la intención de imitarla en términos de la cantidad de nutrientes que hay en la leche materna. Estos productos, que con frecuencia se denominan fórmulas infantiles, son la mejor alternativa de la leche materna para los bebés que no pueden ser amamantados.

Todas las fórmulas para bebés se basan en leche de mamíferos, por lo general leche de vaca. Aunque las fórmulas infantiles pueden ser la mejor alternativa para la leche humana, no son lo mismo. Incluyen los nutrientes conocidos que el niño necesita, pero quizá no tiene los nutrientes que aún no han sido identificados; en este caso, no es posible saber qué le falta al niño que recibe biberón.

En efecto, en algunos aspectos las fórmulas infantiles son tan distintas de la leche humana, que pueden ser no aptas y peor aún, peligrosas. Comenta Figueroa Carlos, R. Posadas M. Wess, “las leches manufacturadas no tienen las propiedades anti infecciosas y las células vivas que se encuentran en la leche humana. Los productos manufacturados pueden ocasionarle al niño problemas de salud que nunca serían causados por la leche humana. La leche materna, particularmente debido a la inmunoglobulina que contiene, parece proteger a los bebés contra las alergias. En contraste, la leche no humana y las proteínas de vaca presentes en los sustitutos de la leche materna, al igual que otras sustancias que contienen las fórmulas infantiles durante su fabricación, pueden provocar alergias.”²³

1.9.3. Cómo se produce la leche materna?

Hace mención Figueroa Carlos, R. Posadas M. Wess, que “la leche en el pecho se produce en un gran número de estructuras tipo bolsas denominadas alvéolos y luego

²³ Figueroa, Carlos, R. Posadas, M. Wess. **Ob. Cit.** Pág. 83.

los canales lácteos la llevan al pezón. El pezón tiene nervios y es sensible al estímulo. Alrededor del pezón existe un área circular pigmentada que se denomina areola, debajo de la cual se encuentran las glándulas que producen aceite para mantener sanos la superficie del pezón y la areola. La producción de leche es influenciada por hormonas, en particular la prolactina y la oxitocina, y por reflejos.”²⁴

"Mitos sobre la leche materna: son creencias falsas sobre aspectos relacionados con la leche materna.

Mito: La leche materna varía de una persona a otra. Existe una creencia ampliamente sostenida que la composición de la leche materna varía mucho. Esto no es así. La leche materna humana tiene una composición casi constante. Mito: La leche en un pecho es distinta de la leche del otro pecho. En contra de algunas creencias, la leche de ambos pechos tiene la misma composición. Mito: La leche materna se fermenta en los pechos con el calor.

Cuando la leche materna se encuentra en los pechos está perfectamente a salvo.

Mito: La leche materna se puede dañar en los pechos.

Como no se fermenta en los pechos, la leche materna no se daña de ninguna otra manera.

Los autores Figueroa y R. Posadas, continúan indicando que “la succión del pezón por el niño estimula la glándula pituitaria anterior en el cerebro para producir prolactina, que influye sobre los alvéolos para secretar leche. Este mecanismo algunas veces se denomina reflejo de secreción de leche-. La succión también estimula la glándula

²⁴ **Ibíd.**

pituitaria posterior para liberar en la sangre la hormona oxitocina. Ésta se desplaza a los pechos y causa contracciones en los alvéolos y los canales para permitir la salida de la leche. Este efecto de la oxitocina con frecuencia se llama reflejo de descarga.

La oxitocina también tiene otra acción estimulante sobre el músculo uterino para que se contraiga inmediatamente después del parto. Estas contracciones uterinas sirven para reducir la hemorragia. También ayudan a devolver el tono muscular, eliminan el aspecto de embarazo y brindan de nuevo a la madre la forma que no había observado durante el tiempo de gestación.”²⁵

1.9.4. Tendencias de alimentación de los recién nacidos

El porcentaje de madres que lactan a sus niños y la duración de la lactancia varían entre los países y dentro de ellos. Los científicos consideran que la lactancia exclusiva o casi exclusiva durante los primeros cuatro a seis meses de vida, y luego mantenida durante varios meses mientras se introducen otros alimentos, brinda una óptima alimentación al niño. Este ideal, sin embargo, no existe en ningún país. Casi todas las madres en las sociedades tradicionales, sobre todo en áreas campesinas en los países en desarrollo, todavía lactan a todos sus hijos durante un período prolongado. Pocas, sin embargo, practican exclusivamente la lactancia, y muchas no les suministran calostro a sus bebés. En contraste, muchas madres en Europa y América del Norte no lactan a sus hijos.

Durante aquellos años se detectó una marcada declinación en la lactancia en algunos países de Asia y América Latina. A mediados de la década de 1990, hubo un modesto

²⁵ **Ibíd.** Pág. 87.



resurgimiento de la lactancia en los países industrializados del Norte, en particular, entre las madres mejor educadas.

En los países pobres de Asia, África y de América Latina, las tasas de lactancia son con frecuencia menores en las áreas urbanas y más altas en las áreas rurales, donde las personas tienen menos educación. Existen muchas razones para disminuir la lactancia o para el uso innecesario de sustitutos de la leche materna, y los motivos varían de país a país. La promoción activa por parte de los fabricantes de los sustitutos de leche materna es una causa.

Las prácticas promocionales se han regulado ahora en muchos países, pero los fabricantes evitan los códigos de conducta aceptados y promueven sus productos, aunque tales prácticas puedan contribuir a la morbilidad infantil. Las acciones por parte de la profesión médica también han contribuido a la reducción en la lactancia. En general, los sistemas de atención de salud en la mayoría de los países no han apoyado de modo adecuado la lactancia. Incluso, en muchos países en desarrollo los médicos y otros profesionales de la salud han tenido una participación negativa y han contribuido a reducir los niveles de lactancia.

Esta situación está cambiando, pero muchos profesionales de la salud son todavía relativamente ignorantes sobre el tema. La lactancia con frecuencia declina cuando las mujeres rurales se van a las áreas urbanas donde las prácticas modernas pueden reemplazar las tradicionales o estar bajo la influencia de la urbanización. Las mujeres que trabajan en fábricas y oficinas pueden llegar a creer que no pueden combinar su empleo con la lactancia; las condiciones y leyes laborales pueden además dificultar que la mujer pueda tener un trabajo y alimentar a su bebé.

Los libros y revistas, así como los medios de comunicación (sobre todo la TV) y los fabricantes y anuncios de ropa para mujer, destacan los pechos. Como el pecho se puede llegar a considerar como un símbolo sexual dominante, las mujeres pueden entonces no desear amamantar a sus bebés en público, o pueden falsamente llegar a creer que la lactancia deteriorará la apariencia de los pechos. Asimismo, se puede desarrollar la creencia que es mejor y más elegante, alimentar al bebé con biberón. La lactancia se puede considerar como una práctica primitiva, y la alimentación con biberón puede llegar a ser un símbolo de status social.

Como resultado, en muchas áreas del mundo, la lactancia está en declinación a pesar de todos los esfuerzos recientes en su favor, las prácticas tradicionales de lactancia no coinciden con las demandas de las sociedades modernas donde las mujeres tienen que estar ausentes de sus hogares y de sus niños durante períodos prolongados, por lo general para trabajar.

Aunque la legislación laboral en algunos países establece descansos para la lactancia por parte de sus trabajadoras, la distancia del hogar y los problemas de transporte hacen poco práctico que las madres aprovechen estos descansos. Por lo tanto, aunque puede ser posible que una madre lacte a su bebé cuando se encuentran juntos (generalmente en casa), cuando están separados, el bebé debe recibir alimentación por biberón con fórmula infantil.

La madre podría además extraer su propia leche y dejarla para que alguien alimente en su ausencia al bebé con un biberón o una taza y una cuchara, pero en la práctica pocas mujeres lo hacen. Algunas consideran que sacar la leche con un extractor es incómodo (aunque es muy fácil una vez que se aprende la técnica) o desagradable y muy pocas

se preocupan por almacenar la leche materna en forma segura. Suministrar a los bebés sustitutos de leche materna en una edad temprana es peligroso incluso cuando la lactancia continúa.

El reemplazo innecesario parcial y temprano de la leche materna con sustitutos de fórmulas o de biberones, introduce riesgos y algunas veces problemas serios para el niño, la madre y la familia. En 1992, UNICEF y la OMS lanzaron una iniciativa para ayudar a proteger, apoyar y promover la lactancia, mediante el enfoque de problemas en los hospitales, tales como prácticas que no apoyaban la lactancia (por ejemplo, separar a las madres de sus bebés) y otras que influían directamente en las madres para alimentar al niño con fórmulas lácteas (por ejemplo, presentación a las madres de paquetes gratuitos).

Los dos principales objetivos del IHAB fueron terminar la distribución de muestras gratuitas o de bajo costo de sucedáneos de leche materna; y garantizar que las prácticas de los hospitales apoyaran la lactancia. La IHAB puede ser menos importante en países y comunidades donde la mayoría de los bebés nacen fuera del hospital. Puede también tener menor influencia en los hospitales de maternidad de las grandes ciudades en países en desarrollo, donde se da de alta a los bebés en un término de 24 a 36 horas después del parto.

1.9.5. Lactancia y legislación laboral

Varios países facilitan a las mujeres trabajadoras la lactancia de sus niños, y algunos empleadores de mano de obra femenina apoyan la lactancia materna. Sin embargo, éstas son excepciones, cuando debería ser la norma. La Conferencia Internacional sobre Nutrición (CIN) realizada por la FAO/OMS en Roma en 1992, reconoció «el

derecho de los niños y las madres a la lactancia exclusiva. El plan de acción para la nutrición adoptado por la conferencia define que los gobiernos y otros deben apoyar y alentar a las madres para que amamenten y cuiden adecuadamente a sus hijos, tanto si tienen un trabajo fijo como si trabajan ocasionalmente si realizan un trabajo no pagado.

Los convenios y reglamentos de la OIT, sobre este tema pueden ser utilizados como punto de partida. La Convención de Protección a la Maternidad adoptada por la OIT reconoce que las mujeres tienen derecho a licencia por maternidad y a amamantar a sus niños. Sin embargo, en muchos países hay serios obstáculos para que las madres puedan ejercer su derecho a la lactancia.

Entre los obstáculos principales se encuentran, licencia de maternidad muy corta o rechazo de la licencia de maternidad a las empleadas temporales o provisionales; despido del trabajo a quienes toman licencia de maternidad; falta de instalaciones para la atención de los niños las cuales deberían estar disponibles en los lugares donde gran número de mujeres están empleadas; falta de períodos de descanso para que las madres puedan amamantar a sus hijos durante una larga jornada de trabajo; y utilización de las madres trabajadoras como objetivo de las compañías fabricantes de sucedáneos para persuadirlas de alimentar a sus niños con la fórmula en vez de amamantarlos.

Desde este punto de vista se puede determinar que el derecho de maternidad desde el punto de vista médico jurídico posee una gran relevancia al momento de su regulación dentro del ordenamiento jurídico, porque el derecho se nutre de las diversas concepciones derivadas de la medicina para darle a la madre trabajadora una protección acorde a su estado; como se observa en este último análisis de la lactancia



existe marcos de referencia jurídico a nivel internacional que proporcionan razones y fundamentos tanto médicos como jurídicos que permiten demostrar y llegar a la conclusión que la regulación jurídica que se hace en cuanto a los derechos de la madre trabajadora deben ser regulados, mantenidos y desarrollados.

El hecho de que la madre esté en contacto con su bebé más tiempo, tiene como consecuencia que a la sociedad le va a generar una serie de repercusiones positivas que incidirán para que se pueda desarrollar de una mejor manera, tanto la madre al estar segura de su trabajo y que el cuidado de su hijo está regido por normas taxativas expresas, que le asisten para no dejarlo desprotegido en el tiempo en el cual requiere de su presencia.



CAPÍTULO II

2. Contenido del derecho de maternidad

Dentro del derecho de maternidad se desarrollan instituciones que tratan de darle a la mujer trabajadora una protección adecuada al periodo de la maternidad, es por ello que se encuentra el derecho pre natal, post natal, lactancia, inamovilidad o prohibición de despido, salas cunas y guarderías infantiles, las que se desarrollarán a continuación haciendo un análisis objetivo y real que conlleve a demostrar que el Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo, da una mejor y adecuada protección al contenido del derecho de maternidad, y que por lo tanto, debe ser ratificado por el Estado de Guatemala, para que la mujer trabajadora goce de una mejor protección en los centros de trabajo donde desarrolla sus labores diarias.

Se hace referencia a un derecho especial, regulado en el derecho comparado en especial en el derecho español, en el cual, como circunstancias especiales se anota el derecho que tiene el padre, en cuanto a los descansos que contiene el derecho de maternidad, en especial en dos casos primero cuando fallece la madre y segundo cuando se da la adopción.

En cuanto al fallecimiento de la madre, el derecho del padre a gozar de los derechos que confiere el derecho de maternidad, lo adquiere y comenzará desde la fecha del inicio de la suspensión laboral, ante lo cual se verá que el derecho de maternidad se puede continuar con el padre para que él pueda en ese lapso atender las necesidades del recién nacido.

En los casos de adopción y acogimiento, el trabajador, elige indicar la suspensión a partir de la fecha de la resolución judicial, por la que se constituye la adopción, o partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, provisional o definitivo; la prestación económica podrá iniciarse a partir del día siguiente al de la recepción por el interesado del correspondiente documento y estará condicionado al disfrute efectivo del permiso.

En los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los padres al país de origen del adoptado, podrá iniciarse el subsidio hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituya la adopción.

2.1. Derecho pre-natal

La institución jurídica conocida como derecho pre natal, se concibe como el derecho que la mujer trabajadora tiene para que antes del parto o alumbramiento pueda tener un tiempo que le sirva para que el nuevo ser que está por nacer se desarrolle en un ambiente agradable, sin que se pueda producir un riesgo tanto para la vida de la madre como para el hijo.

Desde este punto de vista, este periodo anterior al nacimiento, y que dentro de la legislación guatemalteca, específicamente el Código Civil al hacer un análisis interpretativo de normas regula que la vida se protege desde su concepción, por lo que este periodo en lo mínimo trata de proteger ese postulado civilista que está contenido en la constitución y que con mayor amplitud por ser la rama específica laboral le da mayor amplitud en cuanto a regular situaciones especiales que se dan para proteger el ser que desde su concepción protege la ley en Guatemala acorde a las tendencias del Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo.

El Artículo 152 del Código de Trabajo regula: La madre trabajadora gozará de un descanso retribuido con el cien por ciento de su salario durante los treinta días que preceden al parto, los días que no pueda disfrutar antes del parto, se le acumularán para ser disfrutados en la etapa post parto, de tal manera que la trabajadora goce de ochenta y cuatro días efectivos de descanso durante ese periodo.

Asimismo establece que la interesada para abandonar el trabajo solamente lo puede hacer presentando un certificado médico en que conste que el parto se va a producir probablemente dentro de cinco semanas contadas a partir de la fecha de su expedición o contadas hacia atrás de la fecha aproximada que para el alumbramiento se señale.

Además regula que todo médico que desempeñe cargo remunerado por el Estado o por sus instituciones, queda obligado a expedir gratuitamente este certificado a cuya presentación el patrono deba dar acuse de recibo para los efectos de los incisos b y c del Artículo 152 del Código de Trabajo.

En cuanto a dichos incisos la literal b) del referido Artículo regula que la mujer trabajadora que se le haya concedido descanso tiene derecho a que su patrono le pague su salario, salvo que esté acogida a los beneficios del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, en cuyo caso se debe observar lo dispuesto en los reglamentos que éste ponga en vigor.

La literal c del Artículo 152 del Código de Trabajo regula que en caso de que por circunstancias del parto se de un aborto no intencional o de parto prematuro no viable, los descansos remunerados en la literal a) del referido artículo se verán reducidos a la mitad. En el caso de que la interesada permanezca ausente de su trabajo por un mayor tiempo del concedido a consecuencia de enfermedad que según certificado médico,

deba su origen al embarazo o al parto, y que la incapacite para trabajar, ella conserva el derecho a las prestaciones que determina la literal b) del Artículo 152 del código de trabajo, durante el lapso que exija su restablecimiento, siempre que éste no exceda de tres meses contados a partir del momento en que dejó sus labores.

2.2. Derecho post-natal

Esta institución jurídica está concebida como el tiempo que se le da a la mujer trabajadora, luego de haber nacido el ser protegido desde su concepción, que tiene por objeto el que la mujer trabajadora dedique tiempo para dar al menor los cuidados necesarios para su desarrollo.

Esta institución jurídica viene a poner en contacto un momento especial para la mujer trabajadora y que lo es para toda mujer, como lo es el tener al ser que había estado dentro de su vientre ya físicamente, lo cual desde el punto de vista familiar, médico y social conlleva una realización de la mujer, y por lo tanto es tiempo que se da aún y cuando es poco, el mismo es útil para dar al menor los cuidados básicos que necesita. De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 152 del Código de Trabajo, la madre trabajadora gozará de un descanso retribuido con el ciento por ciento de su salario, durante los cincuenta y cuatro días siguientes al parto.

Además la literal b) del Artículo 152 del Código de Trabajo regula en su parte conducente que la trabajadora, una vez concluido el descanso posterior al parto, o si el respectivo periodo se prolonga conforme al concepto final del inciso c) del Artículo 152 del Código de Trabajo, y que debe regresar a su mismo puesto o a uno equivalente en remuneración que guarde relación con sus aptitudes, capacidad y competencia, y la literal c) a que ya se hace referencia que establece que este derecho se ve reducido a

la mitad si se da un aborto no intencional o un parto prematuro no viable y que en caso de enfermedad a consecuencia del embarazo o parto se puede prolongar hasta un plazo máximo de tres meses.

Asimismo, establece la circunstancia especial del derecho post parto referido a la adopción y establece en la literal f) del Artículo 152 del Código de Trabajo que la mujer trabajadora que adopte a un menor de edad, tendrá derecho a la licencia post-parto para que ambos gocen de un periodo de adaptación, en tal caso, la licencia se iniciará a partir del día inmediato siguiente a aquel en que se le haga entrega del o la menor.

Para gozar de este derecho, la trabajadora deberá presentar los documentos correspondientes en que se haga constar el trámite de adopción, y en este caso especial de periodo post natal se puede observar, que no obstante, se le otorga este derecho el mismo se ve reducido a lo cual en este punto de acuerdo a los principios de garantías mínimas que establece nuestro derecho laboral y el principio pro-operario, el mismo debería reconocer en su totalidad, toda vez que la adaptación ante una adopción es también una circunstancia especial, que se logra a través del tiempo y si no se otorga un tiempo amplio y suficiente, se restringe las posibilidades de que ese adaptamiento se dé en la forma adecuada o a un descanso de maternidad de doce semanas después del parto.

2.3. Derecho de lactancia

Esta institución jurídica está contenida dentro del Artículo 153 del Código de Trabajo, y regula que toda trabajadora en época de lactancia puede disponer en el lugar donde trabaja de media hora dos veces al día durante sus labores, con el objeto de alimentar a su hijo. La trabajadora en época de lactancia podrá acumular las dos medias horas a

que tiene derecho a entrar una hora después del inicio de la jornada o salir una hora antes de que ésta finalice, con el objeto de alimentar a su hijo o hija. Dicha hora será remunerada y el incumplimiento dará lugar a la sanción correspondiente para el empleador.

