

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

**EL CONVENIO 183 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL
TRABAJO DEBE SER RATIFICADO EN GUATEMALA PARA
PROTEGER LA MATERNIDAD**



JESÚS ENA GONZÁLEZ ROSALES

GUATEMALA, AGOSTO DE 2009

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

**EL CONVENIO 183 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL
TRABAJO DEBE SER RATIFICADO EN GUATEMALA PARA
PROTEGER LA MATERNIDAD**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas Y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

JESÚS ENA GONZÁLEZ ROSALES

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, agosto de 2009

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

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV:	Br. Marco Vinicio Villatoro López
VOCAL V:	Br. Gabriela María Santizo Mazariegos.
SECRETARIO:	Lic. Avidan Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Ronaldo Amílcar Sandoval Amado
Vocal:	Licda. Alma Judith Castro Tejeda.
Secretario:	Lic. Héctor Leonel Mazariegos González.

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Héctor Manfredo Maldonado Méndez
Vocal:	Lic. Marvin Estuardo Arístides
Secretario:	Lic. Jorge Eduardo Aviles Salazar

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).

Guatemala, 12 de octubre de 2,007.

RESPETABLE DECANO.
BONERGE AMILCAR MEJIA ORELLANA.
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES.
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA.



RESPETABLE DECANO:

De conformidad con la providencia de fecha veinticinco de enero del presente año, proferida por el licenciado Marco Tulio Castillo Lutín, jefe de la unidad de asesoría de tesis, en la cual se me faculta como asesora de tesis de trabajo intitulado **“EL CONVENIO 183 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO DEBE SER RATIFICADO EN GUATEMALA PARA PROTEGER LA MATERNIDAD”**, tema propuesto por la bachiller Jesús Ena González Rosales.

El presente trabajo abarca tópicos de importancia en materia laboral enfocados desde un punto de vista jurídico social, por ser un tema medular el derecho de maternidad que trae como consecuencia una protección más efectiva a la mujer trabajadora lo cual redundará en un beneficio tanto jurídico relacionado con el cumplimiento de las normas relacionadas con el derecho de maternidad y social porque implica que la sociedad sea mas justa, realizando un análisis descriptivo del derecho de maternidad, además se plantea médicamente como un avance en cuanto a los derechos protegidos dentro del derecho de maternidad, y demuestra que de esta manera se dará una mejor protección lo que ayudará a que se proteja tanto a la mujer trabajadora como al menor que esta por nacer o que ya esta nacido, que son elementos novedosos que permiten que jurídicamente se analicen circunstancias médicas que tienden a mejorar tanto a nivel social, médica y de salud; son situaciones que se plantean como necesidades dentro de nuestra sociedad y que la legislación interna no ha respondido, por lo que el presente trabajo presenta la necesidad de que con el convenio se viene a proteger de una mejor manera el derecho de maternidad.

Se considera que el trabajo de tesis es un excelente aporte no solo para la facultad sino como para las instituciones que se interrelacionan en la aplicación de la justicia. No obstante ser una realidad social el hecho de que a las mujeres trabajadoras se les vedan los derechos que están contenidos dentro del derecho de maternidad por parte de la parte patronal, y están incluidos dentro de estos derechos el pre natal, post natal, lactancia, prohibición de despido, sala cuna o guarderías y una serie de innovaciones que se mencionan en el convenio y que vienen a mejorar las condiciones de las mujeres trabajadoras, todo esto ampliamente desarrollado en el presente trabajo, desarrollando en primer lugar el marco conceptual del derecho de maternidad, en qué consiste cada derecho y como está regulado actualmente dentro de nuestro ordenamiento jurídico laboral, luego deja constancia del porqué existen razones y argumentos para poder ratificar el convenio ya referido incluyendo además las opiniones favorables que no se han tomado en cuenta para que el mismo sea ratificado, conteniendo un análisis concreto y bien razonado de cómo la mujer trabajadora va a ser beneficiada y concluye cuales son los avances que en materia laboral trae como consecuencia la ratificación del convenio referido, todos estos elementos se

hacen indispensables en los centros de trabajo en Guatemala para que se cumplan con los fines que inspiran el derecho laboral de ser tutelar de los derechos de los trabajadores en especial en el presente caso la mujer trabajadora que se encuentre dentro del derecho de maternidad.



Por lo antes expuesto y siendo que el trabajo de tesis cumple todos los requisitos legales establecidos en el artículo 32 del normativo para la elaboración de tesis de licenciatura en ciencias jurídicas y sociales, del examen general público, considero que el mismo debe ser discutido en el examen correspondiente previa revisión.

Atentamente:

A large, stylized handwritten signature in dark ink, which appears to be 'Blanca Elena Beteta Sologastoa'.

LIC. BLANCA ELENA BETETA SOLOGAISTOA.
COLEGIADO 5,347.

LICENCIADA
BLANCA ELENA BETETA SOLOGAISTOA
ABOGADO Y NOTARIO



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, seis de noviembre de dos mil siete.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) FERNANDO GARCÍA RUBI, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante JESÚS ENA GONZÁLEZ ROSALES, Intitulado: "EL CONVENIO 183 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO DEBE SER RATIFICADO EN GUATEMALA PARA PROTEGER LA MATERINIDAD".

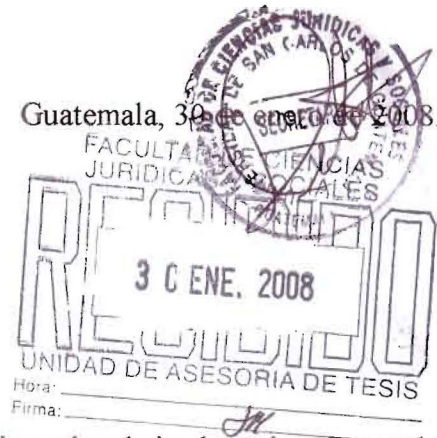
Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para el Examen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

LIC. MARCO TULIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc.Unidad de Tesis
MTCL/sllh



Guatemala, 30 de enero de 2008.



Licenciado.
Marco Tulio Castillo Lutin.
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis.
Universidad de San Carlos de Guatemala.
Su despacho:

De conformidad con el nombramiento emitido, procedí a revisar el trabajo de tesis presentado por la Bachiller Jesús Ena González Rosales, intitulado **“EL CONVENIO 183 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO DEBE SER RATIFICADO EN GUATEMALA PARA PROTEGER LA MATERNIDAD”**.

Realizando la revisión de la investigación y en su oportunidad sugerí algunas correcciones de tipo gramatical y redacción, que considere en su momento necesarias, para mejorar la comprensión del tema desarrollado.

En relación al contenido científico y técnico de la tesis, abarca las etapas del conocimiento científico, el planteamiento del problema jurídico-social de actualidad, la recolección de información realizada por la Bachiller Jesús Ena González Rosales fue de gran apoyo en su investigación ya que el material es considerablemente actual.

La estructura formal de la tesis fue realizada en una secuencia ideal 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 que comprueba que se hizo la recolección de bibliografía actualizada.

Las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas en forma clara y sencilla para esclarecer el fondo de la tesis en congruencia con el tema investigado. Por lo expuesto y siendo que el trabajo de investigación cumple con todos los requisitos legales establecidos en el artículo 32 del normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencia Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, en virtud de lo anterior emito **DICTAMEN FAVORABLE**, por lo que puede ser discutido en el examen correspondiente,

Me suscribo sin más que exponer.


Licenciado Fernando García Rubí.
Abogado y Notario, Colegiado 3817.
Revisor de Tesis.
7ª. Avenida 10-35 zona 1.
Teléfono 22777200.
Fernando García Rubí
ABOGADO Y NOTARIO.

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintidós de mayo del año dos mil nueve.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante JESÚS ENA GONZÁLEZ ROSALES. Titulado EL CONVENTO 183 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO DEBE SER RATIFICADO EN GUATEMALA PARA PROTEGER LA MATERNIDAD. 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 otorgarme la sabiduría y la paciencia para alcanzar tan importante triunfo en mi vida el día de hoy.

A MIS PADRES:

Juan Carlos González Arias (Q.E.P.D.) que desde el cielo ve el triunfo que recibo el día de hoy; a quien su sacrificio e infinito amor debo lo que soy.

Hortencia Rosales Pernío, que Dios la bendiga por su gran esfuerzo, amor y dedicación; que este éxito sea un merecido galardón al esfuerzo de madre que me ha brindado y por enseñarme que la sabiduría y el entendimiento provienen de Dios.

A MIS HERMANOS:

Mirtha, Araceli, Maricela, Eddy, Oscar René (Q.E.P.D.) y Eduardo Ermides (Q.E.P.D.), Con mucho cariño por su apoyo al hacerme ver que el esfuerzo, inteligencia y constancia llevan al triunfo.

A HÉCTOR OVIDIO PÉREZ CAAL:

Mi esposo, amor y compañero, que Dios lo bendiga hoy y siempre por su ayuda, ánimo y estar siempre a mi lado en todo momento.

A MIS HIJOS:

Juan Carlos Ovidio, Héctor Gabriel Ermides y Edwin Orlando José, Pérez González, que llenan mi vida de amor y felicidad; quienes siempre deben confiar en Dios, que Él los conducirá por la senda de la virtud y el triunfo.

A MI FAMILIA Y AMIGOS:

Por su invaluable apoyo y cariño.

A MI ASESORA Y REVISOR

Abogados: Blanca Helena Beteta Sologaistoa y Fernando García Rubí, por su confianza y profesionalismo en su labor.

A LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES:

De la gloriosa y tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala; mil gracias por la enseñanza recibida y la culminación de mis estudios.

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.....	19
1.5 Naturaleza Jurídica.....	19
1.6 Características.....	20
1.7 Fines.....	22
1.7.1 Proteger la salud de la mujer trabajadora.....	22
1.7.2 Proteger la familia de la mujer trabajadora.....	22
1.7.3 Protección a los hijos de la mujer trabajadora.....	23
1.7.4 Proteger la sociedad por ser la mujer parte de la misma.....	24
1.8 La maternidad desde el punto de vista médico jurídico.....	24
1.8.1 Ventajas de la lactancia natural.....	27
1.8.2 Propiedades y valor de la leche materna.....	28
1.8.3 Como se produce la leche materna.....	30
1.8.4 Tendencias de alimentación de los recién nacidos.....	32
1.8.5 Lactancia y legislación laboral.....	34

CAPÍTULO II

2. Contenido del derecho de maternidad.....	37
2.1 Derecho pre-natal.....	38
2.2 Derecho post-natal.....	39
2.3 Derecho de lactancia.....	41

	Pág.
2.4	Prohibición de despido.....42
2.5	Salas cuna y guarderías infantiles.....43
2.5.1	Formas de cumplir.....44