Este derecho se ha venido regulando como se vio en el capítulo anterior, desde el año 1919, es por ello y en base a datos médicos, que se puede concluir que es efectivamente positivo el hecho que este derecho se vea regulado dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, porque lleva una serie de hechos positivos a toda sociedad, desde varios puntos de vista como por ejemplo: Se indica socialmente al tener la mujer trabajadora dentro de la sociedad, el que su hijo se desarrolle dentro de un ambiente que le permita introducir a un nuevo ser con todas las calidades médicas de salud a la misma, familiarmente porque dentro de la familia se podrá tener a la madre desde la concepción como lo regula la ley, pero en este caso específicamente con el hecho de que al lactar a su hijo, podrá permitir un mejor desarrollo dentro de la familia, médicamente el que su hijo se desarrolló dentro de parámetros reconocidos científicamente que permitan tener a un ser saludable dentro de la sociedad.

Todo lo anterior, dentro de un marco jurídico que provee de una serie de herramientas, para llegar a hacer efectivo el cumplimiento de los derechos que concede la maternidad y que las instituciones tanto públicas como privadas, deben un respeto al mismo para poder cumplir con la normativa que regula el derecho de lactancia.

2.4. Prohibición de despido

Esta institución jurídica está concebida como el derecho que tiene la mujer trabajadora de no ser despedida durante el tiempo que dure su embarazo, entendiéndose en los



periodos pre y post natal, así como el derecho de lactancia. Esto con el fin de garantizar la inamovilidad, que permita a la mujer trabajadora el no trasladar estrés por no tener trabajo o preocupaciones que indirectamente vienen a afectar a su hijo.

Esta institución venía a ser concebida como lo último en garantía laboral, ya que el no permitir que la mujer trabajadora sea despedida durante este tiempo, le garantizaría una serie de situaciones que le garantizan una estabilidad física y emocional acorde al momento por el que está pasando, pero se da la situación, de que este derecho es burlado por los patronos, por medio de los cuales despiden disfrazadamente a las mujeres trabajadoras que tienen esta protección a través de renunciadas forzadas, dada la idiosincrasia de este país guatemalteco, por lo que en esta materia ha de realizar una difusión objetiva y real para que la parte patronal no abuse de este derecho o lo restrinjan, tergiversen o anulen, porque estarían atentando contra los derechos humanos inherentes a la persona concebida como mujer trabajadora el cual queda contenido dentro de los derechos humanos de la segunda generación.

Esta circunstancia se ve regulada dentro del ordenamiento jurídico sustantivo guatemalteco, dentro del Código de Trabajo en el Artículo 151 literal c) que indica que se prohíbe a los patronos despedir a las trabajadoras que estuvieren en estado de embarazo o periodo de lactancia. Salvo que por causa justificada originada en falta grave a los deberes derivados del contrato de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 177 de este código. En este caso, el patrono debe gestionar el despido ante los tribunales de trabajo para lo cual deberá comprobar la falta y no podrá hacer efectivo el mismo hasta no tener la autorización expresa y por escrito del tribunal, en caso el patrono no cumpliera con la disposición anterior, la trabajadora podrá concurrir a los tribunales a ejercitar su derecho de reinstalación en el puesto de trabajo y tendrá

derecho a que se le paguen los salarios dejados de devengar durante el tiempo que estuvo sin laborar.

De acuerdo con lo antes anotado, la normativa jurídica laboral le garantiza a la mujer trabajadora el derecho a no ser despedida cuando esté en el periodo pre, post natal y lactancia, todos estos parte del derecho de maternidad, y que este derecho legalmente solo puede ser destruido a través de comprobar ante un órgano jurisdiccional una causa que justifique el despido de la mujer, y que no puede hacer efectivo el mismo hasta que no cuente con la autorización expresa del juzgado de trabajo, y que si es despedida sin observar lo antes anotado puede acudir ante los órganos jurisdiccionales a solicitar su reinstalación, situación que en muchos casos se da, pero dada la circunstancia que por una reinstalación regresa a sus labores, la relación laboral se vuelve insostenible ya que la ley no contiene normas que vigilen el cumplimiento de la reinstalación y que una vez reinstalada la mujer no sea objeto de actos de venganza que deriven en que la mujer deba renunciar por las circunstancias que se dan dentro de una relación laboral.

2.5. Salas cuna y guarderías infantiles

En cuanto a este punto, tanto a nivel de regulación, se toma como por ejemplo en la república de Chile y lo regulado dentro de la legislación guatemalteca, para tener un elemento de referencia, que permita conceptualizar lo que es este derecho que tiene toda madre como consecuencia del nacimiento de un menor hijo, ya que el mismo va referido al derecho de tener al menor cerca de la madre y los requisitos que deben cumplirse y que cada vez deben ser más flexibles, para que el mismo sea efectivo hacia quien va dirigido como en el presente caso a las madres trabajadoras quienes luego del nacimiento de un menor, tienen que tener las facilidades necesarias, para atender al

menor y que con ello se garantice a nivel social que la persona que ha nacido, ha recibido los elementos y cuidados necesarios para vivir en sociedad, y que la misma le ha dado el tiempo suficiente para que en su desarrollo pueda adquirir los hábitos necesarios para desarrollarse a nivel social de una mejor manera.

El autor Carrillo Cabrera Víctor Rodolfo, realiza un estudio sobre este derecho para establecer los presupuestos necesarios y como preámbulo establece que el mismo “se da en relación con los hijos menores de dos años, el derecho a la sala cuna el cual debe darse dentro de las empresas que cuenten con 20 trabajadoras o más, obligatoriamente.”²⁶

Menciona adicionalmente Carrillo Cabrera, en el análisis que realiza de la legislación laboral chilena, contempla una serie de normas que protegen la maternidad. Entre ellas, está “la obligación del empleador de proporcionar a sus trabajadoras una sala cuna para sus hijos menores de dos años. Esta obligación recae en todas aquellas empresas que tengan 20 o más mujeres (no importa su estado civil), independientemente de si trabajan juntas, en la casa matriz y/o en sucursales o agencias de la misma. En caso de un centro comercial, por ejemplo, el número de trabajadoras se cuenta respecto de todos los locales existentes en él, incluyendo aquellas tiendas cuyo empleador está obligado a otorgarles sala cuna en forma independiente. Además, este derecho es válido tanto en el sector privado como en los organismos públicos.”²⁷

²⁶ Carrillo Cabrera, Víctor Rodolfo. **Tutelaridad y garantías mínimas vrs. flexibilidad en el derecho de trabajo.** Pág. 142.

²⁷ **Ibíd.** Pág. 143.

2.5.1. Formas de cumplir

Esta circunstancia viene vinculada a la forma en la cual se le da facilidades al patrono, para que pueda cumplir con la obligación de otorgarles a las madres trabajadoras, local apropiado, para que ellas puedan tener a sus menores en un cuidado debido, esta circunstancia se ha nominado formas de cumplir porque la ley para que se adapte a las circunstancias sociales, regula una serie de elementos a tener en cuenta, tanto por los patronos como por los trabajadores, para que al poner en movimiento dicha regulación se pueda tener opciones de cómo darle cumplimiento a un derecho humano que debe garantizarse a toda persona que ha nacido.

La empresa puede cumplir esta obligación de tres formas: manteniendo una sala cuna propia, en conjunto con otras empresas de una misma zona geográfica o pagando directamente a la sala cuna a la que la mujer lleva a su hijo.

En ningún caso, el empleador puede cumplir esta obligación pagando directamente a la trabajadora una suma de dinero, que compense los gastos que a ella le significa la atención y el cuidado del menor, en un lugar que no sea una sala cuna, como por ejemplo, a cargo de una enfermera en su propia casa o de una vecina. Además, la sala cuna debe estar autorizada por la Junta Nacional de Jardines Infantiles (Junji).

Ahora bien, en caso de que la trabajadora no desee llevar a sus hijos a la sala cuna que ha dispuesto el empleador, es recomendable que exista alguna constancia de esta decisión, por ejemplo, que se agregue a su carpeta personal una carta en que ella expone los motivos por los cuales desiste de hacer uso de su derecho a sala cuna. De otro modo, la empresa queda expuesta a ser sancionada por un inspector del trabajo con una multa alta.

Junto con el beneficio de la sala cuna, la empresa debe permitir que la madre dé alimento a sus hijos menores de dos años en dos porciones de tiempo que conjuntamente no pueden exceder de una hora (esto es solo para el alimento, sin considerar el tiempo de traslado) tema relativo al derecho de lactancia que ya fue analizado.

La expresión -dar alimentos- tiene un sentido amplio y no queda restringido al amamantamiento y la leche materna, sino que a cualquier otro alimento que la madre proporcione a su hijo.

Aunque este derecho es irrenunciable, solo corresponde a aquellas madres que tienen a sus hijos en la sala cuna y dura hasta que el hijo cumple dos años de edad. El tiempo dedicado a esta función, así como el tiempo de traslado desde y hacia la sala cuna para cumplir estas funciones, corren a cargo del empleador, por lo que este no puede descontarlo de la remuneración de la empleada. El empleador también debe pagar todos los gastos de movilización en que incurra la trabajadora para dejar a su hijo en la sala cuna y trasladarse ella a alimentarlo durante el desarrollo de la jornada laboral.

Es importante señalar que cuando es el empleador el que proporciona la sala cuna, ya sea en forma individual o con otras empresas, todos los gastos asociados a la manutención y funcionamiento de la misma corren de cargo del empleador, lo que incluye la alimentación de los menores que son atendidos en el lugar.

En el caso de que el número de trabajadoras de la empresa disminuyera a menos de veinte, la empresa continúa obligada a proporcionar este beneficio a las mujeres que ya lo tenían, pero no a las nuevas dependientes.

Finalmente, hace mención Carrillo Cabrera Víctor Rodolfo, “es importante destacar que el derecho a sala cuna y alimentos son inseparables uno del otro, en términos que si la empresa tiene menos de 20 trabajadoras entonces no existirá obligación del empleador de proporcionar estos beneficios.”²⁸

Como se puede observar esta legislación se encuentra bastante avanzada y para punto de comparación con la legislación guatemalteca vemos que el análisis que realiza el abogado en mención se ajusta a las garantías mínimas como establece la doctrina en relación con estos derechos, y la legislación guatemalteca está muy atrasada, ya que exige para otorgar el derecho un número de trabajadoras el cual ha de ser de treinta, ante lo cual se observa que mientras más grande es el número de trabajadoras que se exige, es de más difícil cumplimiento, ya que por el tipo de empresas que existe en Guatemala y que en muchos casos el número de trabajadores total no es grande, lo que hace muy difícil o imposible obtener un número de treinta trabajadoras para que se pueda otorgar tal derecho, y aún más en la legislación guatemalteca, la cual establece que el mismo se puede otorgar en una forma sencilla, de acuerdo con las posibilidades económicas del patrono.

Por lo tanto, de acuerdo con las consideraciones que se hacen dentro del presente trabajo, la legislación interna tiene que ser más coherente con los tratados internacionales ratificados por Guatemala y con el desarrollo social del derecho que es al cual se debe adecuar toda normativa que se dé en Guatemala, por lo que en ese orden de ideas debe adoptarse normas que regulen de una forma más efectiva dicho derecho, y que no sean normas solamente vigentes, cuando lo que se necesita es que

²⁸ *Ibíd.*

sean positivas, ya que el derecho que regula incide fundamentalmente en Guatemala, ya que va dirigido a quienes serán las generaciones futuras de Guatemala.

Asimismo, para que se cumplan además con las circunstancias médicas, psicológicas y sociales, que en su conjunto determinan desde la primera edad, cuál va a ser el comportamiento del menor, por lo que de acuerdo con los postulados que inspiran el derecho laboral, las ideas que se han expresado en el presente capítulo es que se llega a la conclusión que debe darse una mejor protección en este punto a la mujer trabajadora y tratar de cumplir la legislación interna, que no obstante, impone una serie de obligaciones previo a otorgar este derecho, las mismas de acuerdo con el desarrollo social y los convenios como el que es objeto del presente trabajo sean reducidos, para que tanto la mujer trabajadora desarrolle sus actividades de una mejor manera, sabiendo que su hijo estará bajo cuidados debidos y por lo tanto se desarrollará en un mejor ambiente laboral, físico, mental y social.

2.6. Inamovilidad

La inamovilidad es el privilegio del cual goza la mujer en estado de gravidez o embarazada. El Artículo 151 del Código de Trabajo señala: Despedir a las trabajadoras que estuvieren en estado de embarazo o período de lactancia, quienes gozan de inamovilidad. Salvo que por causa justificada originada en falta grave a los deberes derivados del contrato, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 177 de este Código. En este caso, el patrono debe gestionar el despido ante los tribunales de trabajo para lo cual deberá comprobar la falta y no podrá hacer efectivo el mismo hasta no tener la autorización expresa y por escrito del Tribunal. En caso el patrono no cumpliera con la disposición anterior, la trabajadora podrá concurrir a los tribunales a

ejercitar su derecho de reinstalación en el trabajo que venía desempeñando y tendrá derecho a que se le paguen los salarios dejados de devengar durante el tiempo que estuvo sin laborar.

2.7. Estado de gravidez o embarazo

Según la definición que establece Cabanellas Guillermo, en sentido general, el embarazo es: "Impedimento, dificultad, obstáculo. Estado en que se halla la hembra gestante. Encogimiento, falta de soltura en los modales o en la acción."²⁹

Médicamente, el embarazo comienza cuando el espermatozoide de un hombre fecunda el óvulo de una mujer y este óvulo fecundado se implanta en la pared del útero. Como el embarazo altera los esquemas hormonales normales de una mujer, uno de los primeros síntomas del embarazo es la pérdida del periodo menstrual.

Otros síntomas son: aumento de la sensibilidad de las mamas, cansancio, náuseas, sensibilidad a los olores, mayor frecuencia en la micción, cambios de humor y aumento de peso. Ciertas mujeres también experimentan deseos de sustancias poco usuales, como hielo, arcilla o almidón de maíz. Este estado, llamado pica, puede ser indicativo de una insuficiencia de hierro u otros nutrientes. Antes de la duodécima semana de embarazo es posible que algunos de estos síntomas remitan, pero aparecen otros. Por ejemplo, los senos aumentan de tamaño y se oscurecen los pezones.

El síntoma más evidente es el aumento de peso. En la actualidad la mayoría de los médicos aconsejan que el aumento de peso no supere los 12 kilos al final del embarazo.

²⁹ Cabanellas, Guillermo. **Compendio de derecho laboral**. Pág. 289.

Los primeros meses del embarazo son los más críticos para el niño en desarrollo, ya que durante este periodo se forman su cerebro, brazos, piernas y órganos internos.

Es por esta razón que una mujer embarazada debería tener especial cuidado antes de tomar ningún tipo de medicación si no es aconsejada por un médico que conoce su estado. También debería evitar los rayos X y el consumo de tabaco y alcohol.

2.8. Estabilidad relativa

Garantizar a las mujeres embarazadas y a las madres jóvenes que no van a perder su empleo por embarazo, por ausencia del trabajo durante el descanso de maternidad o por parto, es un elemento esencial de la protección de la maternidad. Esta garantía es inseparable de su derecho a una licencia de maternidad y a unas prestaciones en dinero que garanticen su manutención durante este período.

Constituye además un requisito para evitar que la maternidad se convierta en fuente de discriminación para las mujeres en materia de empleo. A este efecto, es importante que la ausencia de la mujer durante el descanso de maternidad no tenga consecuencias negativas al reanudar sus actividades profesionales tras este descanso, ni menoscabe los derechos concomitantes al contrato de trabajo, especialmente los que están relacionados con la antigüedad en la empresa, como las vacaciones pagadas anuales, o con la duración de la actividad profesional, como por ejemplo la jubilación.

El autor Barajas Montes de Oca Santiago, la estabilidad es entendida como “el derecho que todo trabajador por cuenta ajena tiene a conservar su empleo, con la correlativa obligación patronal de mantenerle en el mismo, salvo que aquél hubiese incurrido en causa justificada de despido legalmente determinada. La estabilidad se llama propia, cuando el empleador se encuentra privado de toda posibilidad de romper el contrato

laboral por su sola y arbitraria voluntad; y se denomina impropia, cuando el empleador puede despedir injustificadamente al empleado substituyendo la estabilidad por la indemnización que la ley establezca para ese supuesto. Generalmente, la estabilidad propia afecta por lo menos teóricamente a los empleados públicos; y la estabilidad impropia, a los de actividades privadas.”³⁰

Por la importancia que representa la protección del estado de gravidez y la maternidad de la madre trabajadora deben hacerse esfuerzos para que éstas disfruten de ciertos beneficios antes y después del parto, así como la estabilidad en el empleo durante estos períodos.

Hasta antes de 1992, la Ley establecía que no se podía despedir por motivo de embarazo. La nueva legislación del Código de Trabajo en su Artículo 151 inciso c), reformado por el Artículo 11 del Decreto 64-92 del Congreso de la República, establece la prohibición de despedir a las trabajadoras que estuvieren en estado de embarazo o período de lactancia, gozando de inamovilidad. Con esta reforma se logró ampliar el ámbito de protección, pues el sólo hecho de estar embarazada es causa suficiente para que no pueda ser despedida de forma directa.

Cabe señalar que el mismo Artículo que establece este beneficio obliga a la trabajadora a darle el aviso de su estado al empleador, quedando desde ese momento provisionalmente protegida y dentro de los dos meses siguientes deberá aportar certificación médica de su estado de embarazo para su protección definitiva. Esta disposición es claramente de tipo formal y en algunos tribunales se considera un

³⁰ Barajas Montes de Oca, Santiago. **Conceptos básicos de derecho del trabajo**. Pág. 319.

requisito de validez para la procedencia de la inamovilidad. En otras palabras, si no da ese aviso o no presenta la certificación, entonces no goza de dicha inamovilidad.

Para otros el mero hecho de estar embarazada es suficiente y esos requisitos son exigencias meramente formales que corresponden más al campo del derecho civil y no del tutelar del derecho laboral.

Sin embargo, ni el Convenio 103 ni la Recomendación 95 (que se circunscriben estrictamente a la protección de la mujer ya empleada) contemplan el caso de la mujer en busca de empleo, que es el caso más complejo en relación con la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres. Es también el caso más delicado, porque la maternidad y las responsabilidades familiares que de ella se derivan siguen influyendo mucho en la imagen que se tiene de la mujer en el trabajo, y los empleadores pueden tener en cuenta estos factores a la hora de seleccionar a los candidatos para un puesto de trabajo.

Se plantea entonces una cuestión de gran importancia: ¿cómo conseguir que los empleadores no excluyan a las candidatas en edad de procrear, que asumen la mayor parte de las responsabilidades familiares, cuando su posible ausencia del trabajo durante el descanso de maternidad (o durante el período aún más largo de la licencia parental) va a obligarles a realizar un esfuerzo de organización o a pagar una prestación personal en dinero durante esta ausencia? La cuestión es tanto más delicada cuanto que entra en el terreno de lo privado, cuya protección y conciliación con las exigencias profesionales no se ha considerado verdaderamente hasta hace relativamente poco tiempo. Sin embargo, los legisladores e interlocutores sociales de los diferentes países no han dejado de señalar la importancia de estas cuestiones.

En 1997, la Organización Internacional del Trabajo adoptó y publicó un repertorio de recomendaciones prácticas sobre la protección de los datos personales de los trabajadores, en el que se precisa que el tratamiento de datos personales no debería conducir a una discriminación ilícita en materia de empleo u ocupación, cuestión que se trata también en el Convenio 111. Leído junto con este convenio (que desempeña un papel preponderante para el fomento de la igualdad y que tiene por objeto garantizar el derecho a un examen equitativo de todas las candidaturas a un empleo, sin discriminación por razones de sexo, estado civil, situación familiar, embarazo o parto), el repertorio subraya la discriminación que resultaría -por ejemplo- de unas medidas que tuviesen por objeto detectar un posible embarazo en el momento de la contratación.

Es obvio que la inamovilidad se otorga como un beneficio laboral, porque en el fondo lo que se protege es el puesto de trabajo, o sea que la trabajadora no sea despedida por su estado de gravidez. En muchas actividades incide el hecho de que la trabajadora esté embarazada, ya sea porque limita su actividad, lamentablemente también por presentación o por meras disposiciones administrativas, además por el hecho de la interrupción de los períodos prenatal y postnatal y el pago de ese tiempo con la suspensión individual parcial, cuando no se cuenta con la cobertura del seguro social.