CAPÍTULO III

3.	El Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo.....49
3.1	La mujer trabajadora.....58
3.2	Empresas obligadas.....60
3.3	Derechos que otorga.....60
3.3.1	Derecho a la salud.....60
3.3.2	Derecho a la maternidad.....61
3.3.3	Derecho medico o en caso de enfermedad o complicaciones.....62
3.4	Prestaciones otorgadas.....63
3.4.1	Protección al empleo.....63
3.4.2	No discriminación.....63
3.4.3	Examen de maternidad.....64
3.4.4	Madres lactantes.....65
3.4.5	Prestación médica.....65
3.4.6	Mercado de trabajo.....66
3.4.7	Prestaciones pecuniarias.....66
3.5	Excepciones que pueden ocurrir.....67
3.6	Formas en que se acepta el convenio.....68
3.7	Informes a que obliga el convenio.....68

CAPÍTULO IV

4.	Leyes que protegen el derecho a la maternidad por parte de las mujeres trabajadoras.....69
4.1	Artículos 101 y 106 de la Constitución Política de la República de Guatemala....69
4.2	Declaración Universal de los Derechos Humanos.....71

	Pág.
4.3 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.....	72
4.4 Convenio 103 de la Organización Internacional del Trabajo.....	73
4.5 Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales.....	73
4.6 Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer.....	74
4.7 Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo.....	75
4.8 Código de Trabajo.....	76
4.9 Cómo beneficia a la mujer trabajadora embarazada la ratificación y aplicación del Convenio 183 en la República de Guatemala.....	80
4.10 Avances.....	82
CONCLUSIONES.....	85
RECOMENDACIONES.....	87
BIBLIOGRAFÍA.....	89

INTRODUCCIÓN

El derecho, como punto de partida dentro del ordenamiento jurídico es un todo, y dada la especialización en las diversas ramas en que se ha dividido, es que se ha sistematizado a efecto de que pueda ser analizado por cada rama que se ocupa de un espacio específico dentro del cual se desarrolla una serie de actividades, en virtud de circunstancias que deben ser normadas a efecto de que, dentro de un Estado de Derecho se genere en la población, una sensación de seguridad jurídica en todos los niveles.

Partiendo de esta premisa, este trabajo se ubica dentro del derecho laboral; en el cual coexiste una serie de circunstancias que deben ser normadas a efecto de que, tanto el sector laboral como patronal, tengan marcos de referencia justos y equitativos que respondan al desarrollo social

La hipótesis formulada al inicio del trabajo fue: 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.

En esta tesis se utilizó la técnica de investigación denominada documental, con la cual se obtuvo la información extraída de leyes, libros, etc., para luego, por medio de fichas bibliográficas y fichas de trabajo se obtuviera la información necesaria para la elaboración de los diversos capítulos de los cuales se compone.

En cuanto a los métodos aplicados están: el descriptivo, en virtud de que se trata de escudriñar una serie de elementos que serán de utilidad dentro de la investigación; asimismo, el analítico, que permite descomponer un todo en sus partes, con el fin de estudiar cada una por separado, y el método inductivo, analizando cada elemento para llegar a un todo, o sea analizar el contenido del derecho de maternidad para arribar a las conclusiones; así como el método deductivo, partiendo de un todo para hacer los descubrimientos que vienen a plasmarse en este trabajo en los avances y recomendaciones que generó la investigación.

En el primer capítulo se analiza el derecho de maternidad en sus generalidades, historia, elementos, características, naturaleza jurídica, sus fines; asimismo, se da una definición, se abarca un tópico no estudiado con fondo médico en relación con la influencia que puede tener este derecho hacia las nuevas personas que son protegidas por el ordenamiento jurídico guatemalteco, desde su concepción. En el capítulo dos, se desarrolla el contenido del derecho de maternidad en cuanto a definir en qué consiste y qué derechos son los que van inmersos dentro del derecho de maternidad, haciendo una relación con normas que las regulan. En el capítulo tres, se menciona el Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo, enfatizando en lo regulado con los derechos contenidos, así como las obligaciones que tienen, tanto los trabajadores como los patronos, dentro del marco del convenio. En el capítulo cuatro, se hace un estudio de las diversas leyes, iniciando desde la Constitución Política de la República que, de acuerdo con la pirámide de Kelsen, ocupa el primer lugar, y luego con las diversas convenciones a nivel internacional sobre derechos humanos que ha ratificado el Estado de Guatemala, para luego llegar a las normas ordinarias que protegen este derecho y concluir con los avances que genera la ratificación del convenio, que viene a mejorar la protección que a nivel nacional se le ha dado al derecho de maternidad.

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 este derecho consiste en un derecho humano reconocido por la ley, ya que por si mismo es inherente a la persona de sexo femenino como tal, ya que este derecho 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, en el presente trabajo 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 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

que garantice una eficiente protección revestida de los adelantos que como ciencia social se han venido dando dentro del derecho, ya que como ciencia social 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.

Guillermo Cabanellas expone “en su obra compendio de derecho laboral 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.

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. Como podemos ver este convenio que data de principios del siglo veinte se preocupa por 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 como vemos 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.

2. 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.

3. 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 y cuando por el tiempo de desarrollo que tenía el derecho laboral que era mínimo podemos observar que contiene un inicio de lo que actualmente viene a ser las prestaciones pecuniarias que la mujer trabajadora que se encuentra dentro del periodo de la maternidad debe recibir y el cual en la actualidad cada vez se viene regulando a efecto de que pueda tener una regulación específica que venga a proporcionar a la mujer trabajadora una mejor protección.

4. 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 ya que como podemos observar en la actualidad se mantiene el derecho a dos medias horas solamente que como podemos

ver en el presente únicamente se regula como una facilidad, pero en la actualidad viene a ser una obligación para el patrono y que debe ser retribuida o sea ser tomada en cuenta como parte de la jornada de trabajo las dos medias horas para poder alimentar a su hijo.”¹

Mario de la Cueva doctrinario laboral en su obra Derecho Mexicano del Trabajo 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. Pero por aparte de las deficiencias que hemos señalado, no garantizó la ley la 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 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.”²

Héctor Santos Azuela 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.

¹ Cabanellas, Guillermo, **Compendio de derecho laboral, tomo I**, Págs. 360 a 365.

² De la Cueva, Mario, **Derecho mexicano del trabajo**, Pág. 539.

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 trato igual por trabajo igual

Atento a esta circunstancia el legislador previene 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.”³

José Antonio Panizo Robles - Administrador Civil del Estado. Miembro del Instituto Europeo de Seguridad Social, “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 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. 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.”⁴

³ Azuela, Héctor Santos, **Derecho del Trabajo**, Pág. 319 y 320

⁴ Panizo Robles, José Antonio, 12 de junio 2007, <http://www.protección-maternidad-seguridad-social-comentario-real-Decreto-1251-2001>.

Caridad Lafita Navarro, "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".

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, 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.

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.”⁵

En relación a disfrutar a tiempo parcial de permisos por funcionarios públicos. Javier Llanos Álvarez. Abogado. Febrero 2004 en España. “El Real Decreto 180/2004, de 30 de enero, ha venido a cumplir la necesidad de llevar a cabo un desarrollo reglamentario 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, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, en su redacción actual, introducida por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

Con la modificación introducida a través del citado texto legal lo que se intenta precisamente es dotar a los funcionarios públicos de la posibilidad de flexibilizar el disfrute a tiempo parcial de permisos en los supuestos de parto, adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, contemplados en el apartado 3 del Artículo 30 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública. De esta manera, lo que se pretende lograr a través de esta norma es una potenciación del reparto entre madres y padres de las responsabilidades familiares, la mejora en el cuidado de los hijos por parte de los progenitores, y también posibilitar que los funcionarios puedan mantener la vinculación con su puesto de trabajo, de manera que la maternidad no sea en ningún caso un obstáculo para el desarrollo de su carrera profesional.

Es loable el propósito de la norma de promover la corresponsabilización del padre en el cuidado de la familia, es decir, el perseguir que se asuman de una forma más

⁵ Caridad Lafita Navarro, **Seguridad social y trabajos especiales en cuba**, 8 de junio de 2007, http://www.trabajadores.cubaweb.culespeciales/trabajo-cuba/seguridad_social/amplia.html.

efectiva las obligaciones derivadas de la paternidad y del cuidado de menores y familiares. En definitiva, lo que se busca es conseguir que la compatibilización de la vida laboral y familiar no constituya un objetivo únicamente de la madre, sino compartido por ambos progenitores o por las personas trabajadoras de uno y otro sexo. A pesar de las buenas intenciones de la norma, un breve repaso a las actuales condiciones de trabajo, a la vista de cómo se han utilizado y lo que han significado los permisos familiares hasta la fecha, pone de manifiesto el fracaso en la tarea de armonizar el trabajo asalariado con las responsabilidades maternas y paternas, lo cual resulta una cruda realidad si tomamos en cuenta que dicha armonización constituye una necesidad básica para la mayor parte de las familias.

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, por lo que se agradece a la norma su interés en el reconocimiento del valor social de la maternidad. 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.

Se 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.

- 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.

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 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 del permiso, 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.”⁶

1.2 Referencia histórica

“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. 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 paso 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.”⁷

“Sin embargo, 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 agotados 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.”⁸

⁶ **Seguridad social, maternidad, cuantía y duración**, <http://www.lexjuridica.com>, (22 de septiembre de 2007).

⁷ Cabanellas, Guillermo, **Contrato de trabajo**, Pág. 361

⁸ **Ibíd.** Pág. 361

“Consecuencia pues, 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. Como afirma Tonnies las mujeres y los niños fueron vinculados a las máquinas y de los asilos salían párvulos, no muy lejanos aún de la lactancia, para servir de aprendices, los fabricantes encontraron ventajas en emplear mujeres y niños, porque sus salarios eran siempre inferiores a los de los hombres.”⁹

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. Owen, Carlyle, Kinsley, lord, Shaftesbury en Inglaterra, las propias ideas sociales que comenzaban a nacer, daban la pauta de la organización jurídica a la que el capital iba a ser sometiendo gradualmente por la intervención del Estado. El conocido informe de lord Shaftesbury, donde se ponía de relieve la intolerable situación en que se desenvolvían los trabajadores de las minas en Inglaterra por el año 1842. 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

⁹ *Ibíd.*, Pág. 362

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. 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 en Francia por el libro II del Código de Trabajo. 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. En Hispanoamérica una de las primeras leyes referentes al trabajo de las mujeres y de los menores se dictó en la República de 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. El texto argentino ofrece, además indudable valor técnico.”¹⁰

“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.

¹⁰ **Ibíd.**, Pág., 362, 363, 364, 365

- 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).
- 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.”¹¹

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

¹¹ **Ibíd.**, Pág. 382, 383

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 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:

- 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.

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, los podemos dividir en elementos personales, reales y teleológicos, los cuales a continuación se desarrollan.

En cuanto a los elementos personales:

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 podemos relacionar 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 y 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 tenemos que 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 nuestra 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 emita las instituciones encargadas de velar por el cumplimiento del derecho de maternidad.

Como elementos reales tenemos:

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.

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.