Básicamente por esas razones es que muchos empleadores preferirían prescindir de la trabajadora embarazada y en ese sentido hasta pasan por alto las regulaciones laborales y sin muchos trámites despiden a la trabajadora inmediatamente al tener noticias de su estado.

Por lo anterior, es que en la práctica se presentan muchos problemas y diferentes criterios de aplicación, entre ellos:

2.8.1. Puede ser motivo de despido

El Código de Trabajo de Guatemala, señala que no se puede despedir por razón de embarazo. Ahora bien, ¿qué pasará en el caso de una trabajadora que efectivamente esté en tal estado, pero que por su actitud en el trabajo dé sobrados motivos para ser despedida, como por ejemplo ausencias, atrasos, desobediencia a instrucciones etc.?

El hecho de su estado no debe implicar una inamovilidad absoluta; existe la protección de ser inamovible, pero en cuanto al embarazo como motivo del despido. Debe, sin embargo, mantenerse la posibilidad al patrono de despedir por causa justificada, esto es, que si la trabajadora incurre en causal de despido, éste proceda sin limitación y sin derecho a indemnización a la trabajadora.

Conforme al texto legal y como el mismo se ha implementado en la práctica, existe incertidumbre acerca de si, en términos generales, se puede o no despedir a una trabajadora embarazada. Consideramos que el derecho al despido justificado debe mantenerse, pues una trabajadora por el hecho de su estado, y aún más, con motivo del mismo, debe observar una actitud consecuente, es decir, que el embarazo no es un escudo que la proteja permitiéndose actitudes indebidas que normalmente no tomara. O sea que no debe considerarse necesariamente que cualquier despido de una trabajadora expectante se deba meramente al hecho del embarazo, pues pueden darse otros motivos. Por lo mismo, el caso de una trabajadora embarazada que hubiera dado motivos justos de despido, debe dilucidarse ante un Tribunal. Aparte es el problema en la práctica para el patrono de probar esa otra causal que pudiere haberse invocado para el despido.

La prohibición absoluta de dar por terminada la relación de trabajo durante la licencia de maternidad o de comunicar el despido durante dicho período se encuentra en la legislación de un cierto número de países, y se inspira en la del Convenio núm. 103. No se trata aquí de proceder a un análisis exhaustivo de la jurisprudencia de los diferentes países, que es lo único que permitiría apreciar el alcance real de las disposiciones legales, pero éste parece ser el caso en los países que se citan a continuación: Bahrein, Belice, Benin, Botswana, Burkina Faso, Burundi, Camboya, Congo, Fiji, Gabón, Ghana, India, Israel, Lesotho, Jamahiriya Árabe Libia, Madagascar, Malí, Marruecos, Mauritania, Níger, Nigeria, Uganda, Senegal, Islas Salomón, Sri Lanka, Chad y Uruguay.

En muchos países, a esta prohibición de despedir durante la licencia de maternidad se añaden disposiciones que amplían la protección contra el despido más allá de este período, es decir, la protección se extiende al embarazo y a un determinado período después de la reintegración al trabajo. Sin embargo, cabe señalar que la prohibición de despedir durante la licencia de maternidad, aun cuando sea absoluta, no garantiza a las mujeres sino una protección limitada: esta prohibición no las protege contra el despido durante el embarazo, ni cuando se reintegran al trabajo una vez finalizado el descanso de maternidad.

En el transcurso de los años, las legislaciones y prácticas nacionales han evolucionado en muchos países por efecto de la jurisprudencia, de manera que, además de garantizar la seguridad del empleo durante la licencia de maternidad, han establecido una protección más amplia que engloba el embarazo y el período puerperal. Con ello, el carácter de la protección ha cambiado también, de forma que ya no tiene un carácter tan absoluto, y se admite el despido por motivos que se consideren legítimos y que no

estén relacionados con la maternidad, conforme a las disposiciones generales sobre la terminación de la relación de trabajo, como falta grave o incumplimiento grave por parte de la trabajadora de las obligaciones que se derivan del contrato de trabajo, cese de las actividades de la empresa, fuerza mayor, terminación normal del contrato de trabajo o fin de los trabajos para los que la mujer ha sido contratada.

Entre los países en los que se permite la terminación de la relación de trabajo por motivos que se consideran legítimos y que no estén relacionados con la maternidad, figuran Arabia Saudita, Austria, Belarús, China, República de Corea, Ecuador, El Salvador, Francia, Hungría, Indonesia, Italia, Liechtenstein, Madagascar, Malasia, Malta, Mozambique, Namibia, Nueva Zelanda, Pakistán, Panamá, Países Bajos, Rumania, Federación de Rusia, Singapur, Suecia, Swazilandia, República Árabe Siria, Venezuela y Vietnam. Así pues, actualmente en muchos países rige el principio, formulado de muy diversas formas, de que la mujer embarazada, ausente del trabajo por licencia de maternidad o que ya se ha reintegrado a su trabajo al término de esta última, sólo puede ser despedida por un motivo justificado, que no esté en relación con su estado, su ausencia por maternidad, el período de lactancia o porque sea una madre joven.

Este mismo planteamiento figura en el Convenio número 158 sobre la terminación de la relación de trabajo, según el cual ni el embarazo, ni la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad, ni las responsabilidades familiares constituyen causas justificadas para la terminación de una relación de trabajo. Por su parte, la Directiva europea 92/85 solicita a los Estados Miembros de la Unión Europea que adopten las medidas oportunas para prohibir el despido de las trabajadoras durante el período

comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado.

Uno de los factores es la protección que depara la legislación. La principal cuestión, como sucede siempre cuando se trata de la terminación de la relación de trabajo, consiste en garantizar que realmente la mujer sólo pueda ser despedida por un motivo que no esté relacionado ni con el embarazo, ni con la licencia de maternidad, ni con la presencia de un niño en el hogar. Los Tribunales de Trabajo desempeñan una función decisiva a la hora de garantizar el respeto de las disposiciones legales y de apreciar la validez de los motivos invocados por el empleador y la relación que guardan con la maternidad. Parece además que hay muchos casos contenciosos.

Como sólo se recurre a los tribunales en última instancia, hay varios medios para que la protección contra la terminación de la relación de trabajo quede efectivamente garantizada. Entre esos medios cabe destacar la obligación del empleador de dar motivos justificados de despido por escrito, tal como contemplan tanto la Directiva 92/85 de la Unión Europea como la mayor parte de las legislaciones de sus Estados miembros, así como la imputación de la carga de la prueba al empleador y la información o autorización previa de la autoridad competente (inspección del trabajo, consejo o comité de empresa).

Es claro que el despido por simple voluntad del patrono, aun reconociendo el pago de indemnización, no es procedente, pues en todo caso se presumiría que es debido al estado de embarazo. Debe entonces contar con la debida autorización judicial. En algunas legislaciones la ley protege contra despidos injustificados relacionados con la maternidad, disponiendo expresamente que la mujer no pueda ser despedida por una

disminución de la productividad durante el embarazo. Esto es lo que ocurre en Grecia y Honduras.

Para terminar este apartado, podemos preguntarnos qué pasa cuando una mujer es despedida y cuál es el efecto de este despido si se produce por causa justificada (como la quiebra o cese de la empresa empleadora) o por falta grave de la trabajadora, poco antes o durante la licencia de maternidad. Parece que hay que distinguir dos situaciones: la de la mujer que reúne las condiciones necesarias para beneficiarse de las prestaciones de maternidad concedidas en virtud de un sistema de seguridad social o de un seguro médico y la que no reúne estas condiciones o no está cubierta por un sistema de este tipo, porque por alguna razón esté excluida de dicho sistema o porque no exista tal sistema y corresponda al empleador pagar la indemnización correspondiente al descanso de maternidad.

En el primer caso, el despido no suele obligar al pago de indemnizaciones y la mujer podrá beneficiarse de éstas durante el período de descanso. En el segundo caso, su situación parece ser más precaria. Sin embargo, en algunos países está expresamente previsto el pago de una indemnización. La ley protege a la mujer, le da tranquilidad en cuanto al hecho de que por estar en estado de embarazo no se le va a privar de su trabajo por ese motivo.

2.8.2. Indemnización o reinstalación

El origen de la reinstalación proviene de la contravención o vulneración de la garantía de estabilidad contenida en todos los contratos individuales de trabajo a favor de los trabajadores. Ahora bien, en el caso guatemalteco la garantía de estabilidad se encuentra respaldada únicamente por la imposición del empleador de pagar la



indemnización por tiempo de servicio en el caso de ejecutar actos, que como el despido injustificado vulnera la garantía de estabilidad que hace indefinidos todos los contratos de trabajo.

La reinstalación es aquel derecho que la ley confiere al trabajador en ciertos y determinados casos para ser restituido en el mismo puesto y condiciones de trabajo en el que se venía desempeñando, en virtud de haberse vulnerado la garantía de estabilidad que lo protege.

Procesalmente la reinstalación se concibe como la obligación que los Tribunales de Trabajo y Previsión Social imponen al empleador que ha despedido en contravención a la garantía de estabilidad a un trabajador en aquellos casos en que la ley contempla este derecho a favor del trabajador.

La ley protege a la madre trabajadora en estado de gravidez, que por lo mismo y en cuanto a tal hecho es inamovible. Es entendido entonces que, si el patrono quiere despedir a la trabajadora, debe existir y probarse un motivo suficiente; en caso contrario, el despido no produce efecto, es decir, es nulo. Por lo tanto, la trabajadora tiene el derecho pleno de regresar a su trabajo o, lo que es aún mejor para ella, seguir devengando su salario regular aunque no se le asigne labor alguna.

El derecho de la mujer a ocupar nuevamente su antiguo puesto de trabajo después de la licencia de maternidad emana normalmente de forma implícita de la propia licencia de maternidad, dado que la actividad se interrumpe de forma temporal de la misma forma que durante las vacaciones anuales, y éstas no están sujetas a disposiciones legales expresas. Sin embargo, este tipo de disposiciones figuran en la legislación de muchos países (Comores, Malí). En otros se enuncia el derecho de la mujer a recuperar su

puesto anterior en la empresa. Este es el caso de Bolivia, Brasil, Colombia, Cuba, Dominica, Irlanda y Mongolia. En España y en México, la trabajadora conserva su puesto de trabajo durante un año después del parto.

En Francia, el derecho de la mujer a ocupar nuevamente su antiguo puesto está expresamente garantizado cuando ésta ha tenido que ser transferida a otro puesto durante su embarazo. En Afganistán, Bahamas, Barbados, Finlandia, Luxemburgo, Malta y Swazilandia, la mujer tiene derecho a ocupar nuevamente el puesto que tenía u otro equivalente. En Costa Rica, la reintegración supone volver a ocupar el puesto antiguo u otro que se adapte a las capacidades y a la competencia de la trabajadora, a reserva de que, en este último caso, la remuneración sea idéntica.

En muchos países, la reintegración al trabajo anterior se efectúa automáticamente: la mujer vuelve a ocupar su puesto a partir de la fecha en que expire su licencia de maternidad. También sucede que el ejercicio de este derecho se ve acompañado de ciertas formalidades, como en Granada y en Irlanda, en donde está condicionado a una notificación previa.

Si no existen disposiciones legales, estas formalidades se precisan a veces en los convenios colectivos. En Bahamas, un convenio colectivo aplicable a la hostelería y a la restauración prevé que el empleador debe ser informado de que la mujer tiene intención de volver a ocupar su antiguo puesto de trabajo en un plazo de seis semanas a partir de la fecha del parto; en ausencia de notificación, el empleador puede interpretar que la trabajadora no se propone volver a su antiguo puesto y éste puede dar por terminada la relación de trabajo.

En algunos casos, entre los requisitos vinculados al ejercicio del derecho de ocupar nuevamente el trabajo se encuentra la presentación de un certificado médico que pruebe que la mujer está en condiciones de poder llevarlo a cabo. La reintegración después de una ausencia más larga, en particular, después de una licencia parental, está también a veces sujeta a un plazo más largo de notificación previa.

Sin embargo, el derecho de la mujer de volver a ocupar su antiguo trabajo no está reconocido universalmente. En los Estados Unidos, la ley sobre permisos por familiares a cargo y permisos médicos prevé que el empleador pueda negarse a reintegrar a determinados empleados con salarios elevados. Ello es necesario para evitar un perjuicio económico grave y sustancial a sus actividades. Como ya hemos visto con respecto al Reino Unido, incluso cuando está expresamente previsto, el derecho a ocupar nuevamente el antiguo trabajo o un trabajo equivalente puede verse afectado por determinadas excepciones que limitan el alcance práctico.

Se pone de relieve la evolución de la legislación y la práctica nacional en la protección de las trabajadoras contra el despido, en relación con las normas que contempla el Convenio número 103 se tiende a una protección más amplia, en la medida en que esta protección no sólo se limita al período de ausencia durante la licencia por maternidad, sino que se aplica también desde el embarazo, y se extiende al período de vuelta al trabajo que hay que conciliar con las responsabilidades familiares. Pero esta protección es también relativa, ya que se admite que, conforme a las normas aplicables a la protección contra el despido en general, la mujer puede ser despedida por motivos que no estén relacionados con la maternidad.



Es en este punto donde surgen dificultades, ya que no es fácil asegurar que el despido no guarde ninguna relación con la función de la mujer en la procreación. Esta es una tarea que concierne a la vez a los empleadores, a las trabajadoras, a sus organizaciones representativas, al órgano legislativo y a la justicia de cada país.

Como menciona al inicio del capítulo, aún es más importante velar para que la maternidad no constituya un obstáculo, desde el momento mismo de la contratación, para las mujeres que (en número creciente) deban o quieran conciliar la maternidad con el ejercicio de una actividad profesional. Es una responsabilidad que intentan asumir cada vez más los que se preocupan por que se ponga en práctica la igualdad entre hombres y mujeres en el trabajo y en la sociedad.

Cada vez hay más países, especialmente los industrializados, que adoptan medidas encaminadas a luchar contra la discriminación en el momento de la contratación al prohibir todo procedimiento del empleador tendente a descubrir si la candidata está embarazada.

Pero aún queda mucho por hacer para alcanzar este objetivo, y para que esta preocupación loable no perjudique indirectamente al empleo de las mujeres en edad de procrear.





CAPÍTULO III

3. Leyes que protegen el derecho a la maternidad por parte de las mujeres trabajadoras

3.1. Artículos 101 y 106 de la Constitución Política de la República de Guatemala

En cuanto a este capítulo, se inicia de acuerdo a la pirámide de Kelsen que contiene una clasificación que se puede hacer de las leyes atendiendo a su jerarquía, por lo tanto iniciamos con la Constitución Política de la República de Guatemala, en virtud de que es ésta sobre la base que se desarrollara el derecho interno en cuanto a la protección a la maternidad dentro del derecho laboral, el cual se ve reforzado actualmente con la enunciación del Artículo 46 de la Constitución que desarrolla el principio de que los tratados internacionales aceptados y ratificados por Guatemala, tienen una jerarquía superior al derecho interno, situación que es compartida al realizar el presente trabajo.

En virtud, de que es únicamente a través del desarrollo de estos tratados internacionales que se logra día a día en Guatemala darle un impulso al derecho laboral que en este país parece letra muerta, un derecho vigente pero no positivo, porque el mismo es burlado en su mayoría por los patronos para evitar el cumplimiento de los derechos que se ha logrado a través de la historia y que lamentablemente existe la cultura de que si el mismo afecta a alguien especial éste tiene recursos para mantener la situación sin resolver mucho tiempo que es una desventaja para la parte laboral, ya que incluso se hace uso excesivo de la acción procesal de amparo.

Al entrar al análisis de los artículos que dentro del presente trabajo que a opinión propia dan el inicio del derecho a la maternidad, se encuentran normas constitucionales que se detallan una a una a efecto de realizar una interpretación lo más ajustada a derecho, en especial guiada por los principios que inspiran el derecho laboral.

El Artículo 101 de la Constitución Política de la República de Guatemala regula el derecho de trabajo considerando que el trabajo es un derecho de la persona y una obligación social, el régimen laboral del país debe organizarse conforme a principios de justicia social, lo cual viene a ser coincidente con lo regulado en el convenio que se analiza lo que se considera debe ser ratificado para mejorar las condiciones sociales y de vida de las mujeres trabajadoras.

El Artículo 102 literal k, también hace un reconocimiento del derecho, al regular que se debe dar protección a la mujer trabajadora y regulaciones de las condiciones en que debe prestar sus servicios y agrega en su parte conducente el hecho que una ley regulará la protección a la maternidad de la mujer trabajadora y establece el derecho a los periodos pre y post natal, la lactancia y que dichos descansos pueden ser ampliados según sus condiciones físicas por prescripción médica, situación que no ha sido desarrollada debidamente y la literal t) que regula: El Estado participará en convenios y tratados internacionales o regionales que se refieran a asuntos de trabajo y que concedan a los trabajadores mejores prestaciones o condiciones y que en tales casos lo establecido en dichos convenios y tratados se considerará como parte de los derechos mínimos de que gozan las trabajadoras de la República de Guatemala.

Son de importancia, en virtud de que reconocen los derechos mínimos y que por medio de los convenios los mismos pueden ser mejorados, por lo que este convenio viene a

constituir una elevación de los derechos mínimos, que se da a las mujeres trabajadoras en el periodo de maternidad, por lo que es de importancia que el mismo sea ratificado.

El Artículo 106 de la Constitución Política de la República de Guatemala, regula la irrenunciabilidad de los derechos laborales y que los mismos son susceptibles de ser superados a través de la contratación individual o colectiva y en la forma que fija la ley y para este fin el Estado fomentará y protegerá la negociación colectiva, además agrega que son nulos de pleno derecho o ipso jure las disposiciones que impliquen renuncia, disminución, tergiversación o limitación de los derechos reconocidos a favor de los trabajadores en la constitución, ley y tratados internacionales ratificados por Guatemala, reglamentos u otras disposiciones relativas al trabajo, aún cuando consten en un contrato individual o colectivo de trabajo o convenio, o incluso documentos que regulen los derechos mínimos e irrenunciables y por último contiene el principio in dubio pro operario, o sea la aplicación de la ley debe realizarse siempre a favor de los trabajadores y en este caso especial de las mujeres trabajadoras dentro del periodo de maternidad y los derechos que contiene el mismo.

Por lo que, al tenor de estos artículos vemos que el Estado debe ratificarlo ya que la literal t) del Artículo 102 de la Constitución de Guatemala, hace una manifestación de cómo procede el Estado de Guatemala en relación con los tratados y siendo éste de beneficio para las trabajadoras de Guatemala, debe ser el mismo ratificado y que a la fecha ha quedado engavetado.

3.2. Declaración universal de los derechos humanos

Dentro de la declaración universal de los derechos humanos, éste es un tratado aceptado y ratificado por Guatemala, y por lo tanto forma base del derecho que ha de

servir para desarrollar el derecho interno, en cuanto al derecho laboral y específicamente en cuanto a este trabajo relacionado al derecho de maternidad.

El Artículo 25 numeral dos, regula la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

Este artículo no debe ser analizado individualmente, toda vez que el Artículo 22 del mismo cuerpo legal regula 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 y sociales y culturales indispensable a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

Al observar los dos artículos antes indicados se observa que la protección a este derecho es un derecho humano, así como el numeral 1 del Artículo 25 que llama a proteger lo referente a la satisfacción de las necesidades de la familia, en ese orden de ideas y dado que este instrumento internacional es uno de los más importantes a nivel mundial, esta primera regulación en cuanto a reconocer el derecho a la maternidad, empieza a obligar a los estados a emitir y mantener una regulación específica hacia este derecho, que garantice que el mismo sea respetado en cuanto a las mujeres trabajadoras que tienen acceso a este derecho y un desarrollo no pensado, al emitirse este instrumento, ya que se puede ver a nivel mundial el hecho de que los padres pueden tener acceso al mismo, así mismo, que sea cumplido por la parte obligada como lo sería en este caso los patronos.

3.3. Declaración americana de los derechos y deberes del hombre

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre también aceptado y ratificado por el Estado de Guatemala, igual es un tratado aceptado y ratificado por Guatemala y contiene normas que también son fundamento del derecho laboral y como consecuencia del derecho a la maternidad, por lo que es importante hacer mención a efecto de observar que es de vital importancia para la mujer trabajadora la regulación que se ha ido desarrollando a través del tiempo.

El Artículo VII regula el derecho de protección a la maternidad y a la infancia e indica que toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tiene derecho a protección y ayudas especiales.

Este artículo recalca la necesidad de la protección al derecho a la maternidad pero como se observa, que además de reconocer el derecho a la maternidad incluye taxativamente los conceptos de gravidez y de lactancia, reforzando el hecho de que deben tener una protección y ayudas especiales, ante lo cual se ve que con el paso del tiempo se van desarrollando los conceptos que vienen a constituir los derechos que son parte del derecho de maternidad.

3.4. Convenio 103 de la Organización Internacional del Trabajo

El presente convenio es de singular importancia, porque es el que sirve de antecedente al convenio objeto de estudio, el cual se pretende que Guatemala ratifique a efecto de que aquellos casos o situaciones especiales no contenidas en el mismo, las complemente o desarrolle de mejor forma, en tal virtud, en relación a lo articulado que

contiene, todo está relacionado al trabajo de mérito, en tal caso es la primicia de lo que se está desarrollando en la actualidad en cuanto al derecho a la maternidad.

En tal virtud, todo el contexto del articulado, contiene una descripción, conceptualización, definición, regulación, así como una adecuada protección del derecho de maternidad, el cual no deja de ser la perfección. Todo está dicho en cuanto al derecho de maternidad, pero por ser un derecho especial, tiene que adaptarse de acuerdo al desarrollo que la sociedad tenga a nivel general y que a través de éste se formulen situaciones que sean discutidas por medio de otros tratados o por medio de regulaciones mundiales, regionales o nacionales que presenten a este conglomerado la protección especial.

3.5. Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales

En el orden de los anteriores, éste es un convenio que brinda una particular importancia y regulación especial, y como su nombre lo indica regula los derechos económicos, sociales y culturales, dentro del ámbito en el cual se puede encuadrar el derecho a la maternidad, ya que como se indicó al inicio del presente trabajo, se discute sobre su ubicación y teorías modernas, las cuales lo conciben como un derecho social en tal virtud, al ser un pacto que a nivel mundial regula los derechos sociales, es obvio que dicho derecho tiene una especial y singular importancia, a través del desarrollo del convenio en cuanto al derecho a la maternidad.

El Artículo 10 numeral 2, regula que se debe conceder especial protección a las madres durante un periodo de tiempo razonable, antes y después del parto. Durante dicho periodo, a las madres que trabajen, se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.

Se encuentra en este convenio que formula de manera expresa circunstancias, que en los anteriores no se mencionaban, como el hecho de un periodo previo al parto o prenatal conocido actualmente, un tiempo después del parto o post parto conocido actualmente y de la forma de remunerar en dichas ocasiones a las madres que estuviesen dentro del ámbito de aplicación de la norma que es objeto de análisis.

3.6. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

Esta convención trata no solo el tema específico del presente trabajo, sino que en él se describen las formas en que ha existido discriminación contra la mujer, pero lo importante para éste, es que dentro del mismo se reconoce este derecho en virtud de que como se ha desarrollado, tanto jurídicamente como médicamente se da una circunstancia especial que requiere un tratamiento adecuado de parte del derecho por ser ésta la encargada de regular los derechos, de acuerdo al desarrollo social en la sociedad, en tal virtud, al observar la presente convención se determinará que existe una regulación que solamente es desarrollada en forma exhausta en convenio 103 y 183 de la organización internacional del trabajo.

El Artículo 11 numeral 2, regula a fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados partes tomarán medidas adecuadas para: (Copia textual del Artículo)

- a) Prohibir bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil,

- b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdidas del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales.
- c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños.
- d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajo que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.
- e) Y la legislación protectora relacionada con las cuestiones comprendidas en este artículo será examinada periódicamente a la luz de los conocimientos científicos, tecnológicos y será revisada, derogada, ampliada según corresponda.

3.7. Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo

Este convenio es el que contiene una especial importancia, por ser el actor principal del presente trabajo y por haber sido analizado en el capítulo anterior, se le dará especial relevancia en cuanto a los puntos referidos a la protección de la maternidad, que regula el mismo y que son objeto de la innovación que presenta y que incluso en otros países ha sido desarrollado en formas importantes, por lo que a la vez de analizar su importancia en cuanto al articulado, se ejemplificará cómo a nivel internacional se ha desarrollado y las consecuencias positivas que ha tenido al aplicarlo.

Como ha quedado descrito anteriormente, este convenio viene a innovar el derecho de maternidad, en virtud de que con el mismo se puede obtener una serie de beneficios que la legislación guatemalteca aún no tiene, lo cual se da por la falta o escasa protección del derecho de maternidad a través de la historia, dentro del derecho laboral Guatemalteco, por lo que en este convenio se describirán al final del presente los avances que se encuentran dentro del mismo y que de no ser ratificado se verán perdidos pues estos instrumentos son de importancia para ser aplicados en Guatemala.

Al decir que los convenios son importantes, se deduce de la norma Constitucional 46, la cual regula que los tratados en materia de derechos humanos, tienen preeminencia sobre el derecho interno, en ese orden de ideas es que se puede deducir la importancia, pues este convenio constituye un avance en cuanto a la protección de los derechos humanos de las mujeres trabajadoras, cuando se encuentran dentro del derecho de maternidad. Esa regulación constitucional en cuanto a la preeminencia sobre el derecho interno, se ha interpretado como el hecho de que dichas normas prevalecen sobre las leyes ordinarias, por lo que estas normas al ratificar el convenio estarían jerárquicamente sobre el Código de Trabajo y por lo tanto, las mismas vendrían en cuanto a los avances que se dan en la legislación laboral a modificar sus derechos, en beneficio de las mujeres trabajadoras, cuando se encuentren en el periodo de maternidad y darles una mejor protección.

3.8. El Código de Trabajo de Guatemala y normas que regulan y protegen a la mujer embarazada

Como se indicó, en mayo de 1961 se emitió el actual Código de Trabajo, Decreto número 1441 del Congreso de la República, al cual se le ha realizado reformas en el

año 1992 Decreto Número 64-92 y en 2001 Decreto Número 13-2001, ambos del Congreso de la República, esta última en cumplimiento de los compromisos derivados de los Acuerdos de Paz.

El Código de Trabajo de Guatemala, sitúa el trabajo realizado por las mujeres, dentro de su título cuarto que establece: Los trabajos sujeto a regímenes especiales, al efecto el Artículo 147 establece: El trabajo de las mujeres y menores de edad debe ser adecuado especialmente a su edad, condiciones o estado físico y desarrollo intelectual y moral.

El Artículo 151 inciso c, del Código de Trabajo, contiene una de las prohibiciones a los patronos: Despedir a las trabajadoras que estuvieren en estado de embarazo o período de lactancia, quienes gozan de inamovilidad. Salvo que por causa justificada originada en falta grave a los deberes derivados del contrato, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 77, de este Código. En este caso, el patrono debe gestionar el despido ante los tribunales de trabajo para la cual deberá comprobar la falta y no podrá hacer efectivo el mismo hasta no tener la autorización expresa y por escrito del Tribunal.

En caso el patrono no cumpliera con la disposición anterior, la trabajadora podrá concurrir a los tribunales a ejercitar su derecho de reinstalación en el trabajo que venía desempeñando y tendrá derecho a que se le paguen los salarios dejados de devengar durante el tiempo que estuvo sin laborar.

Del Artículo 151 inciso c, del Código de Trabajo, se denota el intento realizado por los legisladores de proteger a las mujeres en su relación laboral, cuando dicha trabajadora se encuentre en estado de gestación y durante el período de lactancia, dando el derecho al empleador de despedir a su trabajadora, siempre y cuando:

- a) Exista causa justificada originada en falta grave a sus deberes derivados del contrato de conformidad con el Código de Trabajo;
- b) El patrono debe gestionar el despido ante los tribunales de trabajo;
- c) Se debe comprobar la falta y no podrá hacer efectivo el despido si no obtiene la autorización expresa y por escrito del tribunal.

Si el patrono no cumple con los requisitos enumerados, la trabajadora podrá concurrir a los tribunales a ejercitar su derecho de reinstalación en el trabajo que venía desempeñando y que le paguen los salarios dejados de devengar durante el tiempo que estuvo sin laborar, lo anterior, por los perjuicios que le causa por el despido injustificado.

El inciso d, del Artículo 151 del Código de Trabajo establece: Para gozar de la protección relacionada con el inciso que antecede, la trabajadora deberá darle aviso de su estado al empleador, quedando desde ese momento provisionalmente protegida y dentro de los dos meses siguientes deberá aportar certificación médica de su estado de embarazo para su protección definitiva. De la norma relacionada se establecen cuatro situaciones importantes:

- a) La trabajadora debe dar el aviso de su estado al empleador; pero no se establece en qué forma debe darse dicho aviso, se podría decir que se puede hacer en forma verbal o por escrito.
- b) Al momento de dar ese aviso, la trabajadora queda protegida provisionalmente;

- c) No es suficiente el aviso, ya que la trabajadora tiene la obligación de aportar la certificación médica de su estado al patrono, dentro de los dos meses siguientes.
- d) Al presentar dicho documento la trabajadora en estado de gestación queda protegida en forma definitiva, que se extiende al período de lactancia.

El inciso e, del Artículo 151 del Código de Trabajo, establece que el patrono no podrá exigir a las mujeres embarazadas que ejecuten trabajos que requieran esfuerzo físico considerable, durante los tres meses anteriores al alumbramiento. Lo anterior para evitar daños graves a la madre y a su hijo que nacerá.

En virtud de lo delicado del estado de gestación de una mujer trabajadora, el Artículo 152 del Código de Trabajo establece: la madre trabajadora gozará de un descanso retribuido con el ciento por ciento de su salario durante los treinta días que precedan al parto y los cincuenta y cuatro días siguientes, los días que no pueda disfrutar antes del parto, se le acumularán para ser disfrutados en la etapa post-parto, de tal manera que la madre trabajadora goce de ochenta y cuatro días efectivos de descanso durante ese período.

El inciso a, del Artículo 152 del Código de Trabajo, establece que la interesada sólo puede abandonar el trabajo presentando un certificado médico en que conste que el parto se va a producir probablemente dentro de cinco semanas, contadas a partir de la fecha de su expedición o contadas hacia atrás de la fecha aproximada que para el alumbramiento se señale. Todo médico que desempeñe cargo remunerado por el Estado o por sus instituciones, queda obligado a expedir gratuitamente este certificado a cuya presentación el patrono deba dar acuse de recibo para los efectos de los incisos b) y c) del presente Artículo.

El inciso b, del Artículo relacionado, en su parte conducente establece que la mujer a quien se haya concedido el descanso tiene derecho a que su patrono le pague su salario, salvo que esté acogida a los beneficios del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, en cuyo caso se debe observar lo dispuesto por los reglamentos que este último ponga en vigor; y a volver a su puesto o a uno equivalente en remuneración que guarde relación con sus aptitudes, capacidad y competencia, una vez concluido el descanso posterior al parto.

El inciso en mención, da la opción al patrono de dar a su trabajadora el mismo puesto que ocupaba antes de retirarse o uno distinto, pero sin variar el salario que la misma percibía, caso contrario, estaría incurriendo en un despido indirecto, dando la oportunidad a la trabajadora a dar por concluida la relación laboral y reclamar su indemnización y pago de daños y perjuicios en la forma que la ley establece.

El inciso c, del Artículo 152 del Código de Trabajo, regula que si se trata de aborto no intencional o de parto prematuro no viable los descansos remunerados que indica el inciso a, de este Artículo se deben reducir a la mitad. En el caso de que la interesada permanezca ausente de su trabajo un tiempo mayor del concedido a consecuencia de enfermedad que según certificado médico deba su origen al embarazo o parto, y que la incapacite para trabajar, ella conserva derecho a las prestaciones que determina el inciso b, anterior, durante todo el lapso que exija su restablecimiento, siempre que éste no exceda de tres meses contados a partir del momento en que dejó sus labores.

De lo anterior, se deduce que si transcurrido el plazo indicado, continuase la enfermedad, se estaría ante una suspensión individual total del contrato de trabajo, toda



vez que el patrono no tiene la obligación de continuar pagándole salario a dicha trabajadora y la misma no asistiría a sus labores, sin antes estar totalmente recuperada. El Artículo 153 del Código de Trabajo establece: Toda trabajadora en época de lactancia dispone en el lugar donde trabaja de media hora dos veces al día durante sus labores con el objeto de alimentar a su hijo.

La trabajadora en época de lactancia podrá acumular las dos medias horas a que tiene derecho y entrar una hora después del inicio de la jornada o salir una hora antes de que ésta finalice, con el objeto de alimentar a su menor hijo o hija. Dicha hora será remunerada y el incumplimiento dará lugar a una sanción correspondiente al empleador. La hora de lactancia se debe computar a partir del día en que la madre retorne a sus labores y hasta diez meses después, salvo que por prescripción médica ésta deba prolongarse.

El Artículo 155 del Código de Trabajo establece: Todo patrono que tenga a su servicio más de treinta trabajadoras queda obligado a acondicionar un local a propósito para que las madres alimenten sin peligro a sus hijos menores de tres años y para que puedan dejarlos allí durante las horas de trabajo, bajo el cuidado de una persona idónea designada y pagada por aquél. Dicho acondicionamiento se ha de hacer en forma sencilla dentro de las posibilidades económicas del patrono, a juicio y con el visto bueno de la Inspección General de Trabajo.

La norma anterior, tiene poca aplicación en virtud del desconocimiento de las trabajadoras para reclamar sus derechos, y los patronos no obstante conocen la misma, hacen caso omiso ya que les generaría un gasto extra, o porque en realidad no tiene posibilidades económicas para hacerlo.

El Artículo 280 del Código de Trabajo establece: La Inspección General de Trabajo debe ser tenida como parte de todo conflicto individual o colectivo de carácter jurídico en que figuren trabajadores menores de edad o trabajadores cuya relación de trabajo haya terminado sin el pago procedente de indemnización, prestaciones y salarios caídos, o cuando se trate de acciones para proteger la maternidad de las trabajadoras, salvo que en cuanto a esta última se apersona el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social.

Se considera como parte dentro de todo conflicto individual o colectivo a la Inspección General de Trabajo, ya que por su función de autoridad administrativa, por medio de sus inspectores y trabajadores sociales, debe velar porque patronos, trabajadores y organizaciones sindicales, cumplan y respeten las leyes, convenios colectivos y reglamentos que normen las condiciones de trabajo y previsión social, en consecuencia, está obligada a promover los procedimientos por faltas de trabajo hasta finalizar la misma y aplicar sanciones.

En cuanto al Código de Trabajo analizado dentro del Convenio 183 se han esbozado los Artículos del 151 al 155, los cuales regulan todo lo relativo al derecho de maternidad y que como se ha indicado y establecido en el capítulo tercero del presente trabajo, la serie de beneficios que viene a contener al momento de que el mismo sea ratificado y para reforzar esta situación veremos que existe una opinión positiva que se transcribe y que el Estado de Guatemala no ha tomado en cuenta para ratificar el Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo, dicha opinión es transcrita textualmente pues de ella se puede observar que las personas que lo emitieron por ser parte de instituciones encargadas de observar las leyes en materia laboral tuvieron a bien determinar que el mismo contiene una serie de regulaciones que viene a mejorar la



regulación laboral en cuanto al derecho de maternidad, por lo tanto siendo de importancia es que a continuación se transcriben dichos dictámenes.

Guatemala, 29 de enero del año 2002. DICTAMEN No. 33

ASUNTO: CONVENIO INTERNACIONAL DEL TRABAJO NUMERO 183 RELATIVO A LA REVISION DEL CONVENIO SOBRE LA PROTECCION DE LA MATERNIDAD Y SU RECOMENDACIÓN NUMERO 191.

SEÑORA ENCARGADA DE LA DIRECCION DE ASUNTOS INTERNACIONALES DE TRABAJO:

En atención a la consulta formulada por medio de la providencia numero 24-02 de fecha dieciocho del mes y año en curso, el Consejo Técnico y Asesoría Jurídica se permite formular el análisis siguiente.

Según constancia de la Dirección de Asuntos Internacionales de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Previsión Social el Convenio Internacional del Trabajo número 103 relativo a la protección de la maternidad, fue ratificado por el Presidente de la República de Guatemala el siete de febrero de mil novecientos ochenta y nueve, y, por ende, sus disposiciones están desarrolladas por las normas de los artículos 102, inciso k, de la Constitución Política de la República, 151, 152, y 153 del Código de Trabajo. En consecuencia, y siendo que el Convenio numero 183, cuyo contenido dispositivo es similar y cuyas normas se sujetan a lo que determinen la legislación y la práctica nacional, se estima que no debe existir inconveniente en su ratificación.



Por el contrario, la recomendación numero 191, relativa a la revisión de la recomendación sobre la protección de la maternidad, no es susceptible de ratificación. Antes bien, como recomendación, su adopción es optativa para cada miembro, que para Guatemala, como ya se expuso, sus propósitos y fines están contenidos en la legislación y en la práctica nacional.

Atentamente,

Lic. Marco Tulio De León Consejero Técnico y Asesoría Jurídica MINISTERIO DE TRABAJO Y PREVENCIÓN SOCIAL

El anterior es copia textual del dictamen emitido por la asesoría jurídica del Ministerio de Trabajo y Previsión Social.

Guatemala, 25 de febrero de 2002

Licenciada Sandra de Garrido Relaciones Internacionales Ministerio de Trabajo y Previsión Social

Estimada Lic. De Garrido:

Por este medio me permito informarle que después de consultar con la Unidad de Mujer Trabajadora se llega a la conclusión que debe ratificarse el Convenio 183. Sin otro particular me suscribo de usted.

Atentamente,

Lic. Ángel Flores Dirección General de Previsión Social MINISTERIO DE TRABAJO Y PREVENCIÓN SOCIAL



El anterior es copia textual de la opinión emitida por la dirección general de previsión social del Ministerio de Trabajo y Previsión Social.

SDG/242-02 Guatemala, 27 de mayo de 2002

Honorable Señor Presidente:

Tengo el agrado de dirigirme a usted, a fin de que por su digna mediación se someta al Honorable Congreso de la Republica, el convenio 183 sobre la Protección de la Maternidad y su Recomendación numero 191, ambos adoptados por la 88a. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo en junio del 2000.

El objeto de someter al Órgano Legislativo los mencionados documentos, es el de cumplir con la obligación de sumisión de los instrumentos adoptados por las Conferencias Internacionales del Trabajo. Esta obligación está contenida en el inciso 5 del Artículo 19 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo.

En relación con el Convenio numero 183 sobre la Protección de la Maternidad, objeto de esta sumisión a tan alto Organismo, cabe recordar lo normado en este aspecto, es decir, la protección constitucional otorgada a la mujer y a la maternidad y el hecho que en igual forma lo hace el Código de Trabajo, que norma además el periodo de lactancia, así como la Ley Orgánica del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social; adicionalmente se declara el día de la madre, el 10 de mayo como día de asueto para todas las madres trabajadoras, considerando que es un deber del estado distinguir la maternidad dedicando un día del año en toda la República, con el objeto de crear en la conciencia de los guatemaltecos su alta significancia espiritual como fuente de perpetua inspiración.