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

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, considero que los fines son:

1. Proteger la salud de la mujer trabajadora.
2. Proteger la familia de la mujer trabajadora.
3. Protección a los hijos de la mujer trabajadora.
4. 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 madre como trabajadora tiene dentro del denominado derecho de maternidad.

1.4 Definición

El derecho a la maternidad se puede definir 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.

Dentro de la definición esbozada en el párrafo anterior se tiene que 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 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 en el presente párrafo.

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 que en 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 llegamos 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 observamos el porqué 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, y 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 pariendo 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 ya que para generar dentro de la sociedad una estabilidad de la misma 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 la familia es de importancia para que este convenio pueda proyectar desde el momento en que esta por nacer un nuevo ser que 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 y que se le da en el convenio objeto de estudio dentro de la presente tesis 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 nos encontramos en que como punto de partida tenemos 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 de trabajo con la finalidad de que ejerza este derecho en relación con el hijo que acaba de dar a luz, por lo que vemos que la importancia de esta protección es vital y es de importancia 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 y 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

En cuanto a este punto es de importancia, 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, y 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 si y que son de índole social, cultural, familiar, político, jurídico, económico y en nuestra sociedad étnico, pluricultural como mínimo, todos estos aspectos si dentro de la sociedad se protegen, estaremos 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 y los principios y valores que hagan dentro de nuestra sociedad que la protección a la mujer se vea reflejada dentro de la misma.

1.8 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 entramos a lo que es la maternidad y lo denominado periodo pre natal, post natal, lactancia, todos ellos son circunstancias intrínsecamente relacionados a la medicina, ya que tal y como podemos deducir 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 existe 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 y 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, reglamentos regula 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, y con el convenio analizado se puede tener un periodo más amplio que beneficiaria tanto a la madre trabajadora como al hijo que esta por nacer, porque el mismo se eleva a noventa y ocho días.

Así mismo 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 mismo el derecho a la sala cuna que si bien es cierto no es tanto médico el mismo viene como consecuencia de los anteriores y por lo tanto el mismo también 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 viene 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 y 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 de ello la sociedad pueda seguir desarrollándose y teniendo un fiel cumplimiento al derecho humano a la vida que incluso nuestra legislación protege desde su concepción.

Como se vera 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 de nuestro 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.”¹²

1.8.1 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.

“la lactancia es conveniente, el 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; 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

¹² Michael C. Flatham, **Nutrición humana en el mundo en desarrollo**, 9 de junio de 2007, <http://www.fao.org/DOCREP/006/w0073s0b.htm#TopofPage>, **capítulo 7: lactancia materna**.

problemas de salud en niños amamantados con leche materna en comparación con los que se alimentan en forma artificial. 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.”¹³

1.8.2 Propiedades y valor de la leche 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 ya diariamente e acuerdo a las necesidades del niño. La 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. 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

¹³ **ibid.**

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 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 bífido 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. 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. ¹⁴

1.8.3 Cómo se produce la leche materna

“La leche en el pecho se produce en un gran número de estructuras tipo bolsas denominadas alvéolos y luego 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

¹⁴ **ibid**

producción de leche es influenciada por hormonas, en particular la prolactina y la oxitocina, y por reflejos.”¹⁵

“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.”¹⁶

“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 pituitaria posterior para liberar en la sangre la hormona oxitocina. Ésta se desplaza a los pechos y causa contracciones en los alvéolos y los

¹⁵ **Ibid**

¹⁶ **Ibid**

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.”¹⁷

1.8.4 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 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

¹⁷ **Ibid**

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, y 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.”¹⁸

1.8.5 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

¹⁸ **Ibid**

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 amamanten 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.”¹⁹

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, y como vemos 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, ya que como pudimos observar el hecho de que la madre esté en contacto 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

¹⁹ **Ibíd.**

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 a el 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 dentro de 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 del 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 podemos observar que no obstante que 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 está 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 pudimos ver en el capítulo anterior desde el año 1919 y es por ello y en base a datos médicos que podemos concluir que es efectivamente positivo el hecho que este derecho se vea regulado dentro del ordenamiento jurídico de nuestro país porque lleva una serie de hechos positivos a toda sociedad desde varios puntos de vista como por ejemplo podemos indicar 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 su hijo podrá permitir un mejor desarrollo dentro de la familia y médicamente el que su hijo se desarrolló dentro de

parámetros reconocidos científicamente que permitan tener a un ser saludable dentro de la sociedad, todo esto 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 esta 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 renunciias forzadas, dada la idiosincrasia de nuestro país, 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 podemos indicar que 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 tenemos tanto a nivel de regulación que tomamos como por ejemplo en la república de Chile y tomamos lo regulado dentro de la legislación guatemalteca para poder tener 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 Abogado Luís Lizama P., realiza un estudio sobre este derecho para establecer los presupuestos necesarios en cuanto a este derecho y como preámbulo establece que el mismo se da en relación con los hijos menores de dos años, el derecho a la sala cuna y que el mismo debe darse dentro de las empresas que cuenten con 20 trabajadoras o más, obligatoriamente.

Este abogado acota dentro del análisis que realiza en 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 mas 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 a 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.”²⁰

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 par que ellas puedan tener a sus menores en un cuidado debido, esta

²⁰ Luís Lizama P. Derecho del Trabajo, Pág. 60.

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 continua obligada a proporcionar este beneficio a las mujeres que ya lo tenían, pero no a las nuevas dependientes.

Finalmente, 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.”²¹

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

²¹ Ibíd. Pág. 61

de ser de treinta ante lo cual observamos 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 es sino imposible muy difícil obtener un número de treinta trabajadoras para que se pueda otorgar tal derecho, y aún más en la legislación guatemalteca establece que el mismo se puede otorgar en una forma sencilla de acuerdo con las posibilidades económicas del patrono, situación que da lugar a que los patronos no obstante en varios casos obtener los suficientes fondos se acojan a este extremo para reducir al máximo el beneficio o la calidad del mismo.

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 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 cual va 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 misma de acuerdo con el desarrollo social y los convenios como el que es objeto del presente trabajos 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.

CAPÍTULO III

3. El Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo

Para iniciar el presente capítulo es menester el 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 y 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, y teniendo en cuenta la situación de las mujeres trabajadoras y la necesidad de brindar

protección al embarazo, como responsabilidad compartida de gobierno y sociedad, y 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 el cual 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

1. 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.

2. 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

1. 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.

2. 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:

a) 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;

b) 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 trabados ahora entramos al punto medular del trabajo de tesis que lo constituye el convenio para determinar en que circunstancias se va a desarrollar la mujer trabajadora luego de tener vigencia el convenio objeto del presente estudio.

3.1 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, dentro del derecho interno son poco reguladas y en muchos casos incumplidos, ya que es obvio y evidente las noticias en cuanto a que se incumple en una serie de empresas, especialmente en lo relacionado a las maquilas y pequeñas empresas, 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 esta concebida dada la situación especial que se da dentro de 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 dentro de nuestro país queda fuera de esta regulación, pero si observamos que esta situación no estaba tomada en cuenta dentro de nuestra legislación laboral, vemos 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 dentro de nuestro medio.

3.2 Empresas obligadas

En cuanto a este punto para realizar la interpretación hemos de aplicar 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 analizo que protege a todas las trabajadoras inclusive las formas atípicas de trabajo dependiente podemos 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, por lo que se puede deducir que 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 nuestra 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 nuestra Constitución política de la república de Guatemala.

3.3 Derechos que otorga

3.3.1 Derecho a la Salud

En cuanto a este punto es específico el Artículo 3 del convenio 182 de la organización internacional del trabajo, ya que el mismo determina la protección a la salud, en el sentido que ha 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, o respecto de 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.

3.3.2 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 dentro del derecho a la maternidad debe gozar solamente con la presentación de un certificado médico o de cualquier otro certificado apropiado de dicho derecho, indicando en el certificado 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 lo referente a este punto 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 hacemos la división entre los 7 días de la semana podemos establecer que estamos en 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 ve que en cuanto a este punto se logra un avance significativo que permite a la madre estar un tiempo más prolongado a la mujer trabajadora con el hijo que está 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.

3.3.3 Derecho Médico o en caso de enfermedad o complicaciones

En cuanto a este punto se establece que 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 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 la legislación nacional y la práctica nacional.

Al observar esta regulación podemos determinar que solamente con la regulación que realiza el convenio podemos establecer que una vez establecido tal derecho el tiempo es lo de menos ya que lo más importante es tener el derecho regulado una vez se tenga, el mismo ya que de acuerdo a la legislación nacional como establece el convenio se podrá estipular y tomemos en cuenta que en nuestros países con los problemas de salud deficiente tanto alimentariamente 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 determinen el tiempo prudencial y racional en el cual puede la mujer trabajadora recuperarse de dicho padecimiento, por lo que observamos con este punto otro avance en cuanto a la materia laboral en la protección de la mujer trabajadora, por lo que estamos obteniendo las razones por medio de las cuales podemos llegar a arribar a certeras conclusiones que nos permitan demostrar que la ratificación del convenio es de utilidad en nuestro país.

3.4 Prestaciones otorgadas

3.4.1 Protección del empleo:

En cuanto a este punto 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 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 este relacionada con los motivos del período mencionado y que en todo caso la carga de la prueba corresponde como lo es norma al patrono.

Por lo que podemos determinar que en el presente punto agrega como punto adicional dentro de nuestra legislación 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, por lo que encontramos otra circunstancia que viene a favorecer 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 sino existe una resolución por medio de la cual se de dicha autorización no puede proceder el despido de una 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 por despido.

3.4.2 No discriminación

En cuanto a este punto lo encontramos en el Artículo 9.1 y 9.2 que regulan 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 este 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 observamos que de acuerdo con la legislación protectora de la mujer este artículo viene a fijar límites más precisos en cuanto a la forma en que no ha 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 o si tiene responsabilidades familiares y por razones de sexo, raza, etnias, y estado civil de las personas, por lo que vemos que este beneficio contenido en el convenio analizado es de gran importancia y viene a formular ventajas para la mujer trabajadora.

3.4.3 Examen de maternidad

En este derecho observamos que otorga incluso la posibilidad de que se examine periódicamente en consulta con las organizaciones bien de trabajadores y empleadores la pertinencia de extender la duración de la licencia de maternidad y el monto de las prestaciones pecuniarias, lo que podemos ver que viene a constituir otro beneficio para la mujer trabajadora ya que viene a fijar límites mínimos que aún no ha alcanzado nuestra legislación y permite extenderlo en lo prudente ya que la estancia de la madre con su hijo conlleva una serie de beneficios para el hijo por lo que el hecho de que pueda estar más tiempo la madre trabajadora con sus hijos es importante.

Por lo que con esta novedad, que se otorga por medio del convenio, que se analiza se 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 esta una seguridad sobre ella y su hijo en cuanto a las licencias que se otorguen, como indica el convenio así como en cuanto a las prestaciones, pues es de conocimiento que e 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.