Es importante agregar que, no obstante se insistió en el proceso de consulta a las organizaciones de trabajadores, pero no evacuaron las mismas. Por tal razón, únicamente se anexa la opinión del sector empleador, la de este Ministerio y un ejemplar del Convenio 183 así como la Recomendación 191.

Se espera que el Convenio sea aprobado por el Organismo Legislativo y que se adopte la recomendación sobre el mismo.

Víctor Hugo Godoy M.

Ministro de Trabajo y Previsión Social.

El anterior es copia textual del dictamen emitido por el Ministerio de Trabajo y Previsión Social en relación con la aprobación del Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo.

3.9. Como beneficia a la mujer trabajadora embarazada la ratificación y aplicación del convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo en la República de Guatemala

Los beneficios que tendrá la mujer trabajadora durante el conocido derecho de maternidad, en cuanto a la ratificación del convenio mencionado están dados en función de los principios que inspiran el derecho laboral y además por el constante desarrollo social que se ha dado en la sociedad, por lo que para evitar situaciones en las cuales las mujeres trabajadoras se vean afectadas por violaciones a sus derechos laborales, es que estos convenios tal como se mencionó, por tener la calidad de derechos humanos tienen preeminencia sobre el derecho interno, y en el futuro tendrán una importancia muy grande ya que las normas laborales ordinarias, reglamentarias,

circulares e incluso oficios que se puedan emitir en tiempos posteriores tendrán como límite el presente convenio, el cual fija límites dentro de los cuales se van a desarrollar las relaciones obrero patronales dentro de nuestra sociedad.

Además de ello, con la ratificación y aplicación del convenio analizado se tienen que realizar ajustes en cuanto a los temas analizados que estén regulados en la legislación guatemalteca ordinaria actualmente o la que se emita posteriormente para guardar una congruencia y un respeto hacia el convenio ratificado por el Estado de Guatemala, para que la mujer trabajadora que se encuentre dentro del derecho de maternidad, que comprende desde el inicio de un embarazo hasta que nace y llega el derecho de lactancia, para que las leyes laborales caminen en concordancia con las prescripciones médicas, las cuales han llegado a determinar que es necesario que no se proteja solamente el periodo durante el cual se desarrolla el embrión, sino que debe darse una especial protección luego del nacimiento debido a las enfermedades que pueden darse tanto en la madre como en el hijo que ha nacido por la adaptación del nuevo ser en sociedad, por lo que incluso se podría avanzar luego de ratificar el convenio en cuanto a regular ampliando los derechos que contiene el derecho de maternidad para que la mujer trabajadora madre disfrute de un tiempo mayor luego de nacido el hijo.

Por lo que, dentro del convenio objeto de estudio se encuentran una serie de circunstancias que vienen a mejorar el contenido del derecho de maternidad en virtud de que como se vio el periodo de pre y post natal puede ampliarse de acoger dicho convenio, así como situaciones relativas a la salud, tanto de la madre como del hijo, las complicaciones o enfermedades que derivarían en una licencia que no está contemplada dentro de la legislación guatemalteca, en resumen, ya que en el capítulo tres se establece que se da una serie de mejoras para las mujeres trabajadoras dentro

del denominado derecho de maternidad, se indica a continuación los rasgos que determinan avances dentro del análisis del Convenio 183 para que sea ratificado.

3.10. Avances

Un primer avance consiste, en que es un medio del cual no se puede hacer exclusión alguna una vez exista una relación de dependencia entre la mujer trabajadora y un patrono, en tal virtud ese avance puede ser de utilidad dentro del medio, puesto que ningún patrono puede alegar que no le otorga los derechos a una trabajadora por no existir relación de dependencia excluyéndola por razón de que esté contratada bajo un contrato por tiempo definido o como sucede dentro del Estado por el renglón 029 que se tiene en la práctica que no crea una relación de dependencia, no obstante que es una relación laboral que se disfraza por medio de un contrato toda vez que existe un horario, dependencia de superior jerárquico, salario que lo nominan honorarios lo cual viola el Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo, esto sucede en el Estado, por lo que el mismo debe proteger a las mujeres trabajadoras sin realizar exclusiones de ningún tipo, ya que esto pretende este avance que no hayan exclusiones de ningún tipo para que la mujer trabajadora pueda acceder a los beneficios o derechos que le otorga el derecho de maternidad, lo cual está en congruencia con el derecho de igualdad regulado en la Constitución Política de la República, pues esta igualdad debe ser positiva no solo vigente.

Un segundo avance es que todo patrono que tenga bajo su dependencia mujeres trabajadoras no tiene la posibilidad de incumplir con los derechos que contiene la maternidad, ya que establece que una vez se dé una relación de dependencia la misma hace nacer a la vida jurídica, los derechos contenidos en el derecho de maternidad, en



tal virtud los derechos contenidos en los diversos instrumentos jurídicos tanto nacionales como internacionales como el que se analiza, son de cumplimiento obligatorio y no puede alegarse que no existe dependencia so pretexto de incumplir, lo que se hace comúnmente tanto a nivel privado y público, y el Estado de Guatemala debe mostrar interés, al eliminar el renglón 029 que es una violación a la legislación laboral mínima vigente y positiva en Guatemala.

Un tercer avance que supera el derecho nacional en el convenio que establece dos semanas más y el total de días a disfrutar viene a ser de noventa y ocho días, por lo que se ve que en cuanto a este punto se logra un avance significativo que permite a la madre estar un tiempo más prolongado con el hijo que está por nacer, lo cual guarda relación con el análisis jurídico y médico que se ha hecho en el presente trabajo, en el cual se ha establecido que la mujer trabajadora luego de nacer su hijo, necesita de tiempo para dedicarle, por lo que al regularse en todo instrumento jurídico que el tiempo que no se goce antes del nacimiento del hijo se puede gozar posteriormente.

Redunda en beneficio, tanto de la mujer trabajadora como del menor recién nacido porque tendrían mayor tiempo desde el nacimiento hasta la separación por las labores de la madre, ya que siendo noventa y ocho días los cuales se computan de acuerdo con la legislación guatemalteca como hábiles el mismo vendría a tener por ejemplo aproximadamente cuatro meses y medio, y haciendo el ejemplo de que goce únicamente 10 días previos al alumbramiento, tendría ochenta días hábiles aún para el periodo postnatal, lo cual significaría aún cuatro meses aproximadamente, lo que redundaría en beneficios hacia el menor y a la sociedad por ser las futuras generaciones de Guatemala.



Un cuarto avance consiste, en que se agrega como punto adicional dentro de la legislación guatemalteca el hecho de que por complicaciones o enfermedad derivada del derecho de lactancia también se tiene el derecho a no ser despedida, ya que en la legislación presente solamente garantiza la inamovilidad o prohibición de despido en el periodo de maternidad pre y post natal y en el periodo de lactancia, es de importancia, porque al analizar el derecho de lactancia, éste es posterior al nacimiento del menor, en este orden de ideas al tener por ejemplo un certificado médico que determine que la mujer trabajadora a causa de complicaciones o enfermedad derivada de la lactancia necesita obtener tiempo para ser tratada o incluso suspendida por un tiempo razonable, el patrono no puede oponerse y menos despedirla pues goza del derecho de inamovilidad que en Guatemala lamentablemente no se respeta.

Un quinto avance lo constituye el hecho de no permitir discriminación a la mujer, la que se da dentro del medio como por ejemplo ser soltera o casada, prefiriendo a la primera sin entrar a analizar la capacidad, si es indígena o no porque los primeros por diversas razones muchas veces no son tomadas en cuenta y el hecho de estar embarazada o no, por eso existe la prohibición de que salvo casos de singular importancia solicitar examen para saber si está en periodo de embarazo o no, porque de lo contrario se utilizaría en el país medio como un elemento para no otorgarle un puesto de trabajo y sucede tanto a nivel público como privado.

Un sexto y último avance que va a depender mucho de los sujetos de la relación laboral, lo constituye, el hecho de que tanto trabajadores y patronos lleguen a determinar de común acuerdo que los periodos ya analizados deban ser ampliados de acuerdo con las circunstancias sociales del momento en que se discutan, lo difícil dentro en el país, es que se llegue a un acuerdo, encontrar una postura intermedia en la



cual tanto trabajadores como patronos puedan llegar a un consenso en el cual se logren reformas que tiendan a demostrar que la cultura del diálogo y la paz en concordancia con la justicia social, el desarrollo y los principios que inspiran el derecho laboral pueden convivir, pues de ello depende en gran medida que mejore la sociedad, pues si no le ponemos atención al génesis de la vida que viene a ser la mujer por ser quien le da la vida a los recién nacidos, futuras generaciones de Guatemala, se debe hacer énfasis en dicho postulado para obtener un mejor nivel social de vida y una sociedad que progrese, y que tenga presente el postulado de que el interés social prevalece sobre el particular.



CAPÍTULO IV

4. El Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo

Para iniciar este capítulo, es menester tener el texto que va a servir de base para entrar a conocer los puntos que se van a desarrollar, y es el contexto que va a ser objeto de lo que como derecho de maternidad protege el presente convenio.

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo: Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 30 de mayo de 2000 en su octogésima octava reunión; Tomando nota de la necesidad de revisar el Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952, y de la Recomendación sobre la protección de la maternidad, 1952, a fin de seguir promoviendo, cada vez más, la igualdad de todas las mujeres integrantes de la fuerza de trabajo, la salud y la seguridad de la madre y el niño, y a fin de reconocer la diversidad del desarrollo económico y social de los Estados Miembros, así como la diversidad de las empresas y la evolución de la protección de la maternidad en la legislación y la práctica nacional.

Tomando nota de las disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (1989), la Declaración de Beijing y Plataforma de Acción (1995), la Declaración de la Conferencia Internacional del Trabajo sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras (1975), la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento (1998), así como los convenios y recomendaciones internacionales del



trabajo destinados a garantizar la igualdad de oportunidades y de trato para los trabajadores y las trabajadoras, en particular el convenio sobre los trabajadores con responsabilidades familiares (1981).

Teniendo en cuenta la situación de las mujeres trabajadoras y la necesidad de brindar protección al embarazo, como responsabilidad compartida de gobierno y sociedad, habiendo decidido adoptar varias propuestas relacionadas con la revisión del convenio sobre la protección de la maternidad (revisado 1952), y de la recomendación sobre la protección de la maternidad (1952), cuestión que constituye el cuarto punto del orden del día de la reunión, y habiendo determinado que estas propuestas revistan la forma que un convenio internacional adopta, con fecha quince de junio de dos mil, el siguiente convenio, que podrá ser citado como el convenio sobre la protección de la maternidad (2000). Convenio que se copia textualmente a continuación.

A. Campo de aplicación

Artículo 1

A los efectos del presente Convenio, el término mujer se aplica a toda persona de sexo femenino, sin ninguna discriminación, y el término hijo a todo hijo, sin ninguna discriminación.

Artículo 2

- 1) El presente Convenio se aplica a todas las mujeres empleadas, incluidas las que desempeñan formas atípicas de trabajo dependiente.

- 2) Sin embargo, todo Miembro que ratifique el presente Convenio podrá, previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores interesadas, excluir total o parcialmente del campo de aplicación del Convenio a categorías limitadas de trabajadores cuando su aplicación a esas categorías plantee problemas especiales de particular importancia.
- 3) Todo Miembro que haga uso de la posibilidad prevista en el párrafo anterior deberá indicar en la primera memoria que presente sobre la aplicación del Convenio, de conformidad con el Artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, las categorías de trabajadores así excluidas y los motivos de su exclusión.

En las memorias siguientes, deberá indicar las medidas adoptadas con el fin de extender progresivamente la aplicación de las disposiciones del Convenio a esas categorías.

B. Protección de la salud

Artículo 3

Todo Miembro, previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar que no se obligue a las mujeres embarazadas o lactantes a desempeñar un trabajo que haya sido determinado por la autoridad competente como perjudicial para su salud o la de su hijo, o respecto del cual se haya establecido mediante evaluación que conlleva un riesgo significativo para la salud de la madre o del hijo.

C. Licencia de maternidad

Artículo 4

- 1) Toda mujer a la que se aplique el presente Convenio tendrá derecho, mediante presentación de un certificado médico o de cualquier otro certificado apropiado, según lo determinen la legislación y la práctica nacionales, en el que se indique la fecha presunta del parto, a una licencia de maternidad de una duración de al menos catorce semanas.
- 2) Todo Miembro deberá indicar en una declaración anexa a su ratificación del presente Convenio la duración de la licencia antes mencionada.
- 3) Todo Miembro podrá notificar posteriormente al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, mediante otra declaración, que extiende la duración de la licencia de maternidad.
- 4) Teniendo debidamente en cuenta la necesidad de proteger la salud de la madre y del hijo, la licencia de maternidad incluirá un período de seis semanas de licencia obligatoria posterior al parto, a menos que se acuerde de otra forma a nivel nacional por los gobiernos y las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores.
- 5) El período prenatal de la licencia de maternidad deberá prolongarse por un período equivalente al transcurrido entre la fecha presunta del parto y la fecha en que el parto tiene lugar efectivamente, sin reducir la duración de cualquier período de licencia obligatoria después del parto.

D. Licencia en caso de enfermedad o de complicaciones

Artículo 5

Sobre la base de la presentación de un certificado médico, se deberá otorgar una licencia, antes o después del período de licencia de maternidad, en caso de enfermedad o si hay complicaciones o riesgo de que se produzcan complicaciones como consecuencia del embarazo o del parto. La naturaleza y la duración máxima de dicha licencia podrán ser estipuladas según lo determinen la legislación y la práctica nacionales.

E. Prestaciones

Artículo 6

- 1) Se deberán proporcionar prestaciones pecuniarias, de conformidad con la legislación nacional o en cualquier otra forma que pueda ser conforme con la práctica nacional, a toda mujer que esté ausente del trabajo en virtud de la licencia a que se hace referencia en los Artículos 4 o 5.
- 2) Las prestaciones pecuniarias deberán establecerse en una cuantía que garantice a la mujer y a su hijo condiciones de salud apropiadas y un nivel de vida adecuado.
- 3) Cuando la legislación o la práctica nacionales prevean que las prestaciones pecuniarias proporcionadas en virtud de la licencia indicada en el Artículo 4 deban fijarse con base en las ganancias anteriores, el monto de esas prestaciones no deberá ser inferior a dos tercios de las ganancias anteriores de



la mujer o de las ganancias que se tomen en cuenta para calcular las prestaciones.

- 4) Cuando la legislación o la práctica nacionales prevean que las prestaciones pecuniarias proporcionadas en virtud de la licencia a que se refiere el Artículo 4 deban fijarse por otros métodos, el monto de esas prestaciones debe ser del mismo orden de magnitud que el que resulta en promedio de la aplicación del párrafo anterior.
- 5) Todo Miembro deberá garantizar que las condiciones exigidas para tener derecho a las prestaciones pecuniarias puedan ser reunidas por la gran mayoría de las mujeres a las que se aplica este Convenio.
- 6) Cuando una mujer no reúna las condiciones exigidas para tener derecho a las prestaciones pecuniarias con arreglo a la legislación nacional o cualquier otra forma que pueda ser conforme con la práctica nacional, tendrá derecho a percibir prestaciones adecuadas con cargo a los fondos de asistencia social, siempre que cumpla las condiciones de recursos exigidas para su percepción.
- 7) Se deberán proporcionar prestaciones médicas a la madre y a su hijo, de acuerdo con la legislación nacional o en cualquier otra forma que pueda ser conforme con la práctica nacional. Las prestaciones médicas deberán comprender la asistencia prenatal, la asistencia durante el parto y la asistencia después del parto, así como la hospitalización cuando sea necesario.
- 8) Con objeto de proteger la situación de las mujeres en el mercado de trabajo, las prestaciones relativas a la licencia que figura en los Artículos 4 y 5 deberán

financiarse mediante un seguro social obligatorio o con cargo a fondos públicos, o según lo determinen la legislación y la práctica nacionales. Un empleador no deberá estar personalmente obligado a costear directamente las prestaciones pecuniarias debidas a las mujeres que emplee sin el acuerdo expreso de ese empleador, excepto cuando:

- a) Esté previsto así en la legislación o en la práctica nacionales de un Miembro antes de la fecha de adopción de este Convenio por la Conferencia Internacional del Trabajo, o
- b) Se acuerde posteriormente a nivel nacional por los gobiernos y las organizaciones representativas de los empleadores y de los trabajadores.

Artículo 7

- 1) Se considerará que todo Miembro cuya economía y sistema de seguridad social no estén suficientemente desarrollados cumple con lo dispuesto en los párrafos 3 y 4 del Artículo 6 si el monto de las prestaciones pecuniarias fijado es por lo menos equivalente al de las prestaciones previstas para los casos de enfermedad o de incapacidad temporal con arreglo a la legislación nacional.
- 2) Todo Miembro que haga uso de la posibilidad enunciada en el párrafo anterior deberá explicar los motivos correspondientes e indicar el monto previsto de las prestaciones pecuniarias en la primera memoria sobre la aplicación del convenio que presente en virtud del Artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo. En sus memorias siguientes, deberá indicar las

medidas adoptadas con miras a aumentar progresivamente el monto de esas prestaciones.

F. Protección del empleo y no discriminación

Artículo 8

Se prohíbe al empleador que despida a una mujer que esté embarazada, o durante la licencia mencionada en los Artículos 4 y 5, o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador.

Se garantiza a la mujer el derecho a retornar al mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, al término de la licencia de maternidad.

Artículo 9

1. 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, y ello no obstante el párrafo 1 del Artículo 2.
2. Las medidas a que se hace referencia en el párrafo anterior incluyen la prohibición de que se exija a una mujer que solicita un empleo que se someta a un examen para comprobar si está o no embarazada o bien que presente un

certificado de dicho examen, excepto cuando esté previsto en la legislación nacional respecto de trabajos que:

- a) estén prohibidos total o parcialmente para las mujeres embarazadas o lactantes, o,
- b) Puedan presentar un riesgo reconocido o significativo para la salud de la mujer y del hijo.

G. Madres lactantes

Artículo 10

1. La mujer tiene derecho a una o varias interrupciones por día o a una reducción diaria del tiempo de trabajo para la lactancia de su hijo.
2. El período en que se autorizan las interrupciones para la lactancia o la reducción diaria del tiempo de trabajo, el número y la duración de esas interrupciones y las modalidades relativas a la reducción diaria del tiempo de trabajo serán fijados por la legislación y la práctica nacionales. Estas interrupciones o la reducción diaria del tiempo de trabajo deben contabilizarse como tiempo de trabajo y remunerarse en consecuencia.

H. Examen periódico

Artículo 11

Todo Miembro debe examinar periódicamente, en consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, la pertinencia de extender la

duración de la licencia de maternidad prevista en el Artículo 4 o de aumentar el monto o la tasa de las prestaciones pecuniarias que se mencionan en el Artículo 6.

I. Aplicación Artículo 12

Las disposiciones del presente Convenio deberán aplicarse mediante la legislación, salvo en la medida en que se dé efecto a las mismas por medio de convenios colectivos, laudos arbitrales, decisiones judiciales, o de cualquier otro modo conforme a la práctica nacional.

J. Disposiciones finales

Artículo 13

El presente Convenio revisa el Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952.

Artículo 14

Las ratificaciones formales del presente Convenio serán comunicadas, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo.

Artículo 15

1. Este Convenio obligará únicamente a aquellos Miembros de la Organización Internacional del Trabajo cuyas ratificaciones haya registrado el Director General de la Oficina Internacional del Trabajo.
2. Entrará en vigor doce meses después de la fecha en que las ratificaciones de dos Miembros hayan sido registradas por el Director General.

3. Desde dicho momento, este Convenio entrará en vigor, para cada Miembro, doce meses después de la fecha en que haya sido registrada su ratificación.

Artículo 16

1. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio podrá denunciarlo a la expiración de un período de diez años, a partir de la fecha en que se haya puesto inicialmente en vigor, mediante un acta comunicada, para su registro, al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo. La denuncia no surtirá efecto hasta un año después de la fecha en que se haya registrado.
2. Todo Miembro que haya ratificado este Convenio y que, en el plazo de un año después de la expiración del período de diez años mencionado en el párrafo precedente, no haga uso del derecho de denuncia previsto en este artículo, quedará obligado durante un nuevo período de diez años, y en lo sucesivo podrá denunciar este Convenio a la expiración de cada período de diez años, en las condiciones previstas en este artículo.

Artículo 17

El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo notificará a todos los Miembros de la Organización Internacional del Trabajo el registro de cuantas ratificaciones, declaraciones y actas de denuncia le comuniquen los Miembros de la Organización.

Al notificar a los Miembros de la Organización el registro de la segunda ratificación que le haya sido comunicada, el Director General llamará la atención de los Miembros de la Organización sobre la fecha en que entrará en vigor el presente Convenio.

Artículo 18

El Director General de la Oficina Internacional del Trabajo comunicará al Secretario General de las Naciones Unidas, a los efectos del registro y de conformidad con el Artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas, una información completa sobre todas las ratificaciones, declaraciones y actas de denuncia que haya registrado de acuerdo con los artículos precedentes.

Artículo 19

Cada vez que lo estime necesario, el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo presentará a la Conferencia una memoria sobre la aplicación del Convenio, y considerará la conveniencia de incluir en el orden del día de la Conferencia la cuestión de su revisión total o parcial.

Artículo 20

1. En caso de que la Conferencia adopte un nuevo convenio que implique una revisión total o parcial del presente, y a menos que el nuevo convenio contenga disposiciones en contrario: la ratificación, por un Miembro, del nuevo convenio revisor implicará, ipso jure, la denuncia inmediata de este Convenio, no obstante las disposiciones contenidas en el Artículo 16, siempre que el nuevo convenio revisor haya entrado en vigor; a partir de la fecha en que entre en vigor el nuevo convenio revisor, el presente Convenio cesará de estar abierto a la ratificación por los Miembros.

2. Este Convenio continuará en vigor en todo caso, en su forma y contenido actuales, para los Miembros que lo hayan ratificado y no ratifiquen el convenio revisor.

Artículo 21

Las versiones inglesa y francesa del texto de este convenio son igualmente auténticas. Luego de tener a la vista el Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo, es ahora posible entrar a observar y analizar las circunstancias de importancia para el presente trabajo, toda vez que luego de tener una referencia de los temas tratados ahora entramos al punto medular del trabajo de tesis que lo constituye el convenio para determinar en qué circunstancias se va a desarrollar la mujer trabajadora luego de tener vigencia el convenio objeto del presente estudio.

4.1. La mujer trabajadora

Desde el punto de vista del convenio antes anotado se puede explicar que la mujer trabajadora concebida desde el punto de vista de dicho convenio viene a ser como un sujeto de derecho a quien se le viene a reconocer los derechos que dentro del espacio de la maternidad son únicos y exclusivos para una mujer, ya que de ello se desprende el trato que se le da en cuanto a los descansos prenatales, postnatales, lactancia, salas cuna, todos estos derechos vienen a desarrollar derechos que son inherentes a la persona humana tomada específicamente a la mujer.

Esto en virtud de que dichas instituciones jurídicas dentro del derecho de trabajo y del derecho interno son poco reguladas y en muchos casos incumplidos, ya que es obvio que se incumple en una serie de empresas, especialmente en las pequeñas empresas y

maquilas, pero sin dejar de lado que tales incumplimientos se den dentro del sector público y privado formal, las cuales se resisten a conceder los derechos que no solamente están regulados en nuestras normas sustantivas, constitucionales y a nivel internacional a través de los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Esto principalmente en base al Artículo 1, que regula en cuanto al término -mujer- el cual se debe aplicar a toda persona de sexo femenino sin ninguna discriminación y el Artículo 2 numeral 1 del convenio 183 de la organización internacional del trabajo, ya que especialmente este regula que el convenio se aplica a todas las mujeres empleadas, incluidas las que desempeñen formas atípicas de trabajo dependiente, ante lo cual prevé la circunstancia especial de formas atípicas de trabajo independiente, ante lo cual trata de no dejar descubierto centro de trabajo alguno.

Esta institución está concebida, dada la situación especial que se da en los países en desarrollo, en los cuales los patronos buscan la forma de no cumplir con las normas que el Estado da vigencia dentro de un Estado específico, por lo que en razón de esta circunstancia se realiza esta estipulación y aún se queda corto en virtud de que el trabajo informal que se realiza en gran cantidad en el país y queda fuera de esta regulación, pero esta situación no estaba tomada en cuenta en la legislación laboral guatemalteca, se ve un primer avance por medio del cual no se puede hacer exclusión alguna, una vez exista una relación de dependencia entre la mujer trabajadora y un patrono, en tal virtud ese avance puede ser de utilidad general.

4.2. Empresas obligadas

En cuanto a este punto, para realizar la interpretación ha de aplicarse lo que en derecho se denomina contrario sensu, en virtud que de acuerdo con lo expuesto en el punto

anterior se establece tal y como se analizó que protege a todas las trabajadoras inclusive las formas atípicas de trabajo dependiente, se puede concluir que bajo esta normativa, no existe motivo o circunstancia alguna para que pueda decirse o interpretarse que se puede excluir patrono o empresa alguna.

Todo patrono o empleado se encuentra en la obligación de cumplir con el texto del convenio 183 de la organización internacional del trabajo al ser ratificado por el Estado de Guatemala que es lo que falta, para quien el mismo pueda darle protección efectiva con respaldo a nivel de tratado internacional que por ser de derechos humanos tiene el nivel jerárquico superior al derecho interno de acuerdo al Artículo 46 de la constitución política de la república de Guatemala, por lo que la aplicación de este no habría excepción alguna, ni forma de impedir su cumplimiento, ya que solamente podría desarrollarse a nivel de normas ordinarias o reglamentarias, pero no podría tergiversarse o contradecirse, porque sería nulo de pleno derecho de acuerdo al Artículo 44 de la constitución política de la república de Guatemala.

4.3. Derechos que otorga

4.3.1. Derecho a la salud

El Artículo 3 del convenio 182 de la organización internacional del trabajo, es específico, ya que el mismo determina la protección a la salud, en el sentido que han de adoptarse las medidas necesarias para garantizar que no se obligue a las mujeres embarazadas o lactantes a desempeñar un trabajo que haya sido determinado por la autoridad competente como perjudicial para la salud de ella o del hijo, la cual se haya establecido mediante evaluación que conlleva un riesgo significativo para la salud de la madre o del hijo, o sea que mediante este derecho consultado lo cual es significativo, ya que no es

solamente por establecer, sino que tanto los trabajadores como los patrones tienen la posibilidad de ser tomados en cuenta para que se establezcan medidas que protejan a las trabajadoras en el sentido de que no se vea afectada la salud de las mujeres trabajadoras, lo cual permitiría que se desarrollara dentro de un ambiente agradable y saludable que le permita un buen desarrollo tanto de ella como el de su hijo o hijos.

4.3.2. Derecho a la maternidad

En este sentido, queda establecido en el Artículo 4 numerales del 1 al 5 del citado convenio, que la mujer trabajadora en el derecho a la maternidad debe gozar solamente con la presentación de un certificado médico o de cualquier otro certificado apropiado de dicho derecho, indicando la fecha presunta del parto y como consecuencia de ella tiene el derecho a licencia de maternidad de una duración de al menos catorce semanas.

En referencia a lo anterior, es de especial relevancia hacer ver que de acuerdo con la legislación vigente se puede extraer que el Artículo 152 del código de trabajo regula que la mujer trabajadora gozará de un descanso retribuido con el ciento por ciento de su salario durante los treinta días que preceden al parto y los cincuenta y cuatro días posteriores y los días que no pueda gozar antes del parto, se le acumularán para ser disfrutados en la etapa post parto, de tal manera que la madre trabajadora goce de ochenta y cuatro días efectivos de descanso durante el periodo de maternidad, y si se hace la división entre los 7 días de la semana, se puede establecer un plazo de doce semanas de descanso de periodo de maternidad, lo cual viene a ser superado por este artículo del convenio que establece 2 semanas más y el total de días a disfrutar viene a

ser de noventa y ocho días, por lo que se logra un avance significativo que permite a la madre estar un tiempo prolongado con el hijo que esta por nacer.

Dicho artículo, además refiere la forma en que ha de otorgarse el mismo y hace en el numeral 2 que cada estado debe indicar en una declaración anexa a la ratificación del convenio la duración de la licencia analizada y en el numeral 3, establece que mediante otra declaración posterior a la ratificación debe notificar al director general de la oficina internacional de trabajo, que extiende la duración de la licencia de maternidad y establece además forma de fijación de los periodos pre y post natal a efecto de que se cumplan con otorgar el tiempo establecido de catorce semanas.

4.3.3. Derecho médico o en caso de enfermedad o complicaciones

Sobre la base de la presentación de un certificado médico se debe otorgar una licencia antes o después del periodo de licencia de maternidad, en caso de enfermedad o si hay complicaciones o riesgos como consecuencia del embarazo o del parto, la naturaleza y la duración máxima de dicha licencia podrán ser estipuladas según la legislación nacional y la práctica nacional.

Se puede determinar, que solamente con la regulación que realiza el convenio se puede establecer que lo más importante es estipular y tomar en cuenta que en este país con los problemas de salud deficiente tanto alimentaria como físicamente, muchas mujeres tienen demasiados padecimientos, que pueden dar lugar a que se necesite del otorgamiento de una licencia como la antes indicada, la cual puede ser otorgada de acuerdo con criterio médico, que determine el tiempo prudencial y racional en el cual puede la mujer trabajadora recuperarse de dicho padecimiento, y con esto se observa

otro avance en cuanto a la materia laboral en la protección de la mujer trabajadora, por lo que se obtienen las razones certeras, las cuales permiten demostrar que la ratificación del convenio es de utilidad en el país.

4.4. Prestaciones otorgadas

4.4.1. Protección del empleo

Se hace regulación dentro del Artículo 8.1, al prohibir al empleador que despida a una mujer que está embarazada o durante la licencia referente a los derechos pre y post natal, lactancia y en cuanto a enfermedades o complicaciones, o después de haberse reintegrado al trabajo, durante un periodo que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto que la causa no esté relacionada con los motivos del período mencionado, que en todo caso la carga de la prueba corresponde como lo es norma al patrono.

Por lo que se puede determinar, el presente agrega como punto adicional en la legislación guatemalteca, el hecho de que por complicaciones o enfermedad derivada del derecho de lactancia, también se tiene el derecho a no ser despedida, ya que en la actual legislación presente solamente garantiza la inamovilidad o prohibición de despido en el periodo de maternidad pre y post natal y en el periodo de lactancia, por lo que se tiene otra razón que favorece a la mujer trabajadora.

Para que proceda el despido de una mujer trabajadora dentro de estos puntos, ha de seguirse un proceso para que un juez emita una resolución por medio de la cual se autorice la terminación de un contrato de trabajo, porque si ésta no existe, no puede proceder el despido de la mujer trabajadora que se encuentre dentro de alguno de los

periodos que contiene el derecho de maternidad, pues está establecido que dentro de dichos derechos no procede la terminación de un contrato de trabajo.

4.4.2. No discriminación

Los Artículos 9.1 y 9.2, que regula el adoptar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo, con inclusión del acceso al empleo y que las medidas a que se hace referencia en el punto anterior, incluyen la prohibición de que se exija a una mujer que solicita un empleo que se someta a un examen, excepto cuando esté previsto en la legislación nacional respecto de trabajos que estén prohibidos total o parcialmente para las mujeres embarazadas o lactantes o puedan presentar un riesgo reconocido o significativo para la salud de la mujer y del hijo.

De lo anterior, se observa que de acuerdo con la legislación protectora de la mujer, este artículo fija límites más precisos en cuanto a la forma en que no han de realizarse actos que vienen a formular una discriminación hacia la mujer trabajadora, ya que la actual legislación solamente prohíbe hacer diferencia en cuanto a si la mujer es casada o no, si tiene responsabilidades familiares, por razones de sexo, raza, etnias o estado civil, por lo que se ve, este beneficio contenido en el convenio analizado es de gran importancia y formula ventajas para la mujer trabajadora.

4.4.3. Examen de maternidad

En este derecho se observa, que otorga incluso la posibilidad de que se examine periódicamente, en consulta con las organizaciones de trabajadores y empleadores, la pertinencia de extender la duración de la licencia de maternidad y el monto de las

prestaciones pecuniarias, lo que constituye otro beneficio para la mujer trabajadora, ya que fija parámetros mínimos que aún no ha alcanzado la legislación guatemalteca y permite extenderlo en lo prudente, ya que la estancia de la madre con su hijo conlleva una serie de beneficios para el recién nacido, por lo que el hecho de que pueda estar más tiempo la madre trabajadora con él, es importante.

Esta novedad que se otorga por medio del convenio que se analiza, va progresando en cuanto a que la mujer trabajadora posea cada vez un derecho que le garantice la salud, tanto a ella como al hijo que esta por nacer, ya que estos exámenes coadyuvarán a que exista seguridad sobre ella y su hijo, en cuanto a la licencia que le otorguen, como indica el convenio, así como en cuanto a las prestaciones, pues es de conocimiento que en nuestro medio las condiciones económicas de las trabajadoras no son las mejores, por lo tanto una mejora en cuanto a estas condiciones pecuniarias que pudiesen ser mejoradas, ayuda a que el derecho de maternidad se fortalezca.

4.4.4. Madres lactantes

El derecho a lactancia está regulado en el Artículo 10, del convenio objeto de estudio, éste se encuentra establecido en la legislación guatemalteca y en consecuencia tanto la interrupción para hacer uso del derecho de lactancia y el mismo es contabilizado como tiempo de trabajo, en tal situación se considera justa dicha prestación.

4.4.5. Prestación medica

Esta prestación también es una innovación en la legislación laboral, puesto que si bien es cierto se enmarca en la reglamentación actual, el derecho durante el periodo de maternidad se observa que este se da, únicamente cuando se tiene acceso al Instituto



Guatemalteco de seguridad social porque fuera de ello, no existe protección alguna aún cuando el Artículo 6.7 regula: se deberán proporcionar prestaciones médicas a la madre y a su hijo de acuerdo con la legislación nacional, las prestaciones médicas deberán comprender la asistencia prenatal, la asistencia durante el parto y la asistencia después del parto así como la hospitalización cuando fuere necesario.

De acuerdo con el marco conceptual del convenio, se ha establecido que toda mujer trabajadora en las condiciones reguladas, debe tener este derecho, por lo que el estar o no adscrita al IGSS, debe otorgársele el beneficio, por lo tanto, el Estado debería al poner en marcha el convenio, crear mejores instituciones que puedan prestar prestaciones médicas de calidad como se menciona en el convenio.

De acuerdo con este derecho, la prestación médica viene a dar cumplimiento a los derechos humanos reconocidos, por lo que el Estado debe de poner en marcha mecanismos que den a las mujeres trabajadoras, las condiciones médicas adecuadas para proteger su estado de gestación, esto para dar cumplimiento al convenio en mención y al principio de igualdad constitucional.

4.4.6. Prestaciones pecuniarias

En referencia a este concepto, si bien es cierto se realiza una amplia regulación que deja dichas prestaciones pecuniarias a la forma que la legislación de cada Estado lo estime conveniente, salvo en lo regulado en el Artículo 6 numerales 6.5 y 6.6, realiza una regulación que puede concluirse es de importancia, ya que en el primero regula que debe garantizarse que las condiciones exigidas para tener derecho a las prestaciones pecuniarias, puedan ser reunidas por la gran mayoría de las mujeres a las que se aplica este convenio, y el segundo que cuando no se reúna las condiciones



exigidas para tener derecho a éstas con arreglo a la legislación nacional o cualquier otra forma que pueda ser conforme con la práctica nacional, tendrá derecho a percibir prestaciones adecuadas con cargo a los fondos de asistencia social siempre que cumpla las condiciones de recursos exigidas para su percepción.

Lo anterior ayuda pero es bastante absurdo, pues vuelve hablar de condiciones que es lo que mejor se exige dentro de la legislación, condiciones para otorgar prestaciones o derechos cuando ya se ha adquirido incluso el derecho, por lo que en relación a este punto es mínimo el avance que se da pero es de importancia, porque aún y con lo manifestado viene a garantizar en lo mínimo los derechos que ya han sido reconocidos y regulados por el derecho interno del país.

4.4.7. Mercado de trabajo

El Artículo 6.8 del convenio analizado, regula lo relativo al mercado de trabajo y consiste en garantizar a la mujer trabajadora cuando sea necesario las licencias ya analizadas que se debe financiar mediante un seguro social obligatorio o con cargo a fondos públicos, para que no se le desproteja, como se estipula que el patrón no está obligado a costear directamente las prestaciones relacionadas sin el acuerdo expreso de éste, salvo que así se regule en la legislación nacional o se acuerde posteriormente a nivel nacional por el gobierno y las organizaciones representativas de los empleadores y trabajadores, esta circunstancia también es una circunstancia innovadora, puesto que prevé situaciones que la legislación nacional no hace, ni siquiera en proyectos de importancia como el hecho de legislar en el sentido de implementar mejoras para las mujeres trabajadoras.

4.5. Regulación del trabajo realizado por mujeres embarazadas en el derecho laboral guatemalteco

El mismo proceso evolutivo que diseñó en otros niveles el desarrollo del derecho laboral, tuvo aquí, aunque con algún retraso, su propia dinámica. En los albores de la época colonial existen abundantes reportes de abusos y desmanes cometidos por los conquistadores, sobre una raza doblegada y sometida, de cuyos miembros se llegó a cuestionar si tenían o no alma.

La Bula Papal del Papa Paulo III, puso fin a esa indigna controversia que da un reflejo del poco aprecio que para algunos mereció el indígena a algunos europeos en un primer estadio post-conquista. Instituciones como la encomienda o el repartimiento, existían en esos tiempos. El influjo de ideas humanitarias y la actividad de personajes de la talla del obispo Francisco Marroquín y Fray Bartolomé de las Casas, fueron ganando terreno para dar un mejor tratamiento del indígena en el desarrollo de estas naciones.

Fue una época de grandes contrastes: a la par de colonizadores prepotentes, se encuentra a personas que su vida dedicaron en beneficio de la población nativa. Las famosas Leyes de Indias era positivo influjo de las corrientes humanitarias y manifiestan los esfuerzos de la corona española de limitar los desmanes que sus súbditos cometían. Entre sus disposiciones sorprende encontrar la regulación de la jornada de ocho horas. Si bien es cierto que su aplicación deja mucho que desear, las Leyes de Indias fueron un anticipo de legislación laboral que se implementaría siglos después.

La verdadera evolución del orden laboral se puede ubicar a finales del siglo pasado. El movimiento legislador promovido por la Reforma Liberal, incidió en lo que era el



embrión de la nueva disciplina jurídica. De esa época a la fecha, poco más de un siglo ha sido testigo del nacimiento, crecimiento y posicionamiento del actual derecho de trabajo.

Las primeras regulaciones laborales específicas tenían un marcado acento civilista, el propio Código Civil de 1877 lo establecía dentro de los contratos como uno más, incluyendo en su Articulado el principio de que en caso de duda se estará a lo que diga el patrono bajo palabra.

En los considerandos del Decreto número 486 de 1894, se consigna que aunque no se oculta a las autoridades delegadas para saber hacer las leyes y para cumplirlas, que el trabajo en una sociedad libre no debe reglamentarse, sino dejar a la espontaneidad individual de oferta y demanda; se hace necesario dictar trámites que acepten el periodo de transición que sufre el trabajo y el paso de lo coactivo a la acción independiente.

El Artículo 16 del Decreto 486, establecía que cualquier presión o abuso de fuerza o posición contra la libre contratación laboral, será sometido a los tribunales de justicia para que sufra el castigo por delito contra la libertad de las personas. Aunque el mismo Decreto establecía que una vez concluido el plazo, el trabajador no podrá retirarse de la finca sin estar solvente con su patrón.

El Decreto número 1434 de la Asamblea Legislativa de Guatemala, conocido como Ley de Trabajo de 1926, en el Artículo 1 establecía que: El contrato de trabajo se regirá por las prescripciones del derecho común y por las disposiciones especiales de esta ley. Es clara la posición inicial de la legislación guatemalteca, de características típicamente privatista y el giro que ha dado al ir absorbiendo los nutrientes que han abonado esta

disciplina desde principios de este siglo: la titularidad y la intervención estatal en la regulación laboral.

El trabajo obligatorio en la apertura de caminos se ha reputado como una de las particularidades del régimen Ubiquista de 1933 a 1944; sin embargo, era una tradición que se conocía desde los albores del nuevo Estado de Guatemala, tal como lo establece el Decreto de la Asamblea Legislativa del 17 de abril de 1830, dicho decreto fue sustituido por el decreto 126 del 26 de octubre de 1874, que crea una contribución de caminos de tres días cada año o pagar el jornal correspondiente a razón de tres reales diarios.

Este Decreto fue a su vez modificado por el número 187, del 26 de octubre de 1874, que establece el impuesto de Viabilidad. El Decreto 1153, Código Fiscal del 30 de mayo de 1921, aumentaría a cuatro días de trabajo la referida contribución. El 21 de febrero de 1906, hubo necesidad, por medio del Decreto Gubernativo 657, de declarar nulos y sin valor ante los tribunales de justicia y las autoridades administrativas del país, todos los convenios que se celebren en la República entre propietarios o administradores de fincas para el canje o venta de mozos.

Pocos años después, en circular del 2 de agosto de 1915, el Ejecutivo insistiría en prevenir a los Jefes Políticos, de la manera más energética, el exacto cumplimiento de las leyes y disposiciones gubernativas referentes a la libre contratación de los jornaleros.

El Decreto 163 del 25 de septiembre de 1876, imponía desde cuatro meses a un año de trabajo forzado en obras públicas, a ladrones o dañadores de plantíos de café; era

presunción de culpabilidad el sólo hecho de tener las matas, tratar con desconocidos o vender los plantíos a bajos precios.

En forma parecida, el acuerdo del 12 de diciembre de 1883, imponía la pena de un año de trabajo forzado en las fincas de las costas de la República, a culpables de infracción en el ramo de licores, especialmente a los que producían en forma ilegal.

El Instituto de la mujer, hace referencia y menciona que “en circular del ejecutivo a los jefes políticos, del 12 de agosto de 1903, se reconocía lo insuficiente de los salarios y se fija en doce reales diarios, y más adelante, en circular de 19 de septiembre de 1903, se acepta la libertad de precios en los contratos de trabajo. Con la caída del prolongado régimen dictatorial de Estrada Cabrera, se sintieron fuertes conmociones sociales y laborales. La primera celebración del 1 de mayo de 1921, se realizó con mucha euforia. El primer gran desafío abierto de los trabajadores, fue la huelga de la Unión Ferrocarrilera, que en 1920 paralizó todo el sistema.”³¹

Continúa indicando el Instituto de la mujer que “al año siguiente estalló una huelga de los empleados de telégrafos. Dos años después se produce la huelga llamada de los muellers de Puerto Barrios. Posteriormente, se formaron diferentes organizaciones laborales, entre ellas, la Sociedad Ferrocarrilera de 1915, maternidad obrera, Fraternal de Barberos, Liga Obrera, Comité Patriótico de Obreros de 1919, Unificación Obrera Socialista, Partido de la Clase Obrera 1922, Sindicato de Tipógrafos 1923. La sucesión de leyes de trabajo en Guatemala, ha sido variada, inicialmente fue el reglamento de jornaleros Decreto 177 del 3 de abril de 1877, que regulaba la relación laboral entre patronos y trabajadores.”³²

³¹ Instituto de la mujer. **El trabajo de la mujer a través de la historia.** Pág. 17.

³² **Ibíd.**

La Ley de Trabajadores Decreto 253 del 1894, contenía disposiciones favorables a la clase trabajadora que lamentablemente no llegaron a cumplirse. Dicha ley, vino a ser una especie de reglamento aplicable a los dueños de fincas y sus jornaleros.

Ley protectora de obreros sobre accidentes de trabajo Decreto 669, emitida el 21 de noviembre de 1906, su reglamento apareció un año después. Es una interesante anticipación de la futura previsión social, hoy ampliamente difundida, y regulada en varias leyes y reglamentos.

Ley del Trabajo, fue decretada en 1926, a la cual se puede referir como el primer conjunto sistematizado de contenido laboral y de aplicación general. Aquí se estructuran técnicamente los diferentes temas en capítulos ordenados e inspirados por los principios tutelares propios del derecho laboral. Entre las instituciones que contiene esta ley, se encuentran: protección del salario, jornada de ocho diarias y cuarenta y ocho a la semana, descanso semanal, jornada extraordinaria y protección al trabajo de mujeres y menores, regulando para la madre obrera en los periodos prenatal y postnatal, inamovilidad y lactancia.

Contiene un esbozo de la organización administrativa de trabajo y un breve procedimiento colectivo incluyéndose la huelga, pero no la cita como un derecho. Es importante mencionar que dentro de la legislación guatemalteca, ésta fue la primera ley que contempla el derecho de inamovilidad de la madre trabajadora.

El Código de Trabajo de 1947 Decreto Número 330 del Congreso de la República, es consecuencia de la revolución de octubre de 1944, el cual marcó el final del régimen dictatorial de Jorge Ubico y abrió las puertas a una euforia. Se produjo una apertura democrática, que sirvió de base para la implementación de instituciones ya vigentes en

otros países y largamente deseadas en Guatemala. Todas las expectativas populares se centraron en el Código de Trabajo y en la implementación del Seguro Social.

A pesar del transcurso del tiempo y los fuertes cambios del entorno político y social del medio, este primer Código ha mantenido su formato inicial, ya que habiendo transcurrido más de medio siglo desde su emisión, muy pocos cambios le han efectuado.

En mayo de 1961, se emitió el actual Código de Trabajo Decreto número 1441 del Congreso de la República. En realidad se trata de una reforma del anterior, ya que fueron muy pocos los artículos que se reformaron. Posteriormente, se han emitido decretos que vienen a reforzar el principio de tutelaridad y regulan: el aguinaldo, bono incentivo, compensación económica, bono 14 y fijación de salarios mínimos.

El Decreto Número 64-92, contiene reforma de varios Artículos del Código en los órdenes individual, colectivo, punitivo y procesal. En él es marcada la insistencia de prohibir y sancionar, aunque con poca efectividad la discriminación en el trabajo, ya sea por sexo, por religión o por educación. En derecho individual amplía los permisos y licencias, regula con mayor detalle y amplitud lo relativo a la protección a la maternidad.

4.6. Principio de tutelaridad aplicado a los derechos de las mujeres embarazadas

La tutelaridad tiene como objeto servir de instrumento de reivindicación y lucha frente al empleador.

Según menciona Cabanellas Guillermo, “se procura restablecer un equilibrio, supuestamente roto, entre las partes o que pueda servir como instrumento que tienda a

la superación de las diferencias de clases, procurando dar a los trabajadores acceso a la propiedad de los medios de producción.³³

La Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 103 establece: Tutelaridad de las Leyes de Trabajo: Las leyes que regulan las relaciones entre empleadores y el trabajo son conciliatorias, tutelares de los trabajadores y atenderá los factores económicos y sociales pertinentes. Esta norma de carácter constitucional es muy importante ya que desde la más alta jerarquía se tutela las relaciones entre trabajadores y patronos.

El Código de Trabajo, en el cuarto considerando inciso a, establece que el derecho de trabajo es un derecho tutelar de los trabajadores, puesto que trata de compensar la desigualdad económica de éstos, otorgándoles una protección jurídica preferente. En tal virtud se determina que, el derecho de trabajo es el antecedente necesario para que impere una efectiva libertad de contratación.

Al mencionar una efectiva libertad de contratación, en el que a una de las partes se ve compelida a aceptar las condiciones de la otra parte. El contrato de trabajo para muchos autores, viene a ser en el fondo una variante del contrato de adhesión: una parte impone las condiciones y la otra le queda aceptar o no, sin poder incidir directamente en la fijación de dichas condiciones. Por este tipo de circunstancias, el derecho laboral es instrumento compensatorio de la desigualdad económica que se da entre las partes de la contratación laboral.

Se pretendió en sus inicios proteger al trabajador y se le sigue protegiendo. Sin embargo, debe destacarse que las motivaciones de esa intervención protectora han

³³ Cabanellas, Guillermo. **Introducción al derecho laboral**. Pág. 207.

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 y de los medios de comunicación, la misma organización laboral y popular, la solidaridad internacional; 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, por ello, en sus fases primarias esta rama fue marcadamente tutelar; pero hoy en día, los trabajadores, en términos generales, han superado con mucho las lamentables situaciones en que se encontraban hace cien o doscientos años, lo cual se refleja al limitar la jornada a ocho horas diarias o cuarenta y cuatro a la semana, se está protegiendo al trabajador; lo mismo que al regular un mínimo de quince días de vacaciones o señalar los mínimos en los días de descansos pre y post-natal. También las normas procesales están imbuidas en este espíritu protector, cabe destacar el impulso de oficio que establece el Artículo 321 del Código de Trabajo; la llamada inversión de la carga de la prueba en beneficio del trabajador que establecen los Artículos 78 y 332 literal e, del mismo Código.

Aplicando el principio de tutelaridad al trabajo realizado por mujeres embarazadas, la Constitución Política de la República de Guatemala en el Artículo 102, inciso k, en su parte conducente establece que la madre trabajadora gozará de un descanso forzoso retribuido con el ciento por ciento de su salario, durante los treinta días que precedan al parto y los cuarenta y cinco días siguientes.

En la época de lactancia tendrá derechos a dos períodos de descanso extraordinarios, dentro de la jornada. Los descansos pre y postnatal serán ampliados según sus condiciones físicas por prescripción médica.

Respecto al descanso postnatal relacionado, el Artículo 152 del Código de Trabajo regula un plazo mayor, indicando que dicho período será de cincuenta y cuatro días, por lo tanto, es aplicable éste último, toda vez que supere el derecho mínimo que establece la Constitución Política de la República de Guatemala, resultándole más favorable a la trabajadora, en virtud que puede descansar nueve días más.

Hay normas ordinarias que ayudan a la tutelaridad de los derechos de las trabajadoras en estado de gravidez, tales como el Artículo 151 del Código de Trabajo, en su inciso c, que establece el derecho de inamovilidad de la mujer trabajadora en estado de gestación y en período de lactancia, y el inciso e, del Artículo y Código citado, que prohíbe al patrono exigir a las mujeres embarazadas que ejecuten trabajos que requieran esfuerzo físico considerable durante los tres meses anteriores al parto.

Lo anterior, demuestra los esfuerzos del derecho laboral en la aplicación del principio de tutelaridad a los derechos de las trabajadoras en estado de gestación y en período de lactancia, y pretender garantizarles la vida, la justicia, la seguridad y su desarrollo integral; lamentablemente en muchos casos resultan insuficientes, ya que existen empleadores que irrespetan dichos derechos, toda vez que al enterarse del estado de gravidez de una de sus trabajadoras ven en ella, gastos para su empresa, toda vez que deben cumplir con el pago del período pre y postnatal, el pago del horario de lactancia, autorización para citas médicas, y ven mermado el rendimiento laboral de dicha trabajadora en la producción normal de su empresa.

Por lo tanto, en muchos casos las despiden sin justificación alguna y sin pagarles indemnización; en el peor de los casos, las presionan para que renuncien y difieren el pago de las prestaciones irrenunciables hasta por tres, seis o más meses; siendo

sabedores, que en cuanto a su actitud no existen normas que las tipifiquen como delitos y que de promoverse una demanda para obtener el pago de su indemnización, dicho trámite podría durar meses, incluso años; y no les importa el daño que le hacen al patrimonio de su trabajadora.

En los últimos años, los ingresos que genera una trabajadora se ha convertido en una fuente importante en el sostenimiento de su familia; en consecuencia, la consideración de ser necesario y estudiar la conveniencia de la aplicación de sanciones drásticas por dichas actitudes tan inhumanas que muchas veces toman los empleadores.

Frecuentemente la iniciativa privada en Guatemala, posee distintas formas de desnaturalizar la relación laboral, siendo ellos: el contrato de servicios profesionales de naturaleza civil, el contrato de obra, y contrato de comodato como una mezcla del contrato civil con el mercantil. Es evidente el rasgo común de los tres contratos indicados en el párrafo anterior, en negar la relación laboral y de la calidad de trabajadores de las personas contratadas, lo cual induce a la no aplicabilidad de la legislación laboral, tergiversando con ello el verdadero contrato de trabajo, en donde se incluyen las garantías y protección de los derechos de los empleados.

En virtud de ello, no están protegidos contra despidos injustificados mediante indemnización ni reinstalación en el puesto de trabajo; el trabajo para el que se contratan tampoco se encuentra necesariamente limitado a las capacidades físicas del trabajador o trabajadora. Se les excluye de los beneficios de la seguridad social, en lo que se refiere a la protección contra accidentes de trabajo.

La mujer trabajadora no tiene acceso al goce de los periodos de pre y postnatal y el periodo de lactancia; además, de las enfermedades, de la invalidez, vejez o

sobrevivencia; lo que se refiere a seguridad e higiene en el trabajo y tampoco por la Inspección General de Trabajo, toda vez que la desnaturalización que se realice de la relación laboral, impide legalmente el accionar de la referida Inspección General de Trabajo.

4.7. Principio de obligatoriedad aplicado a los derechos de las mujeres embarazadas

Este principio indica que las normas del derecho del trabajo, deben ser aplicados en forma coercitiva en los derechos y obligaciones de patronos y trabajadores con ocasión de una relación laboral.

Se establece un ámbito de la voluntad 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.

Por ello se han establecido los Tribunales de Trabajo y Previsión Social, con plenas facultades para aplicar coercitivamente sus resoluciones. Los empleadores saben que, como mínimo, deben otorgar a sus laborantes las prestaciones básicas de ley; en caso contrario podrán ser exigidas: las horas extraordinarias que no fueron incluidas en la planilla, el bono catorce pagadero en el mes de julio, el reajuste complementario del salario mínimo no pagado, la indemnización no efectuada en ocasión de un despido injustificado.

Aplicando este principio a los derechos de las mujeres en estado de gravidez, se puede decir que el empleador está obligado a conceder los descansos correspondientes a los períodos pre y postnatal en la forma y en los plazos que la ley establece; retribuir dichos

descansos en caso la trabajadora no esté protegida por el Instituto Guatemalteco de Seguridad Social.

Además, conceder los permisos correspondientes para las consultas médicas durante el período de embarazo; respetar el horario de lactancia al cual tiene derecho la trabajadora para alimentar a su hijo, en la forma y por el plazo que la ley.

4.8. Principio de garantías mínimas aplicado a los derechos de las mujeres embarazadas

Lo establecido en la Constitución Política de la República de Guatemala, en el Código de Trabajo y demás leyes, constituyen un mínimo de garantías para el trabajador, llamadas a desarrollarse mediante otros instrumentos, de preferencia mediante la negociación de pactos colectivos de condiciones de trabajo, extremo que también evidencia el dinamismo que caracteriza al derecho laboral. Sin embargo, ese mínimo ha venido a erigirse en máximo habiendo sectores importantes que ni siquiera gozan en la actualidad de esos derechos básicos.

Según el inciso b, del cuarto considerando del Código de Trabajo, las garantías sociales mínimas o derechos sociales mínimos, son protectores del trabajador, irrenunciables únicamente para éste y llamadas a desarrollarse posteriormente en forma dinámica, en estricta conformidad con las posibilidades de cada empresa patronal, mediante la contratación individual o colectiva y, de manera muy especial, por medio de los pactos colectivos de condiciones de trabajo. Atendiendo a la denominación de este principio, éste viene a ser el límite mínimo que los patronos están obligados a otorgar a los trabajadores, como consecuencia de cualquier relación laboral.

Este límite de prestaciones a favor de los trabajadores constituyen un estatuto invulnerable por disposición legal, por cuya razón el Estado está indirectamente presente en toda relación de trabajo, en el momento de establecer las condiciones de trabajo; sin embargo, para que dicho enunciado tenga efectividad es necesario que concurren otras características: a) Son protectoras del trabajador; b) son irrenunciables para el mismo; c) están llamadas a desarrollarse en forma dinámica de conformidad con las posibilidades del patrono.

Aplicando este principio a las trabajadoras, se puede mencionar el derecho a la inamovilidad que gozan las madres en estado de gravidez y en período de lactancia; los periodos pre y postnatal al cual tienen derechos las trabajadoras embarazadas; el periodo de lactancia para alimentar a sus hijos, en las formas y plazos que la ley establece, el cual no puede ser inferior a los diez meses posterior al período postnatal.

4.9. Irrenunciabilidad de las garantías mínimas del derecho de trabajo, especialmente de las mujeres embarazadas

Por la misma circunstancia de ser normas de orden público, su protección va más allá de la voluntad de las partes y devienen irrenunciables para los trabajadores. Los derechos que establece el Código de Trabajo constituyen un mínimo de garantías sociales, al momento de aplicarse a las prestaciones contenidas en las leyes ordinarias o en leyes especiales, pactos colectivos de condiciones de trabajo, convenios individuales o colectivos de trabajo, sentencias colectivas, reglamentos de personal, adquiere categoría de principio fundamental del derecho del trabajo.

El enunciado anterior, es aceptado por la mayoría de estudiosos de esta rama jurídica y en el ámbito legal guatemalteco lo confirma con la siguiente disposición: Son nulos ipso

jure y no obligan a los contratantes, todos los actos o estipulaciones que impliquen disminución o tergiversación de los derechos que la Constitución de la República de Guatemala, el presente Código, sus reglamentos y las demás leyes y disposiciones de trabajo o de previsión social otorguen a los trabajadores, aunque se expresen en un reglamento interior de trabajo, un contrato de trabajo u otro pacto o convenio cualquiera. Por lo mismo, resulta nula toda renuncia de derechos que haga el trabajador; esto significa que, aunque el trabajador haya firmado un documento renunciando a derechos o aceptando derechos menores a los que le corresponde, mantiene el derecho de reclamar aquellos y cualquier juez laboral debe atender el reclamo de esos derechos que estén pendientes de ser otorgados al trabajador.

Con ocasión de las terminaciones de contratos laborales se discute la validez del finiquito como acto final de la vinculación. Para una corriente laboralista, los finiquitos no tienen un valor absoluto, pues aunque contengan la intención del trabajador de poner fin a cualquier reclamo, si se prueba que no se incluyeron los derechos a cabalidad, el trabajador mantiene la acción a pesar del finiquito, toda vez que previamente a firmar dicho documento el trabajador ha renunciado a sus derechos mínimos.

Por la aplicación del principio de irrenunciabilidad de derechos, el finiquito tiene una connotación especial en materia laboral, apartándose de aquella figura absoluta, válida en las otras ramas del derecho.

En consecuencia, cuáles son los derechos que no pueden renunciarse: al efecto el Artículo 106 de la Constitución Política de la República de Guatemala, los derechos consignados en esta sección son irrenunciables. Se desprende que los derechos allí

consignados, específicamente en el Artículo 102, son los derechos elementales, las garantías mínimas, en consecuencia esos serían los irrenunciables y muchos consideran que los que superan el mínimo no tienen esa misma categoría y dichos derechos son los que sí podrían renunciarse, pero no existe normativa alguna que obligue a renunciar a los derechos adquiridos y que superan los mínimos establecidos.

Del Artículo 20 del Código de Trabajo, se puede entender que son irrenunciables los derechos mínimos protegidos, ya que los que tengan condiciones superiores a dicho minimum pueden modificarse en los casos muy especiales que contempla ese mismo artículo, cuando existiera un acuerdo o cuando lo justifique plenamente la situación económica de la empresa, las condiciones superiores pueden alterarse.

Por lo tanto, es inconcebible que la mujer trabajadora en estado de gestación pueda renunciar a los derechos mínimos que las leyes le otorga, y en su caso, que el patrono la despida o la presione a renunciar; él debe ser sancionado severamente, toda vez que pone en peligro la vida de dicha trabajadora y la de su hijo que está por nacer.

4.10. Protección a la mujer trabajadora

La constitución política de la república de Guatemala, hace referencia a la protección a la mujer trabajadora, así también como lo establece el Código de Trabajo, Tratados y Convenios internacionales celebrados por Guatemala, lo cual se señalan a continuación:

- Convenio 103, sobre la protección a la maternidad, celebrado por la organización internacional del Trabajo (OIT),

- Ley de dignificación y promoción integral de la mujer; Decreto número 799, por el Congreso de la República;
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, por las Naciones Unidas;
- IV Conferencia mundial de la mujer, acción para la igualdad, el desarrollo y la paz. Procuraduría de los derechos humanos y la Defensoría de los derechos de la mujer.

Dichos convenios y tratados erradican la discriminación hacia la mujer, el maltrato vivido por las mujeres, así como la violencia a la cual sufren en su diario vivir, además se establecen instituciones públicas cuya finalidad es velar por el estricto cumplimiento de las leyes a favor de las mujeres; así como el nivel de mecanismos gubernamentales de defensa y protección de la mujer, existiendo actualmente la oficina nacional de la mujer (ONAM), adscrita al Ministerio de Trabajo, con una asamblea de delegadas, que contempla representantes tanto gubernamentales como no gubernamentales. Dentro de su estructura, existe una oficina técnica que fue instaurada con relativa independencia, ya que su bajo rango institucional y escaso presupuesto no ha permitido una injerencia y un poder político necesario para incidir en las políticas y programas gubernamentales.

La ONAM tiene preparado un proyecto de creación del Instituto nacional de la mujer, que está concebido como un ente técnico y asesor de alto nivel. Existe el interés de que también sea un ente rector en materia de políticas dirigidas hacia las mujeres, de manera que oriente y asesore tanto a las organizaciones gubernamentales como a las

no gubernamentales. Actualmente, el proyecto está siendo promocionado y negociado en el Congreso de la República.

Otra instancia gubernamental que ha venido recientemente jugando un papel activo en relación con la situación de las mujeres es la defensoría de la mujer de la procuraduría de los derechos humanos. Asimismo, existen algunos programas específicos que han desarrollado valiosos aportes, como el de la mujer, salud y desarrollo del Ministerio de Salud Pública.

Asimismo, como lo establece nuestra legislación, y además como más adelante se verá, se instituye un régimen especial para las mujeres, que básicamente comprende:

1. No discriminación:

- a) La no discriminación de hombres y mujeres para efectos laborales.
- b) La no discriminación entre mujeres casadas y solteras.
- c) No discriminación por motivo del embarazo y sus consecuencias.
- d) Pre y postnatal: La atención especial en cuanto a labores durante el estado de embarazo, que comprende los periodos: prenatal, postnatal y lactancia.
- e) Inamovilidad: La inamovilidad durante los periodos citados.
- f) Atención y respeto: Que con mayor razón se les dedica por razón de su sexo.

4.11. Derecho de inamovilidad

Derecho de que goza la mujer trabajadora, es el derecho de inamovilidad durante el embarazo o el periodo de lactancia, lo que quiere decir que el patrono no puede despedir a una trabajadora si se encuentra en estado de gravidez o en periodo de lactancia, mismo que la ley establece como máximo un período de diez meses, a partir de la fecha en que la trabajadora regrese a sus labores, a menos que por prescripción médica este tiempo deba prolongarse.

El requisito para que la trabajadora goce del derecho de inamovilidad es que se lo haga saber al patrono lo antes posible, quedando desde ese momento provisionalmente protegida, la ley le confiere a la trabajadora un período de dos meses para que le presente al empleador el certificado médico como constancia de su embarazo, con lo cual gozará definitivamente del derecho de inamovilidad lo complejo de esta situación es que para la trabajadora representa un poco difícil obtener una prueba de que efectivamente le avisó a su empleador de su estado.

La ley contempla un simple aviso, lo cual supone que sea en forma verbal y de lo cual no queda constancia alguna, lo que da margen a que el empleador pueda despedir a la trabajadora durante ese periodo y que el patrono aduzca en un momento de que él no sabía respecto al embarazo y que la causa de despido obedeció a alguna falta inexistente por supuesto, de la trabajadora, situación que viene a engrosar los expedientes en la inspección general de trabajo y en los juzgados de trabajo y previsión social y por otro lado, está la situación de la madre trabajadora, además de enfrentarse a un embarazo, que por naturaleza cambia el estado de ánimo de las mujeres, también tiene que pelear por un derecho que le asiste.



En la Constitución Política de la República de Guatemala, en su Artículo 1ro. establece que el Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia; su fin supremo es la realización del bien común, además de contener específicamente en el Artículo 102 inciso "k" normas que protegen única y exclusivamente a la mujer trabajadora, por lo que en base a esta normativa, no se puede dejar desamparada a una persona a quien el Estado está obligado a brindarle una seguridad jurídica.

Pese a la amplia gama jurídica que tiende a proteger a la mujer trabajadora en estado de gravidez, se encuentra, según la Inspección General de Trabajo, que en la práctica, cuando una trabajadora es objeto de despido en esas circunstancias, en la mayoría de los casos, las trabajadoras optan por no enfrentar al patrono en un juzgado de trabajo y reclamar el derecho que les asiste, unas veces por miedo, otras por desconocimiento de la ley, y en la mayoría de casos por dignidad, pues no quieren ser humilladas por el patrono cuando ofrezca algún tipo de acuerdo que va muy debajo de su condición de trabajadora, pues existen patronos que quieren convertir a aquel trabajador que un día les fue muy productivo en alguien a quien les están dando una limosna y están haciendo una obra de caridad, cuando en realidad es una obligación cumplir con las normas laborales a que tiene derecho los trabajadores y trabajadoras.

Por último, también se encuentra dentro de las normas jurídicas que protegen a la mujer trabajadora, que los patronos no pueden exigir trabajos de mayor esfuerzo físico a las mujeres embarazadas, por lo menos durante los últimos tres meses que anteceden a la fecha posible del parto, lo que deja abierta la posibilidad de que aunque sean atribuciones propias del puesto que ocupen dentro de la empresa, no pueden obligarlas a que las ejecuten si las mismas van a perjuicio de su salud y la del niño que esperan.



Lamentablemente se han visto casos impactantes en donde las madres han dado a luz en los propios centros de trabajo, o se han visto delicadas de salud por que en sus centros de trabajo se les obliga a realizar trabajos rudos en los que se exige una fuerza mayor de las que las mujeres embarazadas puedan realizar. En cuanto al periodo de lactancia lo especial es que la ley le confiere a la madre trabajadora treinta minutos, dos veces al día para que durante sus labores pueda alimentar a su hijo o hija, período que lo puede acumular con el objeto de salir una hora más temprano o entrar una hora más tarde al centro de trabajo.

Lo que se ve en la realidad es que por convenirle al patrono y para no recargar el trabajo, le solicita en el mejor de los casos, que cumpla con las ocho horas de la jornada de trabajo, por otra parte, también sucede que el patrono no le pregunta a la trabajadora si puede laborar jornada completa, simplemente le ordena que cumpla con las ocho horas establecidas en el reglamento, lo que la trabajadora acepta por temor a represalias y aún más, por temor a perder el empleo; esto porque la mayoría de casos, los trabajadores y trabajadoras desconocen los derechos que les asisten como tales, dejando así que se cometan abusos y arbitrariedades en su contra.

4.12. Excepciones que pueden ocurrir

Las excepciones que se pueden hacer, están contenidas y referidas únicamente a un momento especial regulado en el Artículo 2.2 y 2.3 del convenio objeto de análisis en cuanto a que todo miembro que ratifique el convenio podrá, previa consulta con las organizaciones representativas de empresarios y trabajadores interesados, excluir total o parcialmente del campo de aplicación del convenio a categorías limitadas de trabajadoras cuando su aplicación a esas categorías plantee problemas especiales de particular importancia y que posteriormente en la primer memoria que realice el estado

debe indicar las categorías de trabajadoras excluidas y los motivos de exclusión y en las memorias siguientes, deberá indicar las medidas adoptadas con el fin de extender progresivamente la aplicación de las disposiciones del convenio a esas categorías.

Por lo que, en cuanto a las excepciones o exclusiones como le llama el convenio, a las circunstancias que hacen no poder aplicar el convenio es restringida, por lo que se puede indicar que al ratificarlo garantizará de mejor manera el cumplimiento de las diversas garantías mínimas que la legislación otorga a las mujeres trabajadoras, ya que además de ser restringida se debe progresivamente aplicar a las mismas para que todo el universo entendido Guatemala, de mujeres trabajadoras, esté protegido.

4.13. Formas en que se acepta el convenio

La forma de aceptación del convenio se establece en el Artículo 14 del convenio, en cuanto a que las ratificaciones formales del presente convenio serán comunicadas para su registro al director general de la Organización Internacional de Trabajo y el Artículo 15, que indica que el convenio obligará únicamente a aquellos miembros de la Organización Internacional de Trabajo cuyas ratificaciones haya registrado el director general y entrará en vigencia doce meses después de que se haya registrado su ratificación, por lo que el Estado aún y cuando ratifique el convenio, tiene un plazo para hacer frente a las innovaciones que la misma contiene, por lo que no existe razón para negarse a suscribir y ratificar un convenio que viene a mejorar las condiciones de trabajo de las mujeres trabajadoras.

4.14. Informes a que obliga el convenio

Los informes a que obliga el convenio están relacionados en el Artículo 2.2, que se refiere a las categorías de trabajadoras que se excluye total o parcialmente, asimismo,



el Artículo 7.2 cuando sea un Estado que no esté bien desarrollado y los montos previstos no son adecuados sino mínimamente relacionados con prestaciones que equivalen a casos de enfermedad o incapacidad temporal con arreglo a la legislación nacional también debe informar de los avances que se den dentro del Estado en relación a garantizar y poder aumentar progresivamente el monto de las prestaciones a que tiene derecho la mujer trabajadora, siendo estos dos los momentos que regula el convenio en cuanto a la expedición de informes, se considera que existen circunstancias que han de ser evaluadas periódicamente, para garantizar una efectiva aplicación del convenio en los diversos estados.

CONCLUSIONES

1. El derecho de maternidad, que se encuentra regulado actualmente dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco; si bien es cierto, contiene una serie de garantías mínimas, las cuales por el desarrollo que se viene dando dentro de la sociedad, han quedado rebasadas, por lo que a la presente fecha no responde a las circunstancias de la sociedad.
2. Las mujeres guatemaltecas han sido discriminadas por razones de credo, raza, condición física, por factores derivados del machismo y de las concepciones patriarcales que se han enraizado en la sociedad; sin embargo, la participación de la mujer en los procesos socioeconómicos es importante, al punto de que gracias a este hecho, la economía de los hogares funciona en mejor forma a la que lo haría si sólo el hombre laborara para el sustento familiar.
3. Las madres trabajadoras, que se encuentren en estado de embarazo; o en su período de lactancia correspondiente, cuentan con la debida inamovilidad y no podrán ser removidas de sus labores por parte del patrono; pudiendo, en caso de ser destituidas, ejercitar su debido derecho de reinstalación, así como también el del pago en sus prestaciones; con ello se garantiza la protección a su menor con la estabilidad laboral.
4. Difundir información por parte de los principales medios de comunicación sobre las condiciones equitativas que deben contar las mujeres en lo relacionado a su trabajo, para que no sean despedidas por motivo de su embarazo; así como también se les respete el período de lactancia correspondiente; al cual tienen derecho, tal y como lo indica el ordenamiento jurídico guatemalteco.



5. El Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo revisa el contenido del Convenio 103, del mismo ente, y supera los derechos reconocidos a la madre trabajadora, dentro de los nuevos derechos que le da, está protege, no solamente a la madre lactante sino además, al producto de la maternidad; se incrementa la licencia por maternidad de ochenta y cuatro días a noventa y ocho días.



RECOMENDACIONES

1. El Estado de Guatemala debe ratificar el Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo en virtud de que, de acuerdo con el presente trabajo se ha establecido que reúne las condiciones mínimas para ser tenida como ley, dentro de este país y sea aplicado dentro del ámbito del derecho laboral, por medio del Congreso de la República.
2. Es necesario que el Procurador de los Derechos Humanos protega el derecho prenatal y postnatal concebidos con mejor regulación dentro del Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo, porque amplía los plazos establecidos dentro del ordenamiento jurídico para esos derechos, por lo que viene a constituir un desarrollo del derecho de maternidad, a través de las instituciones laborales encargadas de cumplir con las leyes laborales.
3. Que la Inspección General de Trabajo fiscalice periódicamente que los patronos no violen el derecho de inamovilidad del que gozan las madres trabajadoras durante los períodos de maternidad y lactancia, así como capacitar a las mujeres trabajadoras sobre el catálogo de derechos específicos que les asisten, de cómo hacerlos efectivos; con ello se evitaría la violación de los mismos.
4. El Ministerio de Trabajo y Previsión Social debe promover reformas al Código de Trabajo ante el Congreso de la República de Guatemala, relacionadas con las facultades suficientes a las autoridades administrativas y judiciales para que velen por el cumplimiento del Convenio 183 de la Organización Internacional de Trabajo, por medio de sanciones que garanticen la coercitividad de dichas reformas.



5. El Congreso de la República de Guatemala debe aprobar el Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo, con ello también la Secretaría de Comunicación Social de la Presidencia, asociaciones patronales, los sindicatos de trabajadores y la sociedad civil en su conjunto, deben realizar una campaña masiva de concienciación respecto a los beneficios, nuevos derechos, garantías y obligaciones que del mismo emergen a favor de la mujer y madre trabajadoras.

BIBLIOGRAFÍA



BARAJAS MONTES DE OCA, Santiago. **Conceptos básicos de derecho del trabajo**. México: Ed. Fondo de Cultura Económica, (s.e.), 1996.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Compendio de derecho laboral**. Tomo II. Buenos Aires, Argentina: Ed. Bibliográfica Omeba, (s.e.), 1978.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo y Luis Alcalá-Zamora y Castillo. **Tratado de política laboral y social**. Tomo II. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, (s.e.), 1982.

CABANELLAS, Guillermo. **Introducción al derecho laboral**. Segunda ed., Ed. Libreros, II volumen. Buenos Aires, Argentina. 1960.

CABANELLAS, Guillermo. **Compendio de derecho laboral**. Segunda ed., Ed. Libreros. II tomos. Buenos Aires, Argentina. 1992.

CALDERA, Rafael. **Derecho del trabajo**. Tomo I. Buenos Aires, Argentina: Ed. El Ateneo, (s.e.), 1979.

CARRILLO CABRERA, Víctor Rodolfo. **Tutelaridad y garantías mínimas vrs. flexibilidad en el derecho de trabajo**. Tesis de Graduación. Universidad de San Carlos de Guatemala, año 1998.

DE LA CUEVA, Mario. **El nuevo derecho mexicano del trabajo**. México: Ed. Porrúa, 1983.

DE LA CUEVA, Mario. **Derecho mexicano del trabajo**. Segunda ed., Edit. Porrúa, México, Distrito Federal. (s. f.).

FIGUEROA, Carlos, R. Posadas, M. We.ss. **Factores determinantes en la práctica de la Lactancia materna**. Guatemala, (s.e), 1983.

GUILLERMO GONZÁLEZ, Charry. **Derecho del trabajo**. Ed. Temis, 5a. ed. Bogotá Colombia, 1979.



HERNAINZ MÁRQUEZ, Miguel. **Tratado elemental del derecho de trabajo.** Ed. Instituto de Estudios Políticos. España, 1992.

Instituto de la Mujer. **El trabajo de la mujer a través de la historia.** Ministerio de asuntos sociales. Madrid España, (s.e) 1992.

KROTOSCHIN, Ernesto. **Manual de derecho del trabajo.** Buenos Aires, Argentina: 3a. ed, Ed. Desalma S.A. 1987.

KROTOSCHIN, Ernesto. **Tratado práctico del derecho de trabajo.** Vol. I 4a. ed; Buenos Aires, Argentina. Ed. de palma 1981.

Lactancia Natural. **Promoción, memorias del seminario regional sobre promoción de la lactancia natural en centro América y Panamá Dominicana.** Comité de la lactancia natural, INCAP, Guatemala (s.c.), 1984.

LÓPEZ LARRAVE, Mario. **Breve historia del derecho laboral guatemalteco.** Ed. Universitaria, Guatemala, 1974.

MARTÍNEZ VIVOT, Julio J. **Elementos del derecho del trabajo y de la seguridad social.** 4^a. ed. Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina 1994.

Ministerio de Trabajo y Previsión Social. **Convenios de la organización internacional del trabajo ratificados por Guatemala.**

MONTOYA MELGAR, Alfredo. **Derecho del trabajo.** Madrid, España: 22a ed., Ed. Tecnos. 2001.

PIÁ RODRÍGUEZ, Américo. **Los principios del derecho del trabajo.** Buenos Aires. Ed. Depalma, 1998.

PLA RODRÍGUEZ, Américo. **Los principios del derecho del trabajo.** Buenos Aires, Argentina, Ed. Depalma, 1988.

RAMOS DONAIRE, José María. **Derecho del trabajo guatemalteco.** Guatemala, Ed. Universitaria, 1998.



Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Código de Trabajo. Congreso de la República de Guatemala. Decreto Número 1441, 1961.

Ley de Servicio Civil. Decreto Número 17-48 del Congreso de la República de Guatemala, 1948.

Ley de Dignificación y Promoción Integral de la Mujer. Decreto Número 7-99 del Congreso de la República de Guatemala, 1999.

Reglamento sobre protección a enfermedad y maternidad. Junta Directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social. Acuerdo Número 410, 1964.

Reglamento para Goce de Periodo de Lactancia. De la República de Guatemala, 1973.

Acuerdo número 410. Reglamento sobre protección relativa a enfermedad y maternidad, Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, 1974.

Convenio sobre la Protección de la Maternidad número C 103. Organización Internacional de Trabajo, 1952.

Convenio sobre la Protección de la Maternidad número C 183. Organización Internacional de Trabajo, 2000.

Convenio sobre la Protección de la Maternidad (revisado), 1952. Convenio No. 103, de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por Guatemala el 07 de febrero de 1989.

Convenio sobre la Discriminación (empleo y ocupación), 1958. Convenio No. 111, De la de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por Guatemala el 20 de septiembre de 1960.

Convención sobre la Eliminación de todas la Formas de Discriminación Contra la Mujer. Naciones Unidas; Guatemala C.A.



IV Conferencia mundial de la mujer. Acción para la igualdad, el desarrollo y la paz.
Procuraduría de los derechos humanos y la defensoría de los derechos de la mujer. Guatemala agosto 1994.