3.4.4 Madres Lactantes

En relación con este punto si observamos que el mismo se encuentra legislado en la misma circunstancia que actualmente esta, en virtud de que lo remite prácticamente a la legislación nacional y en consecuencia tanto la interrupción para hacer uso del derecho de lactancia esta estipulado y a la vez que el mismo es contabilizado como tiempo de trabajo, esto regulado en el Artículo 10 del convenio objeto del presente estudio, en tal virtud se considera que dicha prestación se ajusta a nuestra legislación.

3.4.5 Prestación medica

Esta prestación también es una innovación en la legislación laboral puesto que si bien es cierto se enmarca en nuestra legislación actual el derecho durante el periodo de maternidad encontramos que este se da únicamente cuando se tiene acceso al instituto Guatemalteco de seguridad social porque fuera de ello no existe protección cuando la mujer trabajadora no esta protegida por dicho beneficio y 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 y de acuerdo con el marco conceptual del convenio”, se ha establecido que toda mujer trabajadora en las condiciones reguladas debe tener derecho, por lo que el estar o no adscrita al IGSS, debe de otorgarse el beneficio por lo que 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 esta prestación médica viene a dar cumplimiento a derechos humanos reconocidos por lo que estado debe de poner en marcha mecanismos que den a las mujeres trabajadoras las condiciones médicas que sean adecuadas para que su salud se vea protegida y como se indica en nuestro país el Estado no posee más instituciones que alivien las necesidades de las mujeres trabajadoras que no estén aseguradas por dicha institución par que se de cumplimiento a este convenio y especialmente al principio de igualdad constitucional.

3.4.6 Mercado de trabajo

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

3.4.7 Prestaciones pecuniarias

En cuanto a este punto si bien es cierto realiza una amplia regulación podemos ver 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 que viene a ser 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 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, viene a ayudar pero el último instante del mismo viene a ser bastante absurdo pues vuelve hablar de condiciones que es lo que mejor se exige dentro de nuestra 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 de nuestro país.

3.5 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 podemos 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, este protegido.

3.6 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.

3.7 Informes a que obliga el convenio

Los informes a que obliga el convenio están relacionados en el Artículo 2.2 que se refiere en cuanto 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 y lo considero especialmente con nuestro país.

CAPÍTULO IV

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

4.1 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 nuestra 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 nuestro 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 en Guatemala 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 considero que 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 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 viene dando a las mujeres trabajadoras en el periodo de maternidad por lo que es de importancia que el mismo sea ratificado.

Y 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 tratados internacionales ratificados por

Guatemala, reglamentos u otras disposiciones relativas al trabajo aún y cuando consten en un contrato individual o colectivo de trabajo o convenio, o 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 trabajadores 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.

4.2 Declaración universal de los derechos humanos

Dentro de la declaración universal de los derechos humanos tenemos que 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 podemos observar que la protección a este derecho que viene a ser 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 a este derecho, y así mismo que sea cumplido por la parte obligada como lo sería en este caso los patronos.

4.3 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, también es un tratado aceptado y ratificado por Guatemala y contiene normas que también vienen a ser 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 toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tiene derecho a protección y ayuda especiales.

Este artículo recalca la necesidad de la protección al derecho a la maternidad pero podemos observar 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 podemos ver que con el paso del tiempo se van desarrollando los conceptos que vienen a constituir los derechos que son parte del derecho de maternidad.

4.4 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 del presente estudio que se pretende Guatemala ratifique a efecto de que aquellos casos o situaciones especiales no contenidas en el presente convenio las complementa o desarrolla en mejor forma el convenio a ratificar, en tal virtud en relación a este convenio el articulado que contiene todo está relacionado al trabajo de mérito en virtud de que viene a ser 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 sin embargo no deja de ser la perfección o que indique, todo está dicho en cuanto al derecho de maternidad, en virtud de que por ser un derecho especial, tiene que adaptarse de acuerdo con el desarrollo que la sociedad tenga a nivel general y que viene a través de ese desarrollo a formular situaciones que tienen que ser discutidas por medio de otros tratados o por medio de regulaciones mundiales, regionales o nacionales que presenten a este conglomerado la protección especial.

4.5 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Este convenio, en el orden de los anteriores viene a ser un convenio que le brinda una particular importancia y regulación especial en virtud de que 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 este derecho como se indicó al inicio del presente trabajo se discute sobre su ubicación y teorías modernas lo conciben como un derecho social en tal virtud, al ser un pacto que a nivel mundial viene a regular 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.

En tal virtud encontramos en este convenio que viene a expresar de manera expresa circunstancias que en los anteriores no se mencionaban como el hecho de un periodo previo al parto o pre natal 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.

4.6 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 el presente trabajo 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.

4.7 Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo

Este convenio es el que contiene una especial importancia en virtud de ser el actor principal del presente trabajo y por haber sido analizado en el capítulo anterior haremos 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 nuestra legislación no tiene, lo cual se da por la falta o escasa protección del derecho de maternidad que se ha realizado a través de la historia dentro del derecho laboral en Guatemala, 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 viene a constituir un avance en cuanto a la protección de los derechos humanos de las mujeres trabajadoras cuando se encuentran dentro del derecho de maternidad, y 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 vendrían a estar jerárquicamente sobre el Código de Trabajo y por lo tanto, las mismas vendrían a modificarse en cuanto a los avances que se dan en legislación laboral a modificar en beneficio de las mujeres trabajadoras cuando se encuentren en el periodo de maternidad sus derechos y darles una mejor protección.

4.8 Código de Trabajo

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 INTERNACIONES 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.

I

Según constancia de la Dirección de Asuntos Internacionales de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Previsión Social el Convenio Internacional del Trabajo numero 103 relativo a la Protección de la Maternidad fue ratificado por el Presidente de la Republica 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 Republica, 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 practica nacionales, se estima que no debe existir inconveniente en su ratificación.

II

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 PREVISION 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 PREVISION 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 esta 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 Republica, 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, 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.

Aprovecho la ocasión, para reiterarle las muestras de mi consideración más alta y distinguida.

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.

4.9 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 venido dando dentro de nuestra 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 y como se dijo, 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, reglamentares, 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 el adaptamiento 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 del presente estudio se encuentran una serie de circunstancias que vienen a mejorar el contenido del derecho de maternidad en virtud de que como vimos 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.

4.10 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 de nuestro 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 dentro del 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 el mismo 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 viene a superar 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, redundando 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 viene a ser 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 de 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 viene a constituirlo el hecho de no permitir discriminación a la mujer, ésta que se da dentro de nuestro 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 tomados 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 nuestro 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 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 de nuestro medio 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 nuestra sociedad, pues sino 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 nuestro país, 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, que tanto necesita Guatemala.

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 nuestra sociedad.
2. El contenido del derecho de maternidad esta plasmado, tanto en doctrina como en la legislación; por lo tanto, en el presente trabajo de tesis se ha analizado dicho contenido, finalizando con que la protección a el mismo necesita del convenio objeto del presente trabajo de tesis.
3. El Estado de Guatemala, de acuerdo con la Constitución Política de la República y la legislación actual, no protege el derecho de maternidad, como se ha podido comprobar al analizar el ordenamiento jurídico actual en relación con el Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo.
4. El Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo viene a reforzar y desarrollar, de una mejor manera el derecho de maternidad, por lo que se ha establecido que es de utilidad para la mujer trabajadora, el convenio que se ubica dentro del derecho de maternidad.
5. Los avances que contiene el Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo, van a permitir dentro de la sociedad guatemalteca, que exista una armónica relación laboral y una convivencia familiar en condiciones aptas, tanto para la madre trabajadora como para el menor.

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. 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.
3. El Organismo Ejecutivo debe promover reformas al Código de Trabajo en base al Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo, en las innovaciones de derecho a la salud, en caso de enfermedad o complicaciones, por medio del Organismo Legislativo.
4. Que el Organismo Ejecutivo promueva reformas al Código de Trabajo ante el Congreso de la República, 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 Estado de Guatemala, con base al Convenio 183 de la Organización Internacional de Trabajo, debe promover que se cree un órgano independiente; unidad o departamento financiado por el mismo Estado, adscrito a la Organización Internacional del Trabajo para que supervise el cumplimiento de ese convenio.

BIBLIOGRAFÍA

- AZUELA, Hector Santos, **Derecho del trabajo**, Primera Ed., Edit. Mcgraw Hill, México Distrito Federal 484 paginas.
- AZUELA-, Luis P., **Derecho del Trabajo**, Segunda Ed., Santiago, Chile, 230 paginas.
- CABANELLAS, Guillermo, **Introducción al derecho laboral**, Segunda ed., Edit. Libreros, II volumen. Buenos Aires, Argentina. 1960.
- CABANELLAS, Guillermo, **Compendio de derecho laboral**, Segunda ed., Ed. Libreros. II tomos. Buenos Aires, Argentina. 1992.
- DE LA CUEVA, Mario, **Derecho mexicano del trabajo**, Segunda ed., Edit. Porrúa, México, Distrito Federal. (s. f.).
- GARCÍA, Ramón, **Pequeño Larousse ilustrado**, segunda Ed., Pelayo y Gross, Printer; Colombiana, S.A., Bogotá, Colombia, 1994.
- OSSORIO, Manuel, **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Edit. Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina. 1988.
- Real Academia Española, **Diccionario de la lengua española**, vigésima primera ed., tomos, Madrid España, 1982.
- Capítulo 7, lactancia materna**, <http://www.fao.org/DOCREP/006/w0073S/W0073s0b.htm>. capitulo7: lactancia materna, (10 de octubre de 2007).
- Comentario al real Decreto 1251-2001 de 16 de noviembre de 2001 por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la seguridad social por maternidad y riesgo durante el embarazo**, remiu.vlex.com/doctrina/reista-ministerio-trabajo-asuntossociales/protección-maternidad-seguridad-social-comentario-real-decreto-1251-2001-regulan/2100-55480,01.html, (14 de septiembre de 2007).
- El trabajo en Cuba, seguridad social y amplia protección a la maternidad de la trabajadora**, http://www.trabajadores.cubaweb.culespeciales/trabajo-cuba/seguridad_social/amplia.html, (10 de septiembre de 2007).
- El trabajo en Cuba, seguridad social y amplia protección a la maternidad de la trabajadora**, http://www.trabajadores.cubaweb.culespeciales/trabajo-cuba/seguridad_social/amplia.html, (10 de septiembre de 2007).

Protección a la maternidad, http://www.spri.up.es/04_b.ntm, (12 de septiembre de 2007).

Protección a la maternidad y seguridad social, <http://www.protección-maternidad-seguridad-social-comentario-real-decreto-251-2001>, (8 de octubre de 2007).

Seguridad social, maternidad, cuantía y duración, <http://www.lexjuridica.com>, (22 de septiembre de 2007).

Legislación:

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

Código de Trabajo, Decreto 1441 del Congreso de la República.

Ley de Servicio Civil, Decreto legislativo 1748..

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

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Protocolo adicional a la convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

Convenio 103 de la Organización Internacional del Trabajo.

Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo.