

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

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a circular emblem. It features a central figure, likely a saint or historical figure, holding a staff and a book. The figure is surrounded by architectural elements like columns and a crown. The Latin motto "LETTERAS OBVS CONSPICUA CAROLINA" is inscribed along the top arc, and "COACTEMALENSIS INTER" along the bottom arc. The text of the thesis is overlaid on this seal.

**LA RATIFICACIÓN DEL CONVENIO I83
(SOBRE LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD)
DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO POR PARTE
DEL ESTADO DE GUATEMALA Y SUS CONSECUENCIAS EN EL
ÁMBITO LABORAL PARA LAS MUJERES Y MADRES
TRABAJADORAS**

MARCUS ALEXANDER GONZÁLEZ PÉREZ

GUATEMALA, AGOSTO DE 2009.

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

**LA RATIFICACIÓN DEL CONVENIO 183
(SOBRE LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD)
DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO POR PARTE
DEL ESTADO DE GUATEMALA Y SUS CONSECUENCIAS EN EL
ÁMBITO LABORAL PARA LAS MUJERES Y MADRES
TRABAJADORAS**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MARCUS ALEXANDER GONZÁLEZ PÉREZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y LOS TÍTULOS DE ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, Agosto del 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 Lôpez
VOCAL V: Br. Gabriela María Santizo Mazariegos
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

TRIBUNAL QUE PRÁCTICO
EL EXAMEN TECNICO PROFESIONAL

Primera Fase:

Presidente: Rosa Maria Ramírez Soto
Vocal: Héctor Manfredo Maldonado
Secretario: Ronaldo Amilcar Sandoval

Segunda Fase:

Presidente: Magda Alidia Gil Barrios
Vocal: Marisol Morales Chew
Secretario: Rafael Otilio Ruiz Castellanos

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 la licenciatura de Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Publico).

Lic. Victor Hugo Alvarado Obregón
Colonia el Manchen, casa numero 68 Antigua Guatemala,
Departamento de Sácatepequez
Tel. 7832-1640

Guatemala, marzo de 2008.

Lic. Marco Tulio Castillo Lutin
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Atentamente me dirijo a usted, para hacer de su conocimiento que conforme la providencia sin número de orden de fecha 05 de marzo del año 2008, he concluido la actividad encomendada a mi persona como asesor del Bachiller MARCUS ALEXANDER GONZÁLEZ PÉREZ en la elaboración del trabajo de tesis intitulado: "LA RATIFICACIÓN DEL CONVENIO 183 (SOBRE LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD) DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO POR PARTE DEL ESTADO DE GUATEMALA Y SUS CONSECUENCIAS EN EL ÁMBITO LABORAL PARA LAS MUJERES Y MADRES TRABAJADORAS", en la forma siguiente:

Mi asesorado efectuó una investigación seria y conciente, sobre un tema importante que constituye una problemática social, legal y actual; apegado a la realidad, tomó en cuenta todo lo relativo a los derechos humanos, los principios y normas laborales aplicables al caso, así como un análisis sistemático de la ley en relación al tema tratado.

Así también es necesario hacer de su conocimiento que mi asesorado alcanzó de manera satisfactoria los resultados previstos en su plan de investigación, lo cual se demuestra con un trabajo investigativo de contenido claro y científico, derivado de la utilización de métodos analíticos, deductivos e inductivos, sustentado en técnicas bibliográficas, científicas y directas.

Por los motivos expuestos, luego de un análisis profesional e imparcial del trabajo de investigación realizado por mi asesorado, cuyo resultado es la recapacitación a una problemática de naturaleza social y por ende jurídica, habiendo aportado conclusiones y recomendaciones no solo posibles sino necesarias aplicables a dicha problemática, considero que el trabajo de tesis elaborado por el sustentante llena todos los presupuestos establecidos en el Artículo 32 del normativo para la elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

Respetuosamente

Lic. Victor Hugo Alvarado Obregón
Colegiado No. 2,874



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintitrés de mayo de dos mil ocho.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) LUIS ROBERTO ALVARADO OBREGON, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante MARCUS ALEXANDER GONZÁLEZ PÉREZ, Intitulado: "LA RATIFICACIÓN DEL CONVENIO 183 (SOBRE LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD) DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO POR PARTE DEL ESTADO DE GUATEMALA Y SUS CONSECUENCIAS EN EL ÁMBITO LABORAL PARA LAS MUJERES Y MADRES TRABAJADORAS"

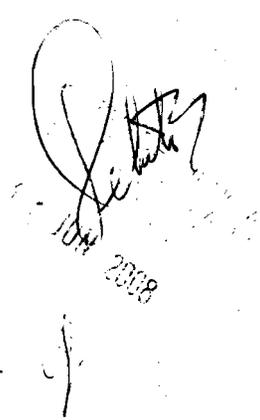
Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para el Examen 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 desaprueban 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/ragm

Lic. Luis Roberto Alvarado Obregón
Calle real de Jocotenango numero 40 zona 1 del Municipio de Jocotenango
Departamento de Sacatepéquez
Tel. 59442502


10 JUN 2008

Guatemala, junio de 2008.

Lic. Marco Tulio Castillo Latín
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Respetable Licenciado:

Tengo el honor de dirigirme a usted, en cumplimiento de la providencia emanada de la Unidad de Asesoría de Tesis de esa Facultad en virtud del cual se me nombra como Revisor de tesis del Bachiller **Marcus Alexander González Pérez** quien se identifica con el carné 9015850.

Atentamente le informo que **REVISE** la tesis del sustentante Marcus Alexander González Pérez, la cual se intitula "LA RATIFICACIÓN DEL CONVENIO 183 (SOBRE "LA PROTECCION DE LA MATERNIDAD) DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO POR PARTE DEL ESTADO DE GUATEMALA Y SUS CONSECUENCIAS EN EL ÁMBITO LABORAL PARA LAS MUJERES Y MADRES TRABAJADORAS" en la forma siguiente:

El tema abordado en la presente tesis es de suma importancia y trascendencia y social y legal, en el mundo del Derecho Laboral. Los diversos aspectos del trabajo, se ajustan a los requerimientos contenidos en el Artículo 32 del normativo para la elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Publico, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".

En virtud considero que mi revisado alcanzó de manera satisfactoria los resultados previstos en su plan de investigación, lo cual se demuestra con un trabajo investigativo de contenido claro y científico, derivado de la utilización de métodos analíticos, deductivos e inductivos, sustentado en técnicas bibliográficas, científicas y directas, por lo que por consiguiente emito **DICTAMEN FAVORABLE DE REVISOR** al presente trabajo de investigación.

Respetuosamente,


Luis Roberto Alvarado Obregón
Abogado y Notario

Lic. Luis Roberto Alvarado Obregón
Colegiado No. 2,593



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, cinco de septiembre del año dos mil ocho.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante MARCUS ALEXANDER GONZÁLEZ PÉREZ, Titulado LA RATIFICACIÓN DEL CONVENIO 183 (SOBRE LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD) DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO POR PARTE DEL ESTADO DE GUATEMALA Y SUS CONSECUENCIAS EN EL ÁMBITO LABORAL PARA LAS MUJERES Y MADRES TRABAJADORAS 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 MI SEÑOR JESUS:

Para Él sea toda la gloria, la alabanza, la honra y el honor, por ser mi camino, mi sabiduría, mi luz, mi Señor y mi todo.

A MIS PADRES:

JORGE GONZÁLEZ E IRMA PÉREZ DE GONZÁLEZ. Por haberme dado la vida, su amor, comprensión y el apoyo que me hicieron llegar hasta este día.

A MIS HERMANOS:

Yanina, Juan, Paula, Jorge, Irma Natalia. Por todo el amor y apoyo que me han dado en toda la vida.

A MIS SOBRINOS:

Jorge Luis, Daniel, Pablito, Luís Ángel, Adriana, Andrea y Paulita Camila. Por ser mi fuerza de amor para continuar.

A LAURA:

Por su amor, dedicación y apoyo incondicional a lo largo de todos estos años.

A LUIS DOMINGO BERREONDO ROSALES (Q.E.P.D.)

Por haber sido mi amigo y una de mis inspiraciones para llegar hasta aquí.

A MIS AMIGOS:

Toyano, Daniel, Erwin, Fernando Marlon y Felipe Berreondo. Quienes han estado conmigo durante toda esta carrera.

A MIS ABUELAS:

Julia Véliz (Q.E.P.D) y Delia Calderón,
por haberme heredado el amor y la vida.

A MIS COMPAÑEROS DE
TRABAJO:

Humberto Samayoá, Manuel
Guerrero, Ángel Cabrera, Lorena,
Rigo Martínez, Rigoberto Ruano y
Felipe. Por su amistad y por la
enseñanza de la vida que me
transmitieron.

A MIS MAESTROS:

Lic. Estuardo Castellanos, Lic. Javier
Romero, Lic. Edgar Castillo. Por
haberme guiado con sabiduría.

A LA UNIVERSIDAD DE
SAN CARLOS DE GUATEMALA EN
ESPECIAL A LA FACULTAD DE
CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES:

Por haberme abierto las puertas del
conocimiento y darme la oportunidad de
aportar algo a la patria.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. El derecho internacional del trabajo	1
1.1. La Organización Internacional del Trabajo	1
1.1.1. Constitución	5
1.1.2. Estructura y conformación	12
1.1.3. Convenios y recomendaciones	14
1.2. La legislación internacional del trabajo	18

CAPÍTULO II

2. Fuentes del derecho del trabajo guatemalteco	23
2.1. Fuentes generales del derecho	23
2.1.1. Fuentes reales	24
2.1.2. Fuentes formales	24
2.1.3. Fuentes históricas	24
2.2. Fuentes del derecho del trabajo. Definición.....	25
2.3. Fuentes específicas de derecho del trabajo	30
2.3.1. Tratados y convenios internacionales en materia laboral	31
2.3.2. Las normas constitucionales	35
2.3.3. Las normas ordinarias.....	36
2.3.4. Los pactos y convenios colectivos de condiciones de trabajo	38
2.3.4.1. El pacto colectivo de condiciones de trabajo.....	38
2.3.4.2. El pacto colectivo de industria, región o actividad	40
2.3.4.3. El convenio colectivo	40
2.3.5. Los contratos individuales y colectivos de trabajo.....	41

2.3.6. Los reglamentos interiores de trabajo	43
--	----

CAPÍTULO III

3. Trabajo sujeto a regímenes especiales.....	45
3.1. Definición.....	45
3.2. Enumeración	45
3.3. El trabajo de las mujeres	46
3.3.1. La maternidad	46
3.3.2. Descanso retribuido por embarazo	52
3.3.3. Período de lactancia	61
3.3.4. Estabilidad relativa	67
3.3.4.1. Puede ser motivo de despido	70
3.3.4.2. Indemnización o reinstalación	74

CAPÍTULO IV

4. El Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo y sus consecuencias en el ámbito laboral para las mujeres y madres trabajadoras .	79
4.1. Antecedentes.....	79
4.2. El Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo	81
4.2.1. Contenido.....	81
4.2.2. Nuevos derechos para las mujeres y madres trabajadoras	90
4.2.3. Nuevas obligaciones para los patronos	101
4.3. Resultado y análisis de encuestas.....	104
CONCLUSIONES.....	109
RECOMENDACIONES	111
ANEXOS	113

Pág.

BIBLIOGRAFÍA.....	129
-------------------	-----

INTRODUCCIÓN

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) adoptó, el 30 de mayo del año 2000 en su 88a. reunión, el convenio sobre la protección a la maternidad (Convenio 183). Dicho instrumento viene a revisar el convenio sobre la protección de la maternidad (Convenio 103 de 1952), con el 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 nacionales.

Además, para su formulación toma en cuenta el contenido 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).

Lo más relevante de dicho convenio es que amplía a, por lo menos, catorce semanas la licencia que gozan las mujeres en casos de maternidad. Ello es equivalente a un mínimo de noventa y ocho días.

En materia de legislación nacional, la Constitución Política de la República, en su Artículo 101 inciso k), indica que dicho período será de setenta y cinco días. Por su parte el Artículo 152 del Código de Trabajo supera dicho derecho y establece que este período será de ochenta y cuatro días.

Además, el Convenio 183 otorga inamovilidad laboral a la madre trabajadora, tanto durante el período pre y posnatal como durante el período de lactancia (al igual que lo hace el Artículo 151, inciso c) del Código de Trabajo) que, como sabemos para el caso guatemalteco, es de diez meses (Artículo 2 del Reglamento para el goce del período de lactancia, 1973). De una manera u otra los catorce días que son incrementados en el período pre y posparto también incrementan el período de inamovilidad que gozará la trabajadora (noventa y ocho días más diez meses de lactancia).

El convenio también reconoce derechos eventuales a las madres trabajadoras, tal es el caso de regular que dentro de los noventa y ocho días del período pre y posnatal, las seis semanas asignadas al posparto son obligatorias. Ello implica que si la fecha tentativa para el nacimiento se ampliara, en ningún caso dichos días podrían ser restados del período posparto, llegando a ampliarse el período total de la licencia, aunque deja a salvo la facultad de la legislación interna a distribuir como considere más conveniente las catorce semanas entre los períodos pre y posparto.

Este convenio también prevé que los Estados deben adoptar las medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo, con inclusión del acceso al mismo. Si bien son innegables los beneficios que la ratificación de dicho convenio conllevaría para las madres trabajadoras, también es evidente que en el ámbito patronal la ampliación de los derechos que tutelan la maternidad de las trabajadoras es poco agradable a los mismos.

Contar con mujeres trabajadoras en edad reproductiva resulta *poco rentable* (si cabe la expresión) para el patrono, ya que no puede disponer de la plaza que ésta abandona temporalmente cuando sucede su maternidad. Por el contrario, la misma debe ser cubierta interinamente y, al terminar su licencia por maternidad, ser ocupada nuevamente por su titular.

Además, la inamovilidad nunca es bien recibida por los empresarios, ya que los mismos desearían que las relaciones laborales se rigieran por el derecho común y no por el laboral, pues en el primero de éstos priva la autonomía de la voluntad y en el segundo, la misma se ve seriamente limitada en beneficio del trabajador.

Entonces, si bien este convenio busca mejorar los derechos de las mujeres y madres trabajadoras y protegerlas de la discriminación que por su misma calidad se genere en contra de ellas, es necesario establecer si la ratificación de dicho convenio sería contraproducente para las trabajadoras y generaría mayores violaciones a sus derechos principalmente al del acceso al trabajo digno.

La maternidad, que es definida como el estado o cualidad de madre, es un hecho de la naturaleza que afecta o tiene como titular a las mujeres en época reproductiva. Con base en la información proporcionada por el Instituto Nacional de Estadística (INE) existen 3,828,207 mujeres en época reproductiva y de éstas el 62.33% ya han sido madres y las mismas representan el 24.59% de las mujeres que conforman la Población Económicamente Activa (PEA).

Lo anterior implica que una de cada cuatro mujeres que conforman la PEA se verá afectada por la adopción del Convenio 183 por parte del Estado de Guatemala. Siendo que un 22.7% de los hogares guatemaltecos cuentan únicamente con la madre como cabeza de familia y es exclusivamente ésta la que suministra el aporte económico para el sustento familiar. Uno de los efectos negativos que es necesario dimensionar es la posible resistencia de los patronos a contratar mujeres en época reproductiva, ya que ello le implica, actualmente, una serie de obligaciones superiores a las que adquiere al contratar trabajadores varones. Estas obligaciones se verían incrementadas con la suscripción del Convenio 183 y podría implicar el cierre de espacios laborales para las mujeres y el despido de las que entren en estado de gestación. Así, la investigación abarcó tres aspectos. Desde el ámbito jurídico, determinó los nuevos derechos que nacen para la mujer trabajadora con la adopción del Convenio 183, y delimitó la incidencia y vigencia de la normativa internacional, específicamente de los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo.

CAPÍTULO I

1. El derecho internacional del trabajo

1.1 La Organización Internacional del Trabajo

En materia de derechos humanos y garantías laborales, la humanidad ha atravesado por diferentes períodos históricos que han implicado la adopción y reconocimiento de una serie de derechos de carácter mínimo en beneficio de los trabajadores. Con el final de la primera gran guerra, una nueva corriente ideológica emerge en el entorno internacional: el comunismo internacional.

Dicha corriente tiene como base al proletariado que ya, desde la *revolución industrial*, se había constituido como una clase social que reclamaba para sí grandes porciones de poder dentro de la sociedad. A inicios del siglo XX los derechos y garantías sociales eran escasos y las convulsiones sociales en busca de un mayor reconocimiento de los mismos se encontraban a la orden del día.

Ante tal *amenaza* y fiel al principio de que: "...el derecho quiebra a veces en épocas de crisis y cambio social, dejando vía expedita a nuevos reajustes de poder. En tales épocas el derecho sólo tiene posibilidad de conservarse dando pruebas de gran flexibilidad y adaptabilidad..."¹, la comunidad internacional conviene en conformar un ente que evite un estallido social generalizado.

Así, con el fin de propiciar la convivencia armónica entre el capital y el trabajo, nace la Organización Internacional del Trabajo, que se conformó de manera tripartita, aglutinando en su seno a representantes tanto de los sectores patronales y obreros, como estatales.

¹ Bodenheimer, Edgar, **Teoría del derecho**, pág. 29.

La propia Organización, respecto de su origen, indica: “La Organización Internacional del Trabajo fue creada en 1919, al término de la Primera Guerra Mundial, cuando se reunió la Conferencia de la Paz, primero en París y luego en Versalles. Ya en el siglo XIX dos industriales, el galés Robert Owen (1771-1853) y el francés Daniel Legrand (1783-1859), habían abogado por la creación de una organización de este tipo.”²

“Las ideas que éstos formularon, tras haber sido puestas a prueba en la Asociación Internacional para la Protección Legal de los Trabajadores, fundada en Basilea en 1901, se incorporaron en la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, adoptada por la Conferencia de la Paz en abril de 1919.”³

A este respecto, Malefakis señala que la Organización Internacional del Trabajo “...fue constituida en el Tratado de Versalles en 1918. Integrada inicialmente en la Sociedad de Naciones, tras desaparecer ésta, después de la Segunda Guerra Mundial se vinculó a la Organización de Naciones Unidas como organismo especializado. Forman parte de ella 145 estados, y su estructura consta de los siguientes órganos: Conferencia General, Consejo de Administración y Director General, de quien depende la Oficina Internacional del Trabajo. Tiene su sede en Ginebra y está especializada en asuntos laborales y sociales.”⁴

Ossorio, al disertar sobre el origen de esta organización, indica: “...esta institución fue creada por la Parte XIII del Tratado de Versalles, para orientar y mejorar en todo el mundo las condiciones del trabajo. Su labor primordial está representada por una serie de convenios y de recomendaciones sobre cuestiones laborales.”⁵

Sección 1.01 ² Organización Internacional del Trabajo «Historia de la OIT,» <http://www.ilo.org/public/spanish/about/history.htm> (10 de marzo de 2006).

³ **Ibíd.**

⁴ Malefakis, Edward, **Diccionario de historia y política del siglo XX**, pág. 519.

⁵ Ossorio, Manuel, **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, pág. 522.

López Guízar indica: “La Organización Internacional del Trabajo, es un organismo especializado de las Naciones Unidas, que procura fomentar la justicia social y los derechos humanos y laborales internacionalmente reconocidos. Fue creada en 1919, y es el único resultado importante que aún perdura del Tratado de Versalles, el cual dio origen a la Sociedad de Naciones; en 1946, se convirtió en el primer organismo especializado de las Naciones Unidas.”⁶

El tratado de Versalles, al que hacen referencia los autores citados, es el producto de la Conferencia de Paz celebrada en Versalles, por medio de la cual se le pone fin a la primera gran guerra (1914-1918) y se impone una serie de sanciones e indemnizaciones a los imperios centrales (Alemania, Austria-Hungría, Bulgaria y Turquía) que resultaron vencidos en el conflicto.

Los objetivos de dicha Organización eran y son el combate a la pobreza y la disminución de la brecha existente entre los países del primer y el tercer mundo, para alcanzar un mejor nivel de distribución de la riqueza y a la postre evitar convulsiones sociales. En ese sentido, Ossorio indica: “Entre sus objetivos destacan la lucha contra la pobreza y la cooperación técnica entre los países desarrollados y los subdesarrollados. La OIT elabora convenios y recomendaciones. Los convenios, una vez aprobados por la Conferencia General, son sometidos a los estados para su ratificación...”⁷

En lo que se refiere a los objetivos y fines para los cuales fue creada la Organización, de estos la misma destaca: “Su fundación respondía, en primer lugar, a una preocupación humanitaria. La situación de los trabajadores, a los que se explotaba sin consideración alguna por su salud, su vida familiar y su progreso profesional y social, resultaba cada vez menos aceptable. Esta preocupación queda claramente reflejada en el Preámbulo de la Constitución de la OIT, en el que se afirma que «existen condiciones de trabajo que entrañan... injusticia, miseria y privaciones para gran

⁶ López Guízar, Guillermo, **Derecho colectivo del trabajo (la Organización Internacional del Trabajo)**, pág. 65.

⁷ **Ibíd.**

número de seres humanos».”⁸

“También se basó en motivaciones de carácter político. De no mejorarse la situación de los trabajadores, cuyo número crecía constantemente a causa del proceso de industrialización, éstos acabarían por originar conflictos sociales, que podrían desembocar incluso en una revolución. El Preámbulo señala que el descontento causado por la injusticia «constituye una amenaza para la paz y armonía universales».”⁹

“La tercera motivación fue de tipo económico. Cualquier industria o país que adoptara medidas de reforma social se encontraría en situación de desventaja frente a sus competidores, debido a las inevitables consecuencias de tales medidas sobre los costos de producción. El Preámbulo señala que «si cualquier nación no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo para otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países».”¹⁰

“Los participantes en la Conferencia de la Paz aportaron un motivo adicional para la creación de la Organización Internacional del Trabajo, motivo relacionado con el final de la guerra, a la que tanto habían contribuido los trabajadores en el campo de batalla y en la industria. Esta idea queda reflejada en la propia frase inicial de la Constitución: «la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social».”¹¹

Independientemente de la valoración que se tenga de la Organización Internacional del Trabajo es innegable la incidencia de la misma en la legislación de sus Estados miembros. Es por ello que Santiago Barajas afirma: “Ha sido tal su influencia en el destino de los Estados asociados, tan grande su huella en la orientación legislativa en materia laboral y tan amplia la aceptación de su actividad, que sería

Sección 1.02 ⁸ Organización Internacional del Trabajo «Historia de la OIT,»
<http://www.ilo.org/public/spanish/about/history.htm> (10 de marzo de 2006).

⁹ **Ibid.**

Sección 1.03 ¹⁰ **Ibid.**

Sección 1.04 ¹¹ **Ibid.**

imposible negar la trascendencia de su labor jurídica.”¹²

1.1.1. Constitución

Como ya se indicó, el acto constitutivo de la Organización Internacional del Trabajo encuentra su origen en la Parte XIII del Tratado de Paz de Versalles (1919). Entonces, su Constitución data de 1919 y ha sido modificada por la enmienda de 1922, que entró en vigor el 4 de junio de 1934; por el Instrumento de enmienda de 1945, que entró en vigor el 26 de septiembre de 1946; por el Instrumento de enmienda de 1946, que entró en vigor el 20 de abril de 1948; por el Instrumento de enmienda de 1953, que entró en vigor el 20 de mayo de 1954; por el Instrumento de enmienda de 1962, que entró en vigor el 22 de mayo de 1963, y por el Instrumento de enmienda de 1972, que entró en vigor el 1 de noviembre de 1974.

Además, en 1944, la Conferencia adoptó una declaración fundamental relativa a los fines y objetivos de la OIT, la *Declaración de Filadelfia*, que forma parte de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo. La Constitución contiene un Preámbulo, cuarenta artículos y un anexo: la *Declaración de Filadelfia*.

Respecto a la historia de la elaboración de la Constitución de la Organización, la misma refiere que: “La Comisión de Legislación Internacional del Trabajo, instituida por la Conferencia de la Paz, redactó la Constitución de la OIT entre los meses de enero y abril de 1919. Integraban esta Comisión los representantes de nueve países (Bélgica, Cuba, Checoslovaquia, Estados Unidos, Francia, Italia, Japón, Polonia y Reino Unido) bajo la presidencia de Samuel Gompers, presidente de la Federación Estadounidense del Trabajo (AFL). Como resultado de todo ello, se creaba una organización tripartita, única en su género, que reúne en sus órganos ejecutivos a los representantes de los gobiernos, de los empleadores y de los trabajadores. La Constitución de la OIT se

¹² Barajas Montes de Oca, Santiago, **Conceptos básicos de derecho del trabajo**, pág. 293.

convirtió en la Parte XIII del Tratado de Versalles.”¹³

“La primera reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, que en adelante tendría una periodicidad anual, se celebró a partir del 29 de octubre de 1919 en Washington, y cada uno de los Estados Miembros envió dos representantes gubernamentales, uno de las organizaciones de empleadores y otro de las organizaciones de trabajadores. Se aprobaron durante dicha reunión los seis primeros convenios internacionales del trabajo, que se referían a las horas de trabajo en la industria, al desempleo, a la protección de la maternidad, al trabajo nocturno de las mujeres y a la edad mínima y al trabajo nocturno de los menores en la industria.”¹⁴

“El Consejo de Administración, órgano ejecutivo de la OIT elegido por la Conferencia –la mitad de cuyos miembros son representantes gubernamentales, una cuarta parte representantes de los trabajadores y la cuarta parte restante representantes de los empleadores– eligió a Albert Thomas como primer Director de la Oficina Internacional del Trabajo, que es la secretaría permanente de la Organización. Albert Thomas era un político francés que demostraba un profundo interés por los problemas sociales, y que fue miembro del Gobierno durante la guerra como responsable en materia de municiones. Dio un fuerte impulso a la Organización desde el primer momento. En menos de dos años, se aprobaron 16 convenios internacionales del trabajo y 18 recomendaciones.”¹⁵

A grandes rasgos, la Constitución regula aspectos relativos a: miembros; los distintos órganos de la Organización Internacional del Trabajo; el funcionamiento de la Conferencia; la adopción y la aplicación de las normas internacionales del trabajo, etcétera.

Sección 1.05 ¹³ Organización Internacional del Trabajo «Historia de la OIT,» <http://www.ilo.org/public/spanish/about/history.htm> (10 de marzo de 2006).

¹⁴ **Ibíd.**

¹⁵ **Ibíd.**

Las Constitución posee un preámbulo, tres capítulos, un anexo relativo a la Declaración de Filadelfia y las enmiendas que la misma ha sufrido. Respecto de los capítulos, se puede destacar lo siguiente:

- Preámbulo: (Por su importancia será expuesto más adelante)

- Capítulo I: Organización (Artículos 1 al 13)

En este articulado se funda la Organización Internacional del Trabajo con base en los fines expuestos en el preámbulo y en la *Declaración de Filadelfia*.

Se regula que para ser miembro de la Organización se debe pertenecer a la Organización de Naciones Unidas o, en su defecto, ser admitido por el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros de la Organización Internacional del Trabajo.

Establece como órganos de la Organización permanente: a) la Conferencia General de los representantes de los Miembros; b) el Consejo de Administración; y c) la Oficina Internacional del Trabajo, que estará bajo la dirección del Consejo de Administración. Regulando sus competencias, integración y funciones.

Además, regula aspectos relativos al presupuesto de la Organización, y que sus gastos correrán a cargo de sus miembros.

- Capítulo II: Funcionamiento (Artículos 14 al 34)

Establece lo correspondiente a las Conferencias, su quórum y votación; convenios y recomendaciones, decisiones de la Conferencia y mayoría necesaria.

Regula lo relativo a las obligaciones de los Estados miembros en cuanto al sometimiento ante los órganos estatales correspondientes de los convenios y su manera de ratificación y, además, lo relativo a las Recomendaciones.

Prevé los mecanismos de reclamación y queja por incumplimiento de los

convenios ratificados, y como máximo ente para conocer de los mismos a la Corte Internacional de Justicia, cuya sentencia será inapelable.

- Capítulo III: Prescripciones generales (Artículos 35 al 38)
Regula lo relativo a la aplicación de los convenios en territorios no metropolitanos, la interpretación de la Constitución, sus enmiendas y de los convenios.
- Capítulo IV: Disposiciones diversas (Artículos 39 al 40)
Regula lo relativo a la personalidad jurídica de la Organización y los privilegios e inmunidades que gozarán las personas que ocupen sus diferentes cargos.
- Anexo: Declaración de Filadelfia (Por su importancia será expuesta más adelante).
- Enmiendas a la Constitución, que contiene las reformas que la misma ha sufrido, tales como la creación de mecanismos de supervisión del cumplimiento de los convenios y la emisión de informes por parte de expertos independientes.

Sección 1.01 Preámbulo

Considerando que la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social;

Considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y considerando que es urgente mejorar dichas condiciones, por ejemplo, en lo concerniente a reglamentación de las horas de trabajo, fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo, contratación de la mano de obra, lucha contra el desempleo, garantía de un salario vital adecuado, protección del trabajador contra las

enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo, protección de los niños, de los adolescentes y de las mujeres, pensiones de vejez y de invalidez, protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero, reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor y del principio de libertad sindical, organización de la enseñanza profesional y técnica y otras medidas análogas;

Considerando que si cualquier nación no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países;

Las Altas Partes Contratantes, movidas por sentimientos de justicia y de humanidad y por el deseo de asegurar la paz permanente en el mundo, y a los efectos de alcanzar los objetivos expuestos en este preámbulo, convienen en la siguiente Constitución de la Organización Internacional del Trabajo.

(a) (Declaración de Filadelfia)

(b) Declaración relativa a los fines y objetivos de la

(c) Organización Internacional del Trabajo

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, congregada en Filadelfia en su vigésima sexta reunión, adopta, el día diez de mayo de 1944, la presente Declaración de los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo y de los principios que debieran inspirar la política de sus Miembros.

I

La Conferencia reafirma los principios fundamentales sobre los cuales está basada la Organización y, en especial, los siguientes:

- a) el trabajo no es una mercancía;
- b) la libertad de expresión y de asociación es esencial para el progreso constante;
- c) la pobreza, en cualquier lugar, constituye un peligro para la prosperidad de todos;
- d) la lucha contra la necesidad debe proseguirse con incesante energía dentro de

cada nación y mediante un esfuerzo internacional continuo y concertado, en el cual los representantes de los trabajadores y de los empleadores, colaborando en un pie de igualdad con los representantes de los gobiernos, participen en discusiones libres y en decisiones de carácter democrático, a fin de promover el bienestar común.

II

La Conferencia, convencida de que la experiencia ha demostrado plenamente cuán verídica es la declaración contenida en la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, según la cual la paz permanente sólo puede basarse en la justicia social afirma que:

- a) todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades;
- b) el logro de las condiciones que permitan llegar a este resultado debe constituir el propósito central de la política nacional e internacional;
- c) cualquier política y medida de índole nacional e internacional, particularmente de carácter económico y financiero, deben juzgarse desde este punto de vista y aceptarse solamente cuando favorezcan, y no entorpezcan, el cumplimiento de este objetivo fundamental;
- d) incumbe a la Organización Internacional del Trabajo examinar y considerar, teniendo en cuenta este objetivo fundamental, cualquier programa o medida internacional de carácter económico y financiero; y
- e) al cumplir las tareas que se le confíen, la Organización Internacional del Trabajo, después de tener en cuenta todos los factores económicos y financieros pertinentes, puede incluir, en sus decisiones y recomendaciones, cualquier disposición que considere apropiada.

III

La Conferencia reconoce la obligación solemne de la Organización Internacional del Trabajo de fomentar, entre todas las naciones del mundo, programas que permitan:

- a) lograr el pleno empleo y la elevación del nivel de vida;
- b) emplear trabajadores en ocupaciones en que puedan tener la satisfacción de

utilizar en la mejor forma posible sus habilidades y conocimientos y de contribuir al máximo al bienestar común;

c) conceder, como medio para lograr este fin y con garantías adecuadas para todos los interesados, oportunidades de formación profesional y medios para el traslado de trabajadores, incluidas las migraciones de mano de obra y de colonos;

d) adoptar, en materia de salarios y ganancias y de horas y otras condiciones de trabajo, medidas destinadas a garantizar a todos una justa distribución de los frutos del progreso y un salario mínimo vital para todos los que tengan empleo y necesiten esta clase de protección;

e) lograr el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, la cooperación de empleadores y de trabajadores para mejorar continuamente la eficiencia en la producción, y la colaboración de trabajadores y empleadores en la preparación y aplicación de medidas sociales y económicas;

f) extender las medidas de seguridad social para garantizar ingresos básicos a quienes los necesiten y prestar asistencia médica completa;

g) proteger adecuadamente la vida y la salud de los trabajadores en todas las ocupaciones;

h) proteger a la infancia y a la maternidad;

i) suministrar alimentos, vivienda y medios de recreo y cultura adecuados;

j) garantizar iguales oportunidades educativas y profesionales.

IV

La Conferencia, convencida de que la utilización más completa y amplia de los recursos productivos del mundo, necesaria para el cumplimiento de los objetivos enunciados en esta Declaración, puede obtenerse mediante una acción eficaz en el ámbito internacional y nacional, que incluya medidas para aumentar la producción y el consumo, evitar fluctuaciones económicas graves, realizar el progreso económico y social de las regiones menos desarrolladas asegurar mayor estabilidad de los precios mundiales de materias primas y productos alimenticios básicos y fomentar un comercio internacional de considerable y constante volumen, ofrece la entera colaboración de la Organización Internacional del Trabajo a todos los organismos internacionales a los que pudiere confiarse parte de la responsabilidad en esta gran tarea, así como en el

mejoramiento de la salud, de la educación y del bienestar de todos los pueblos.

V

La Conferencia afirma que los principios enunciados en esta Declaración son plenamente aplicables a todos los pueblos, y que si bien en las modalidades de su aplicación hay que tener debidamente en cuenta el grado de desarrollo social y económico de cada pueblo su aplicación progresiva a los pueblos que todavía son dependientes y a los que ya han llegado a gobernarse por sí mismos interesa a todo el mundo civilizado.

1.1.2. Estructura y conformación

Como ya quedó establecido, la Organización Internacional del Trabajo es una entidad internacional, intergubernamental, tripartita y una agencia especializada de la Organización de Naciones Unidas. En su estructura se encuentran tres órganos: a) la Conferencia Internacional del Trabajo; b) el Consejo de Administración, y c) la Oficina Internacional del Trabajo.

Cada uno de dichos órganos desarrolla una actividad específica. El primero es el órgano supremo de la Organización y se reúne, habitualmente, en junio de cada año en la sede de la Organización ubicada en Ginebra, Suiza.

La Conferencia tiene una función muy importante: establece y adopta el texto de las normas internacionales del trabajo, además, sirve de foro en donde se debaten cuestiones sociales y laborales de importancia para todo el mundo. La Conferencia aprueba también el presupuesto de la Organización y elige al Consejo de Administración de la Organización.

En lo que refiere al Consejo de Administración, este es el órgano ejecutivo de la Organización Internacional del Trabajo y se reúne tres veces por año en Ginebra. Adopta decisiones acerca de la política de la Organización y establece el programa y el presupuesto que, posteriormente, presenta a la Conferencia para su adopción. También

elige al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo.

Con respecto a los miembros que lo integran, López Guízar indica: “El Consejo de Administración está integrado por 28 miembros gubernamentales, 14 miembros empleadores y 14 miembros trabajadores. Los diez estados de mayor importancia industrial, están representados con carácter permanente, mientras que los otros miembros, son elegidos por la Conferencia cada tres años, entre los representantes de los demás países miembros, habida cuenta de la distribución geográfica. Los empleadores y los trabajadores eligen sus propios representantes independientemente unos de otros.”¹⁶

“La Oficina Internacional del Trabajo, es la secretaría permanente de la Organización Internacional del Trabajo y tiene la responsabilidad primordial de las actividades, que prepara con la supervisión del Consejo de Administración y la dirección del Director General.”¹⁷

La estructura y organización de la Organización Internacional del Trabajo va enfocada a atender dos áreas específicas: a) la actividad normativa y b) la cooperación técnica.

Las actividades de cooperación técnica de la Organización Internacional del Trabajo tienen como propósito fundamental: promover los objetivos fijados en las Normas Internacionales del Trabajo, mejorar las condiciones de vida y de trabajo y promover el pleno empleo.

“A través de los años, la OIT se ha convertido en un centro internacional de referencia en materia laboral. La OIT y su mensaje de paz y progreso mediante la justicia social, siguen siendo tan pertinentes como cuando se creó la Organización en 1919, a pesar de las convulsiones sociales y políticas que han agitado este último siglo

¹⁶ López Guízar, **Ob. Cit**; pág. 66.

¹⁷ **Ibíd.**

[siglo XX].”¹⁸

Concluye López Guízar, evidenciando el por qué la Organización ha puesto tanto énfasis en la protección a sectores específicos de la población trabajadora (abolición del trabajo infantil, protección al trabajo de los menores de edad, de la mujer y madre trabajadora, etcétera). “...el mundo del nuevo milenio, tiene que hacer frente a retos de gran importancia. En los dos últimos decenios, la mundialización, la liberalización del comercio y la integración regional, han traído consigo importantes cambios en la situación económica y social del mundo, que han afectado espectacularmente a los mercados laborales, las estructuras de empleo y las relaciones laborales.”¹⁹

1.1.3. Convenios y recomendaciones

Iniciaremos estableciendo que los convenios internacionales del trabajo tienen la naturaleza jurídica de tratados internacionales. La Constitución de la Organización Internacional del Trabajo regula las condiciones de su elaboración y de su adopción por la Conferencia, por mayoría de dos tercios de los delegados.

Luego de su adopción por la Conferencia Internacional del Trabajo, un convenio debe ser sometido a las autoridades competentes de los Estados Miembros a efecto de su ratificación o de otras medidas apropiadas. A solicitud del Consejo de Administración, los Estados Miembros deben enviar periódicamente memorias sobre el estado de su legislación y práctica en los asuntos cubiertos por un convenio, ratificado o no.

La ratificación de un convenio por un Estado miembro comporta el compromiso de hacer efectivas sus disposiciones en el ordenamiento jurídico interno, y la aceptación para dicho convenio de los mecanismos de control pertinentes de la Organización. Se

¹⁸ **Ibíd.**

¹⁹ **Ibíd.**

advierte que el Consejo de Administración decidió dejar de lado algunos convenios que no corresponden a las necesidades actuales, se consideran desactualizados u obsoletos.

La ratificación de los convenios dejados de lado no debe estimularse y en principio no se hará referencia a los mismos en los informes, estudios y trabajos de investigación de la Oficina. La decisión de dejar de lado implica también que no se solicitará más el envío de memorias detalladas sobre la aplicación de dichos convenios.

Pese a lo anterior, queda intacto el derecho de invocar las disposiciones de los convenios dejados de lado en caso de reclamaciones y quejas de conformidad con los Artículos 24 (reclamaciones respecto a la aplicación de un convenio) y 26 (queja respecto a la aplicación de un convenio) de la Constitución. Las organizaciones de empleadores y de trabajadores pueden continuar formulando sus comentarios, de conformidad con los mecanismos de control regular. La Comisión de Expertos podrá examinar tales comentarios y solicitar, llegado el caso, una memoria detallada en virtud del Artículo 22 (memorias anuales sobre los convenios ratificados) de la Constitución. Finalmente, la decisión de dejar de lado no tiene consecuencias sobre los efectos de tales convenios en los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros que las han ratificado.

En lo que respecta a los convenios, Barajas señala: “Una vez practicado un estudio profundo de la materia sobre la que se vaya a tratar el convenio, se hace un análisis del derecho comparado para ajustar la redacción del proyecto al mayor número de reglas vigentes en la legislación de cada Estado miembro.”²⁰ Dicho proyecto debe enviarse por lo menos con un año de anticipación a los miembros de la Organización para ser discutido en la reunión anual de la Conferencia correspondiente.

²⁰ Barajas, **Ob. Cit**; pág. 299.

Previo a la ratificación de los convenios internacionales, el Presidente debe someter a la consideración del Congreso para su aprobación los tratados y convenios de carácter internacional (Artículo 183, inciso k) de la Constitución Política de la República de Guatemala).

Por su parte en Artículo 102 constitucional (Derechos sociales mínimos de la legislación del trabajo) establece la obligación del Estado de participar en convenios y tratados internacionales o regionales que se refieran a asuntos de trabajo y que concedan a los trabajadores mejores protecciones o condiciones. En tales casos, continúan señalando, lo establecido en dichos convenios y tratados se considerará como parte de los derechos mínimos que gozan los trabajadores de la República de Guatemala.

Al ser ratificado un convenio éste pasa, por medio del decreto que lo incorpora al ordenamiento jurídico guatemalteco, a ser ley vigente y exigible. Entonces la legislación internacional, específicamente los convenios de la Organización Internacional del Trabajo, constituye una fuente formal del Derecho guatemalteco del trabajo.

“Dentro de las fuentes formales del Derecho del trabajo se encuentran aquellas que son exclusivas o específicas del mismo. Estas sólo pueden concebirse y existir en el Derecho del trabajo y son, por lo mismo, desconocidas como fuentes formales en todas las demás ramas jurídicas. Entre estas se pueden citar: a) Pacto colectivo de condiciones de trabajo... f) El tratado internacional relativo a materia laboral, previa aprobación del Congreso...”²¹

En ese sentido se pronuncia la doctora María Castells Arrosa al indicar que: “El Derecho del trabajo funciona con base a fuentes (de producción, de inspiración y de interpretación e integración) comunes a otras disciplinas pero también posee fuentes propias... entre ellas encontramos los convenios internacionales de trabajo, que son

²¹ Fernández Molina, Luis, **Derecho laboral guatemalteco**, pág. 81

propios de esta rama del Derecho.”²²

Advierte la autora citada el conflicto que se ha suscitado sobre la preeminencia o no de los convenios internacionales sobre la legislación nacional: “El Artículo 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala establece que los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno. La interpretación del alcance del precepto constitucional ha sido objeto de por lo menos dos posiciones que giran en torno a si dentro del concepto de *derecho interno* se incluye la Constitución o no. Una parte de la doctrina nacional, sostiene que las normas sobre derechos humanos tienen preeminencia sobre el derecho interno incluyendo a la Constitución y otros sostienen la supremacía constitucional por encima de cualquier otra norma.”²³

“La OIT formula normas internacionales del trabajo, que revisten la forma de convenios y de recomendaciones, por las que se fijan unas condiciones mínimas en materia de derechos laborales fundamentales: libertad sindical, derecho de sindicación, derecho de negociación colectiva, abolición del trabajo forzoso, igualdad de oportunidades y de trato, así como otras normas, por las que se regulan condiciones que abarcan todo el espectro de cuestiones relacionadas con el trabajo. Presta asistencia técnica, principalmente en los siguientes campos: formación y rehabilitación profesionales; política de empleo; administración del trabajo; legislación del trabajo y relaciones laborales; condiciones de trabajo; desarrollo gerencial; cooperativas; seguridad social; estadísticas laborales, y seguridad y salud en el trabajo.”²⁴

De igual manera, y en esto coincidimos plenamente con la autora citada, los convenios de la Organización Internacional del Trabajo regulan aspectos de los Derechos Humanos de tipo social, particularmente económicos. En razón de ello, al ser

²² Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de San Carlos de Guatemala, **Derecho colectivo del trabajo**, pág. 47.

²³ **Ibíd.**

²⁴ López Guízar, **Ob. Cit**; pág. 65.

ratificados éstos pasan a conformar los derechos laborales mínimos de los trabajadores guatemaltecos y por ende a ser exigibles ante el Estado y todos los sujetos que participan en las relaciones de tipo laboral.

En lo que refiere a las recomendaciones internacionales del trabajo emitidas por la Organización, es pertinente advertir que las mismas no tienen la naturaleza obligatoria de los convenios, y no están sujetas a ratificación. La adopción de un convenio se acompaña frecuentemente de la adopción de una recomendación. La recomendación tiende a completar el convenio mediante disposiciones más detalladas. Las disposiciones de una recomendación pueden ser útiles para precisar y explicitar los principios de un convenio, y pueden contribuir a orientar las políticas nacionales.

En algunas oportunidades, las recomendaciones se han adoptado separadamente cuando los asuntos no se consideraban apropiados para un convenio. Las reglas aplicables para la adopción de los convenios, su sumisión a las autoridades competentes y las memorias periódicas sobre el estado de la legislación y la práctica se aplican, por analogía, a las recomendaciones.

1.2. La legislación internacional del trabajo

Los convenios y protocolos internacionales en materia laboral emitidos por la Organización Internacional del Trabajo son diversos y actualmente casi alcanzan los dos centenares. Los primeros regulan derechos y obligaciones para las partes (Estados-patronos-trabajadores) y los segundos los reglamentan y tratan de implementar cuando los convenios no estén suficientemente desarrollados.

Esa abundancia legislativa ha provocado que múltiples convenios hayan sido *dejados de lado* por no haber logrado su aprobación por los miembros de la Organización, que otros no hayan cobrado efectividad y otra cantidad haya sido revisada por nuevos convenios. Así, dentro de dicha diversidad podemos citar los

siguientes convenios ratificados por Guatemala que, de una u otra manera, se relacionan con el trabajo de la mujer y de la madre trabajadora:

- C89 Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1948
Fecha de ratificación: 22 de enero de 1952.
Fecha de publicación: 11 de febrero de 1952.

Artículo 3.

Las mujeres, sin distinción de edad, no podrán ser empleadas durante la noche en ninguna empresa industrial, pública o privada, ni en ninguna dependencia de estas empresas, con excepción de aquellas en que estén empleados únicamente los miembros de una misma familia.

- C90 Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno de los menores (industria), 1948
Fecha de ratificación: 28 de enero de 1952.
Fecha de publicación: 11 de febrero de 1952.

Artículo 3.

1. Queda prohibido emplear durante la noche a personas menores de dieciocho años en empresas industriales, públicas o privadas, o en sus dependencias...

- C100 Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951
Fecha de ratificación: 28 de junio de 1961.
Fecha de publicación: 21 de septiembre de 1961.

Artículo 1.

a) el término [remuneración] comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto de empleo de este

último;

b) la expresión [igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor] designa las tasas de remuneración fijadas sin discriminación en cuanto al sexo.

- C103 Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952

Fecha de ratificación: 7 de febrero de 1989.

Fecha de publicación: 16 de marzo de 1989.

Artículo 1.

1. Este convenio se aplica a las mujeres empleadas en empresas industriales y en trabajos no industriales y agrícolas, comprendidas las mujeres asalariadas que trabajen en su domicilio.

Artículo 2.

A los efectos del presente convenio, el término [mujer] comprende toda persona de sexo femenino, cualquiera que sea su edad, nacionalidad, raza o creencia religiosa, casada o no, y el término [hijo] comprende todo hijo nacido de matrimonio o fuera de matrimonio.

Artículo 3.

1. Toda mujer a la que se aplique el presente convenio tendrá derecho, mediante presentación de un certificado médico en el que se indique la fecha presunta del parto, a un descanso de maternidad.

2. La duración de este descanso será de doce semanas por lo menos; una parte de este descanso será tomada obligatoriamente después del parto...

- C111 Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958

Fecha de ratificación: 20 de septiembre de 1960.

Fecha de publicación: 26 de octubre de 1960.

Artículo 1.

1. A los efectos de este convenio, el término [discriminación] comprende:

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

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

- C138 Convenio sobre la edad mínima, 1973

Fecha de ratificación: 27 de abril de 1990.

Fecha de publicación: 21 de enero de 1991.

Artículo 1.

Todo Miembro para el cual esté en vigor el presente convenio se compromete a seguir una política nacional que asegure la abolición efectiva del trabajo de los niños y eleve progresivamente la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo a un nivel que haga posible el más completo desarrollo físico y mental de los menores.

Artículo 3.

1. La edad mínima de admisión a todo tipo de empleo o trabajo que por su naturaleza o las condiciones en que se realice pueda resultar peligroso para la salud, la seguridad o la moralidad de los menores no deberá ser inferior a dieciocho años.

2. Los tipos de empleo o de trabajo a que se aplica el párrafo 1 de este Artículo serán determinados por la legislación nacional o por la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas, cuando tales organizaciones existan.
3. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1 de este Artículo, la legislación nacional o la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas, cuando tales organizaciones existan, podrán autorizar el empleo o el trabajo a partir de la edad de dieciséis años, siempre que queden plenamente garantizadas la salud, la seguridad y la moralidad de los adolescentes, y que éstos hayan recibido instrucción o formación profesional adecuada y específica en la rama de actividad correspondiente.

- C169 Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989

Fecha de ratificación: 24 de mayo de 1996.

Fecha de publicación: 05 de junio de 1996.

Artículo 2.

1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad...

Artículo 3.

1. Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos...

CAPÍTULO II

2. Fuentes del derecho del trabajo guatemalteco

2.1. Fuentes generales del derecho

El estudio de las fuentes del derecho tiene íntima vinculación con el proceso constante de creación del derecho, así como de la interpretación e integración del Derecho positivo. Acudiendo a sus orígenes, se podrá obtener una mejor perspectiva del Derecho positivo, invocando sus razones para haber emergido a la vida jurídica, con ello se obtendrá un mejor criterio para determinar los alcances de la norma.

“El término fuente crea una metáfora bastante feliz, pues remontar a la fuente de un río es buscar el lugar en que sus aguas brotan de la tierra; del mismo modo, inquirir la fuente de una regla jurídica es buscar el punto por el cual ha salido de las profundidades de la vida social a la superficie del derecho”²⁵

Parafraseando al licenciado Santiago López Aguilar, diremos que fuentes del Derecho son *todas las causas, hechos y fenómenos que lo generan*.

Como siempre lo ha señalado el autor mexicano Eduardo García Maynez, clasificar es un problema de perspectiva, por eso encontramos diversas clasificaciones en lo relativo a las fuentes del Derecho. Sin embargo, en la generalidad de los casos se les clasifica en formales, reales e históricas. Así lo evidencia el autor señalado al indicar que: “En la terminología jurídica, la palabra *fuentes* tiene tres acepciones que es necesario distinguir con cuidado. Se habla, en efecto, de fuentes formales, reales e históricas.”²⁶

Existen varias clasificaciones de fuentes del Derecho, pero las que resultan más aplicables son las siguientes:

²⁵ Du Pasquier, Claude, **Introducción a la teoría general del derecho y a la filosofía jurídica**, pág. 69.

²⁶ García Maynez, Eduardo, **Introducción al estudio del derecho**, pág. 51.

2.1.1. Fuentes reales

Llamadas también *sustanciales*, pues representan los distintos elementos o datos sociológicos, económicos, históricos, culturales, ideales y otros que puedan entregar las actividades humanas, que determinan la sustancia de la norma jurídica.

Son los elementos creadores de los mandamientos para la conducta de los hombres, de las que se obtendrán las normas jurídicas para el Derecho positivo.

En el Derecho laboral podrá considerarse como fuente real, en términos generales, la protección del trabajador, tal y como se evidenció en la época de la Revolución Industrial cuando se buscó crear un sistema de relaciones más humano entre los dos factores de la producción ante la explotación existente y el temor de que se produjesen enfrentamientos obrero-patronales.

2.1.2. Fuentes formales

Se establecen como las formas o maneras de ser que deben adoptar los mandamientos sociales para convertirse en elementos integrales del orden jurídico positivo.

Son las normas a través de las cuales se manifiesta el Derecho; las formas como se da a conocer. En esta clasificación vemos retratada la función del jurista en lo que respecta al conocimiento y creación de la norma jurídica y la aplicación de la misma.

2.1.3. Fuentes históricas

Son todos los documentos (inscripciones, papiros, libros, etc.) que encierran el texto de una ley o conjunto de leyes que ya no se encuentran vigentes.

De la triada anterior nos interesan, especialmente, las fuentes formales del Derecho, las que pueden ser clasificadas en directas e indirectas.

Son fuentes formales directas aquellas que contienen y exteriorizan la norma jurídica de cumplimiento obligatorio. Se incluye dentro de ellas la legislación, la costumbre y la jurisprudencia obligatoria (doctrina legal).

Se consideran como fuentes formales indirectas las que no contienen la norma del Derecho, pero contribuyen a su creación. “Por ejemplo: la doctrina de los juristas, la jurisprudencia no obligatoria, los principios generales del derecho.”²⁷

2.2. Fuentes del Derecho del trabajo. Definición

Néstor de Buen se refiere a las fuentes del Derecho del trabajo como: “todas aquellas circunstancias sociales en que se crea el Derecho. Pero al hablar de las normas, debemos de referirnos al dato objetivo de su expresión formal y no a sus antecedentes. Por ello se cree que es fuente la ley, y no el proceso de su integración, o sea, el proceso legislativo. En otras palabras quien busque el Derecho, habrá de buscarlo en la ley, en la costumbre o en la jurisprudencia, por citar solo las más importantes fuentes formales y no en la legislación, el proceso consuetudinario o en el proceso jurisprudencial”.²⁸

A priori, de las diferentes definiciones que se presentan hasta la fecha no se ha logrado unificar un criterio básico por los diversos juristas, por lo que se crea una corriente ecléctica a manera de comprender mejor su estudio.

Podemos referirnos entonces a las fuentes del Derecho del trabajo como el conjunto de principios, bases directrices, cimientos y orígenes de donde éste emana. Entre las principales fuentes del Derecho del trabajo encontramos:

²⁷ Chacón de Machado y Gutiérrez de Colmenares, **Introducción al derecho**, pág. 61.

²⁸ De Buen, Néstor, **Derecho del trabajo**, pág. 408.

- La Ley:

Dentro de la jerarquía de estas fuentes formales o tradicionales se tiene a la ley, que de acuerdo con su concepto jurídico es una regla social y obligatoria establecida por la autoridad pública. Por esto la ley fue y sigue siendo la fuente formal más importante, aunque últimamente el dogma de su omnipotencia ha entrado en crisis frente a las manifestaciones espontáneas y libres del Derecho.

Dentro del concepto jurídico y formal de la ley están también incluidos los derechos y otras normas reglamentarias en cuanto contengan disposiciones generales y que también emanen de una autoridad pública.

Las normas sobre materia laboral emanadas del Estado no presentan característica especial que haga necesario un estudio detenido de las mismas en este lugar; por supuesto, para su estudio han de hacerse una serie de distinciones dentro del género *ley* y analizar cada tipo de norma dentro del cuadro sistemático de distinciones con el que se opere. Sobre el trabajo pueden aparecer normas constitucionales, además leyes formales emanadas de los órganos que tienen conferida la potestad legislativa en el sistema de producción de normas del ordenamiento; pero también se encontrarán supuestos, y muy abundantes, de legislación delegada con ley delegante específica en cuanto a los plazos y objetos de la delegación, o con ley delegante genérica, que lo que hace a la postre es deslegalizar o degradar normativamente una materia normalmente reservada a la ley, atribuyendo en bloque a la Administración la potestad normativa sobre ella; y, supuestos de reglamentos administrativos, en ejecución y desarrollo normal de la ley o resultantes del poder reglamentario residual o autónomo de la Administración.

Estos problemas, sin embargo, no son, ni mucho menos, peculiares del Derecho del trabajo, independientemente de que su estudio general sea prácticamente imposible sin la referencia a un ordenamiento jurídico determinado, casi puede sentarse la regla general de que allí aparece la complejidad normativa estatal; cómo se articulan entre sí los distintos tipos de normas estatales depende de la distribución real de poderes del seno del Estado de que se trate, si bien la tendencia moderna evidente es hacia el reforzamiento del poder de las

burocracias administrativas, posiblemente porque ellas sean las únicas que estén en condiciones de garantizar decisiones relativamente objetivas y neutrales, en el sentido de no vencidas o dominadas por los intereses de grupos de presión, singularmente por los que reposan sobre base económica, reductos de poder político directo o indirecto.

La ley constituye la mayor fuente del Derecho del trabajo. A criterio de un sector liberal, se ha regulado con abundancia, excediendo las realidades y necesidades de un país. Por ello algunos autores consideran que la legislación laboral frena el desarrollo de esta rama jurídica, ya que lo amarra a reglas fijas en perjuicio de su movilidad y dinamismo. Otro sector opina, por el contrario, que la evolución del Derecho de trabajo depende precisamente de los distintos cuerpos legales relativos al trabajo, o sea que son pasos firmes que marcan el avance de esta rama jurídica. Dentro de las últimas producciones legislativas en lo laboral, destacan los Decretos 42-92 (Ley de Bonificación Anual para Trabajadores del Sector Privado y Público) y 64-92 (reformas al Código de Trabajo), del Congreso de la República.

En materia laboral la ley tiene las mismas características que tiene la ley en otras ramas jurídicas, aunque con algunas connotaciones propias. Las características de toda ley (generalidad, igualdad e imperatividad), no aplican con el mismo sentido en lo laboral, debido básicamente a la tutela del trabajador y a las características disímiles de los destinatarios de las normas.

Finalizamos diciendo que la ley es el producto del proceso legislativo, la cual puede ser general, cuando afecta a toda una sociedad, y especial, cuando afecta a un determinado ámbito personal, material, espacial o temporal de validez.

- La Jurisprudencia:

La jurisprudencia como fuente tiene deficiencias que derivan de su falta de regularidad sistemática, en el sentido de que es difícil encontrar series ordenadas y uniformes de sentencias; pero, sobre todo, de que, como el juez conoce a petición de parte, no puede garantizar que de él emanen decisiones de las que se pueda inducir una regla general. Otras peculiaridades de esta fuente suscitan

juicios diversos según los ángulos y situaciones desde las que sean enfocadas la tendencia conservadora más que innovadora, impuesta por el respeto a la norma que se aplica si no se puede entrar en el tema de la constitucionalidad de la ley formal; ahogamiento de los problemas de fondo de los formalismos del procedimiento; preocupación por el problema concreto y sacrificio de la posible doctrina general a las exigencias ineludibles del caso particular; falta de distinción clara entre norma y realidad normada, entre tema de hecho y cuestión de derecho.

Pero de esto nada es peculiar de la jurisprudencia de los jueces de trabajo; es más: quizá éstos, su jurisdicción y sus procesos sean especialmente aptos para buscar nuevas fórmulas de ejercicio de este poder.

La función específica de la jurisprudencia con respecto a la ley es interpretarla, mas no crearla. El tratadista Krotoschin expresa que: “la jurisprudencia ejerce influencia en la evolución del Derecho del trabajo. Las reglas o principios jurídicos que elaboran sobre todos los tribunales superiores de apelación o casación, además de ser obligatorias muchas veces por los tribunales inferiores son frecuentemente recogidas por el legislador, en otros casos la jurisprudencia desempeña más bien un papel negativo por su disparidad e inseguridad”.²⁹

Con respecto a la finalidad de la jurisprudencia, Perezniето señala: “La jurisprudencia tiene como finalidad la interpretación del sistema jurídico y, propiamente, de las leyes y demás disposiciones expedidas. Esta interpretación tiende al perfeccionamiento de dicho sistema, a su actualización y a su evolución.”³⁰

En nuestro medio se ha dicho que la jurisprudencia la constituyen cinco fallos uniformes del Tribunal de Casación, que enuncien un mismo criterio, en casos similares y no interrumpidos por otros en contrario, según lo regulado en los Artículos 621 y 627 del Código Procesal Civil y Mercantil Decreto Ley 107.

Conforme al Artículo 43 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, la jurisprudencia en materia constitucional queda sentada con

²⁹ Krotoschin, Ernesto, **Instituciones del derecho del trabajo**, pág. 70.

³⁰ Perezniето Castro, Leonel, **Introducción al estudio del derecho**, pág. 151.

tres fallos contestes e ininterrumpidos de la Corte de Constitucionalidad, misma que deberá respetarse por los demás tribunales.

Para complementar el tema de la jurisprudencia, Ribó Durán indica que: “en un sentido general, significa la ciencia del Derecho; y en sentido concreto, doctrina jurídica que resulta de las decisiones judiciales. Mientras el primer significado es propio de los países que tienen un ordenamiento jurídico encuadrable en la llamada familia del Derecho angloamericano o del Common Law, el segundo es propio de los ordenamientos jurídicos de la familia de Derechos codificados de base romanizada. En estos últimos la jurisprudencia equivale a la orientación normativa que se desprende de las sentencias de los jueces, especialmente de las sentencias del tribunal supremo. Cuando este alto tribunal, en reiteradas sentencias, establece soluciones iguales para casos equivalentes, se dice que existe doctrina legal sobre la materia en cuestión.”³¹

- La Costumbre:

“La costumbre es el uso implantado en una colectividad y considerado por ésta como jurídicamente obligatorio; es el derecho nacido consuetudinariamente.”³²

En la doctrina laboral encontramos que costumbre y uso son utilizados como sinónimos, así Mario de la Cueva expone que: “...de ahí también que puede definirse la costumbre y el uso en materia de trabajo como la repetición uniforme de una práctica que venga, bien a interpretar las cláusulas de un contrato bien a conformar o complementar las restantes fuentes formales del Derecho del trabajo en beneficio de los trabajadores. Se sigue de lo anterior que la costumbre y el uso tienen un doble campo de aplicación, como elementos integrantes de los contratos o medios de interpretar sus cláusulas y como normas generales que reforman, en provecho de los trabajadores en la legislación existente. En uno y en otro caso tienen la costumbre y el uso el mismo valor y deben aplicarse en atención a que la voluntad de los patronos y de los trabajadores, está sometida al

³¹ Ribó Durán, Luis, **Diccionario de derecho**, pág. 355.

³² Du Pasquier, **Ob. Cit**; pág. 36.

derecho positivo.”³³ Cabe señalar que para que el uso o la costumbre se den, es necesaria la práctica constante de una conducta determinada, no solamente la ejecución de un acto.

La costumbre como fuente del Derecho dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco presenta los siguientes inconvenientes: *resulta difícil probarla; no se encuentra sistematizada; posiblemente a quien le toque aplicarla no sea del lugar y desconozca la dimensión de la misma y las costumbres a las cuales remite el Derecho, regularmente son impuestas por la clase dominante.*

De acuerdo con la doctrina se reconocen tres modalidades de costumbre la primera denominada *secundum legem*, referida como aquella que, por su contenido normativo, coincide con lo que sobre la misma materia señala la ley; la segunda llamada *praeter legem*, que opera cuando hay un vacío u omisión en el texto de una ley, cumpliendo con la función de colmar con las lagunas de la ley; y la tercera formulada como *contra legem*, conocida también como derogatoria, que pretende normar en sentido contrario lo que dice la ley, misma que no se permite en el ordenamiento jurídico guatemalteco.

En conclusión, la jerarquía de las normas aplicables en el Derecho del trabajo guatemalteco es la contenida en el Artículo 15 del Código de Trabajo, que establece que el orden correlativo de la aplicación supletoria de tales fuentes inicia con la aplicación supletoria de los principios o características ideológicas del Derecho del trabajo, continúa con la aplicación de la costumbre, la equidad o el uso local y concluye con la aplicación supletoria de los principios y disposiciones del Derecho común.

2.3. Fuentes específicas de Derecho del trabajo

Para el tratadista Luis Fernández Molina, “las fuentes específicas sólo pueden concebirse y existir en el Derecho del trabajo y son, por lo mismo, desconocidas como

³³ De la Cueva, Mario, **Derecho mexicano del trabajo**, pág. 375.

fuentes formales en todas las demás ramas jurídicas.”³⁴ Entre éstas se pueden citar:

2.3.1. Tratados y convenios internacionales en materia laboral

Entre las principales normas internacionales vigentes en Guatemala con mención expresa a los derechos colectivos laborales encontramos las siguientes:

- Preámbulo de la Constitución de la OIT:
Dentro de este apartado se encuentra regulado lo relativo a la libertad sindical.
- Declaración de Filadelfia:
Adoptada en 1944 en la Conferencia de Filadelfia y forma parte de la Constitución de la OIT. Reafirmando los principios fundamentales sobre los cuales está basada la Organización y, en especial, los siguientes: a) la libertad de asociación es esencial para el progreso constante; b) la lucha contra la necesidad debe proseguirse con incesante energía dentro de cada nación y mediante un esfuerzo internacional, continuo y concretado, en el cual los representantes de los trabajadores y de los empleadores, colaborando en pie de igualdad con los representantes de los gobiernos, participen en discusiones libres y en decisiones de carácter democrático, a fin de promover el bienestar común.
La conferencia reconoce la obligación solemne de la Organización Internacional del Trabajo de fomentar, entre todas las naciones del mundo, programas que permitan lograr el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, la cooperación de empleadores y trabajadores para mejorar continuamente la eficiencia en la producción, y la colaboración de trabajadores y empleadores en la preparación y aplicación de medidas sociales y económicas.

³⁴ Fernández, **Ob. Cit**; 81.

- Declaración Universal de los Derechos Humanos:
Regula en su Artículo 23, numeral IV, que toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:
Reconoce que toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o moral pública o los derechos y libertades de los demás.
El presente enunciado no impedirá la imposición de restricciones aunque se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:
Establece que los Estados partes del pacto se comprometen a garantizar: a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. A no imponer otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos; b) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas; c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos; d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país. Nada de lo dispuesto anteriormente autorizará a los Estados partes en el Convenio de la Organización Internacional

del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar las medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías.

- Convención Americana sobre Derechos Humanos:

Sintetiza que todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden público, o para proteger la salud o la moral pública o los derechos y libertades de los demás. Esto no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de policía.

- Convenios Internacionales de Trabajo:

Por razones históricas y/o políticas, las normas internacionales figuran en diversos cuerpos, como lo son tratados, convenciones, convenios, declaraciones. Pero hoy día la doctrina mayoritaria es conteste en afirmar la interdependencia de los derechos en ellas consagrados. Así, no hay posibilidad de cumplimiento de unos si no presuponemos la existencia de los otros. Esto ha sido puesto especialmente de manifiesto con relación a los derechos consagrados en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

El Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, ha subrayado la importancia del principio afirmado en 1970 por la Conferencia Internacional del Trabajo en su resolución sobre los derechos sindicales y su relación con las libertades civiles, en la que se reconoce que los derechos conferidos a las organizaciones de trabajadores y empleadores se basan en el

respeto a las libertades civiles enumeradas, en particular, en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y que el concepto de derechos sindicales carece totalmente de sentido cuando no existen tales libertades civiles.

Nos parece importante destacar aquí la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales del trabajo de 1998. En el mismo apartado declara que todos los miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización y que consiste en respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios, es decir: a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; c) la abolición efectiva del trabajo infantil, y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Con relación a las normas internacionales, los convenios de la Organización Internacional del Trabajo constituyen una importante fuente de derecho. La nómina de convenios ratificados por Guatemala asciende a más de 70 en la actualidad. La constitución, principios y forma de funcionamiento de la OIT ha sido objeto de otra exposición a la que nos remitimos para los aspectos puntuales.

Mucho se ha discutido sobre si los derechos laborales constituyen o no derechos humanos. Hoy día, la mayoría de la doctrina parece conteste en pronunciarse a favor de la inclusión de los derechos laborales en los catálogos de Derechos Humanos. Se ha expresado que los Derechos Humanos o fundamentales del hombre se basan en ciertos principios que constituyen el núcleo de los valores permanentes del ser humano. El trabajo a su vez es una expresión de la personalidad humana, por lo que todo lo concerniente forma parte de los Derechos Humanos. Con relación a la labor normativa de la Organización Internacional del Trabajo se ha manifestado que todos los convenios y

recomendaciones de la misma contribuyen, en mayor o menor grado, a la promoción y protección de los Derechos Humanos. Frente a la globalización y a las corrientes desreguladoras del Derecho del trabajo, Valticos destaca que: “el hecho de que las normas internacionales del trabajo constituyen, en su conjunto, una categoría especial de derechos humanos y que el edificio que corre riesgo de ser desmantelado es un vasto dominio de estos derechos que dos guerras mundiales han finalmente logrado edificar y consolidar.”³⁵

2.3.2. Las normas constitucionales

La Constitución vigente se promulgó el 31 de mayo de 1985 y entró en vigencia el 14 de enero de 1986. Siguen las tendencias de las constituciones modernas que incluyen dentro de sus cuerpos normativos a los derechos sociales y dentro de éstos a los laborales. Con la inclusión en la Carta Magna de estos derechos se produce lo que la doctrina ha denominado la constitucionalización de los derechos laborales con el efecto que se deriva de mayor protección. Doctrinariamente, se ha expresado que la inclusión de los derechos laborales en las constituciones tienen una doble ventaja por un lado sustantivo: constituyendo un privilegio para las normas laborales que se manifestará en una efectiva protección contra violaciones por normas infraconstitucionales; ha sido causa y efecto del reconocimiento de que los derechos laborales son derechos humanos; constituye un freno contra la desregulación de normas laborales el solo hecho de estar incluidos en la Constitución, ya que las reformas a las normas fundamentales son más difíciles de llevar a cabo que los cambios legales.

Por otro lado, en el plano de la eficacia, la inclusión en las constituciones de los derechos laborales permite la utilización de recursos de garantía constitucional.

³⁵ Valticos, Nicolás, **Normes internacionales du travail et droits del homme**, pág. 153.

Estas normas son de aplicación general, creadas por la Asamblea Nacional Constituyente, la cual es un órgano de tipo extraordinario y temporal. La Constitución Política de la República de Guatemala posee preeminencia y primacía sobre las leyes constitucionales; esto es, que el hecho de que tanto la Constitución como las leyes constitucionales son creadas por una Asamblea Nacional Constituyente, no implica que se encuentren en el mismo nivel.

La Constitución contiene numerosas disposiciones relacionadas con los derechos de los trabajadores y de sus organizaciones, regulados en los Artículos: 34, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, entre otros, dentro de los cuales hacen referencia a: fomento y protección de la negociación colectiva; derecho de sindicalización libre de los trabajadores; derecho a la negociación colectiva; derecho de huelga ejercido de conformidad con la ley. Con relación a los trabajadores del Estado la norma fundamental se refiere al derecho de huelga ejercido de conformidad con la Ley de Sindicalización y Regulación de la Huelga de los Trabajadores del Estado Decreto número 71-86 del Congreso de la República, sin afectar la atención de los servicios públicos esenciales.

2.3.3. Las normas ordinarias

Como quedó establecido, una de las principales fuentes del Derecho del trabajo es la ley, de conformidad con lo regulado en el Artículo 2 de la Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89 del Congreso de la República, adquiriendo con esto las normas el carácter de aplicación general.

La codificación del Derecho del trabajo es un tema objeto de controversias en los distintos países del mundo. Las posiciones varían desde aquellos que la apoyan hasta los que en atención –entre otros argumentos– a que el Derecho del trabajo es un derecho dinámico y esencialmente cambiante, prefieren no encasillar en un Código las diversas leyes laborales.

“En Guatemala existe un Código de Trabajo, Decreto número 330 del 8 de febrero de 1947, que entró en vigencia el primero de mayo del mismo año. Posteriormente se han introducido algunas modificaciones por los Decretos del Congreso de la República entre los cuales se encuentran: el 526 del 5 de junio de 1948; el 623 del 17 de mayo de 1949; el 915 del 27 de octubre de 1952; el 216 del 31 de enero de 1955; el Decreto Presidencial 570 del 28 de febrero de 1956; el Decreto 1243 del 27 de junio de 1958; el 1421 del 18 de enero de 1961; el 1441 del 28 de abril de 1961; el 1486 del 8 de septiembre de 1961; el 1618 del 14 de octubre de 1966; Decretos Leyes 45, 57, 62-82, 55-83, 71-86, y el Decreto 64-92 del 10 de noviembre.”³⁶

De lo enunciado anteriormente sólo cabe advertir que el criterio referente a cual es el Decreto que contiene el Código de Trabajo actual no es unívoco, pues diversos autores consideran que el Decreto 1441 del Congreso de la República de Guatemala es en realidad el que contiene en la actualidad el Código de Trabajo derogando en forma tácita los Decretos previos que regulaban la materia laboral incluidos entre estos el Decreto 330.

El Código de Trabajo contiene una exhaustiva regulación de las normas ordinarias laborales tanto de derechos individuales, colectivos o sindicales, higiene y seguridad en el trabajo, la organización administrativa del trabajo, organización de los tribunales de trabajo y previsión social y los procedimientos a seguirse en los juicios laborales.

En materia de derechos colectivos del trabajo ha regulado minuciosa y detalladamente la libertad sindical, el derecho de negociación colectiva y la huelga. Para las relaciones laborales del sector público existe una multiplicidad de normas legales vigentes.

También existe un número bastante importante de normas reglamentarias que regulan determinados aspectos de las relaciones colectivas de trabajo. Dichas

³⁶ Ministerio de Trabajo y Previsión Social, **50 años de legislación laboral 1944-1994**, pág. 123.

disposiciones se dictan en Guatemala a través de acuerdos gubernativos y acuerdos ministeriales. En materia de derechos colectivos son de particular importancia las normas reglamentarias para la aplicación de los convenios Internacionales de Trabajo 87 y 98, del 17 de septiembre de 1981; Acuerdo Gubernativo 143-96, Reglamento para el reconocimiento de personalidad jurídica, aprobación de estatutos e inscripción de las organizaciones sindicales; Reglamento sobre la práctica de votaciones sindicales, 9 de agosto de 1951, en vigencia desde el 18 de agosto de 1951; Acuerdo Gubernativo del 19 de agosto de 1952, en vigencia desde el 15 de agosto de 1952 que establece sanciones para los directivos sindicales por incumplimiento a las leyes, reglamentos y estatutos de los mismos; Acuerdo Gubernativo 221-94, Reglamento para el trámite de negociación, homologación y denuncia de los Pactos Colectivos de Condiciones de Trabajo de Empresa o Centro de Producción Determinado.

2.3.4. Los pactos y convenios colectivos de condiciones de trabajo

2.3.4.1. El pacto colectivo de condiciones de trabajo

Constituyendo éste el producto final del acuerdo tomado por un empleador y un grupo de trabajadores, para regular las condiciones generales del trabajo por un tiempo determinado, el que se fija dentro de la misma convención.

En la mayoría de las grandes empresas de Guatemala está vigente un pacto colectivo y la tendencia se orienta a la generalización de la negociación colectiva. Por una parte, constituye una de las exigencias primarias de los grupos de trabajadores, la cual se encuentra ampliamente respaldada por la ley, los convenios de la Organización Internacional del Trabajo y de la propia dinámica de la globalización. En todo caso, la necesidad de negociar surge del hecho de que en un centro de trabajo se encuentren muchas personas, y por eso nuestra legislación establece la obligación del empleador de negociar el pacto con sus trabajadores sindicalizados (Artículo 51 del Código de Trabajo), o bien, de atender las solicitudes de grupos coaligados (Artículo 374 del

Código de Trabajo).

La importancia del pacto colectivo no radica solamente en el aspecto obligatorio que se impone, sino que también puede tomarse como un instrumento de mucha utilidad para el mejor desarrollo de las actividades en el centro de trabajo, para mejorar la armonía laboral y por lo mismo, para el empleador.

De hecho, el futuro del Derecho laboral se vislumbra cada vez más negociado y más específico, en contraposición a un derecho general e impuesto por el órgano legislativo. En vez de normas globales, aplicables supuestamente a toda actividad económica, aunque en realidad no encuadran adecuadamente, deben fijarse normas en el mismo lugar de trabajo que sean aplicables en forma concreta a las realidades del centro de trabajo, realidades que los mismos actores conocen bien y que los legisladores en su mayoría desconocen.

El pacto colectivo tiene categoría de Ley Profesional, porque puede decirse que es una ley como las emanadas del Organismo Legislativo, sólo que esta es aplicable al entorno laboral.

El pacto se comprende dentro de la negociación colectiva, por lo mismo debe orientarse el concepto en el sentido de que ambas partes de la negociación deben obtener beneficios y dar concesiones a la otra parte. No se trata únicamente de determinar hasta dónde llegan los beneficios del sindicato. El concepto debe ser reencauzado a que los trabajadores deben dar algo como contrapartida. No necesariamente renunciar a prestaciones adquiridas tomando en cuenta la limitante legal, pero sí en compromisos de manejar la productividad y el rendimiento.

En muchos sentidos, el pacto colectivo suple a la ley, ya que la supera en cuanto a beneficios para los trabajadores. Por lo mismo, para un empleador la ley laboral se fundamenta en diferentes normativas: los convenios internacionales, la Constitución, el Código de Trabajo y leyes complementarias, pero también aplican el pacto colectivo de empresa, pacto colectivo de industria o región en su caso. Por lo mismo, los pactos

colectivos tienen su propio campo de aplicación en las relaciones laborales. A tal punto se manifiesta la importancia de los pactos colectivos que en muchos centros de trabajo son elaborados con una técnica superior a la de muchos códigos u otras leyes.

2.3.4.2. El pacto colectivo de industria, región o actividad

Este tipo de pacto tiene mayor amplitud y cobertura. No comprende únicamente un lugar de trabajo, sino que tiene aplicación a toda una serie de empresas que se dediquen a una misma actividad, o que se encuentren en un mismo ámbito territorial.

Los interlocutores de este pacto, por lo mismo, serían los representantes de un amplio sector productivo que aglutina a varias empresas y a varios sindicatos; por un lado cámaras gremiales y por el otro federaciones o confederaciones sindicales.

Debido al poco arraigo que en Guatemala ha tenido la negociación colectiva, la mayoría de los casos son de pactos de empresa o bipartitos, y prácticamente no existe a la fecha negociación tripartita. Sin embargo, se manifiestan intentos para materializar este tipo de negociación.

2.3.4.3. El convenio colectivo

Este viene a ser una modalidad del pacto colectivo, cuando el negociador de la parte laboral no es un sindicato, sino un grupo coaligado de trabajadores constituido en un comité ad-hoc. El articulado de los pactos colectivos (Artículos 49 al 53 del Código de Trabajo) hace referencia con exclusividad a los sindicatos, excluyendo por lo mismo a los grupos laborales no organizados en dicha forma. Sin embargo, la realidad impone que también estos grupos, en tanto no sean sindicatos, negocien colectivamente y al producto de esa negociación se le denomina convenio colectivo. Se aprovecha, por extensión, como fundamento legal, lo establecido en los Artículos 374, 377 y 386 del Código de Trabajo. Dichos artículos se refieren a cuestiones concretas, quejas específicas, arreglos particulares; pero como la ley no lo limita, las diferencias pueden

originarse por una y mil causas.

Es de suponer que, en la medida que se desarrolle la creación de sindicatos, los convenios colectivos irán cediendo su puesto a los pactos colectivos. Los pactos colectivos, al igual que los temas sindicales, merecen un estudio especial, aunque propio del Derecho colectivo de trabajo.

2.3.5. Los contratos individuales y colectivos de trabajo

Los contratos de trabajo como fuentes específicas del Derecho laboral tienen una significación muy especial. Por un lado, el contrato individual regulado en el Artículo 18 del Código de Trabajo contiene la definición, estableciendo que contrato de trabajo es *el vínculo económico jurídico, mediante el que una persona (trabajador), queda obligada a prestar a otra (patrono), sus servicios personales o a ejecutarle una obra, personalmente, bajo la dependencia continuada y dirección inmediata o delegada de ésta última, a cambio de una retribución de cualquier clase o forma.* De igual forma el último párrafo de este Artículo señala que cualquier encubrimiento o confusión del contrato no le hace perder su naturaleza y por lo tanto a la respectiva relación le son aplicables las disposiciones de este Código. Lo importante es pues la relación y no la denominación ni las fórmulas externas del contrato.

El contrato no es más que un acuerdo de voluntades; es el producto mismo de la plena libertad contractual, de la autonomía de la voluntad. Una de las características especiales del vínculo laboral es que el hecho mismo de iniciarse la prestación del servicio o sea empezar a laborar, orientado en un sentido laboral de subordinación, implica o presume una expresión de voluntad que se complementa con las disposiciones legales.

La diaria realidad y la inspiración tutelar del Derecho laboral nos imponen aceptar que la mera relación de trabajo crea amplios vínculos jurídicos entre las partes. La relación de trabajo es una vinculación fáctica entre patrono y trabajador y tiene vigencia

aun cuando no se haya concretado la contraprestación, siendo independiente de la formalidad de un contrato de trabajo.

Por otro lado, el contrato colectivo de trabajo es concebido como el suscrito con uno o más patronos, por una entidad laboral; esto es, por un sindicato o grupo obrero, para facilitar ocupación remunerada a los trabajadores afiliados o representados; así como también es aquel celebrado entre un patrono individual, o una empresa o un grupo de patronos, con una asociación profesional obrera, o con una entidad cooperativa obrera de mano de obra o con un grupo obrero organizado en equipo, en virtud del cual el contratante obrero se compromete a prestar al contratante patrono, bajo la dependencia de éste, una determinada cantidad de trabajo, a cambio de una retribución que satisfará este último.

Regulado en el Artículo 38 del Código de Trabajo de Guatemala lo concibe como *el que se celebra entre uno o varios sindicatos de trabajadores y uno o varios patronos, o uno o varios sindicatos de patronos, por virtud del cual el sindicato o sindicatos de trabajadores se comprometen, bajo su responsabilidad, a que algunos o todos sus miembros ejecuten laborales determinadas, mediante una remuneración que debe ser ajustada individualmente para cada uno de éstos y perciba en la misma forma.*

Una de las ventajas del contrato colectivo de trabajo sobre el contrato individual es que el sindicato, por ser una asociación legalmente reconocida, puede contratar con el patrono más o menos en iguales condiciones o sea con fuerzas equilibradas entre trabajadores y empleadores, lo cual da como resultado la obtención de mejores prestaciones y condiciones de trabajo para la clase trabajadora. Esto no sucede en la contratación individual, en la que generalmente el más débil tiene que adherirse a las condiciones que impone el patrono. En el contrato colectivo dichas condiciones no pueden ser modificadas entre patrono y trabajador, sino únicamente entre el Sindicato y patrono contratante, sucediendo lo contrario en la contratación individual, en la que la mayoría de las veces el patrono cambia las condiciones en forma unilateral, lo cual tiene que aceptar el trabajador, por la necesidad que tiene de su trabajo.

Es un hecho que por la naturaleza de los contratos de trabajo y por la importancia básica que éstos representan constituyen una parte de la razón de ser del Derecho del trabajo, por lo tanto son considerados como fuentes específicas de nuestro ordenamiento jurídico laboral.

2.3.6. Los reglamentos interiores de trabajo

Una de las causas fundamentales que justifican la existencia del reglamento interior desde sus orígenes ha sido la técnica como arte necesario, desde que la herramienta del artesano se trocó, por los avances científicos, en la prodigiosa máquina. La revolución produjo un gran avance social y económico, haciendo que el nuevo asalariado tuviera que detenerse un momento en apreciar su propia capacidad y habilidad individual, al ponérsele frente a ella y tenerla que dirigir con procedimientos y recursos totalmente nuevos.

El reglamento interior de trabajo es una consecuencia de la implantación de un nuevo sistema económico y de nuevos procedimientos de producción, que crean condiciones que el empleador tiene la necesidad de regular, por lo que ha dependido del país o lugar donde esté instalado el centro de trabajo la denominación que se le ha dado, encontrándose entre las más conocidas o utilizadas: *reglamento de taller, reglamento de fábrica, reglamento de empresa, reglamento interno, reglamento interior, reglamento interior de taller, reglamento de régimen interior de taller*, y el que utilizan varias legislaciones de Latinoamérica, entre las que se encuentra la nuestra: *reglamento interior de trabajo*.

El reglamento interior de trabajo, constituido dentro de las fuentes específicas del Derecho del trabajo, se comprende como aquel conjunto de disposiciones de orden interno de una empresa, de carácter disciplinario y técnico, que se dirige esencialmente al posible desarrollo de la prestación efectiva de los servicios, por parte de los trabajadores y que integra el contrato de trabajo como condición puesta al cumplimiento

del mismo, tomando en cuenta fundamentalmente las características o modalidades del centro de trabajo.

El Código de Trabajo de Guatemala en su Sección Segunda, Capítulo Cuarto, Artículo 57, hace énfasis al reglamento interior de trabajo, y lo define como: *el conjunto de normas elaborado por el patrono de acuerdo con las leyes, reglamentos, pactos colectivos y contratos vigentes que lo afecten, con el objeto de precisar y regular las normas a que obligadamente se deben sujetar él y sus trabajadores con el motivo de la ejecución o prestación concreta del trabajo. No es necesario incluir en el reglamento las disposiciones contenidas en la ley.*

Los autores modernos de Derecho del trabajo decididamente sostienen que el reglamento interior de trabajo debe ser obra de un acuerdo entre los trabajadores y los empleadores, y que solamente de ese acuerdo puede emerger su fuerza y su obligatoriedad. Krotoschin sostiene que “en base a esta tendencia moderna del Derecho laboral, se reconoce que por este hecho el reglamento de taller pasaría a constituir el caso principal de los acuerdos de empresa y por lo tanto se denominaría con mayor precisión técnica el Reglamento Concordado de Trabajo. Sería pues éste, un acuerdo entre el jefe de la empresa y los representantes laborales del propio establecimiento.”³⁷

Siguiendo los lineamientos de la mayoría de legislaciones de Latinoamérica, nuestro país contempla que la elaboración del reglamento interior es una facultad legislativa del patrono. Sin embargo, a través de la negociación colectiva de los sindicatos se ha logrado establecer que el reglamento interior sea elaborado por una comisión integrada por representantes del patrono y del sindicato. Este procedimiento ha dado buenos resultados, teniendo en cuenta que son los trabajadores quienes mejor conocen cómo se prestan los servicios en la empresa y por lo tanto quienes pueden aportar sus conocimientos y experiencias en la elaboración del reglamento interior de trabajo.

³⁷ Krotoschin, **Ob. Cit**; pág. 179.

CAPÍTULO III

3. Trabajo sujeto a regímenes especiales

3.1. Definición

En la doctrina laboral se conocen con la denominación de contratos especiales de trabajos determinadas actividades o especialidades que si bien dan nacimiento a relaciones de trabajo, tienen ciertas características particulares o régimen especial que se regulan con cierta independencia. El profesor de la Cueva se refiere al tema diciendo que: “la especialidad de éstos trabajos no se refieren a la naturaleza jurídica de la relación trabajador-patrono, sino a la concurrencia de ciertas modalidades que se dan en su desarrollo vinculados a las condiciones de trabajo y a los derechos y obligaciones de los trabajadores y patronos.”³⁸ Por su parte el tratadista Guillermo Cabanellas considera que: “toda prestación de servicios subordinados presentan ciertas particularidades, de donde quepa estructurar tantos convenios especiales como distintas clases de trabajo hayan para realizarse.”³⁹

Por lo anterior, definimos al trabajo sujeto a regímenes especiales como: el conjunto de derechos, obligaciones y particularidades enfocados únicamente a ciertas personas que en determinado momento son susceptibles de protección especial y de mayores garantías debido a su carácter de obligatoriedad.

3.2. Enumeración

En nuestro ordenamiento jurídico laboral, el trabajo sujeto a regímenes especiales se encuentra comprendido en el Título Cuarto, Capítulo Primero, de los Artículos 138 al 190 del Código de Trabajo Decreto Legislativo 1441, dentro de los cuales se encuentran:

³⁸ De la Cueva, **El nuevo derecho mexicano del trabajo**, pág. 433.

³⁹ Cabanellas, Guillermo, **Diccionario enciclopédico de derecho usual**, pág. 833.

- Trabajo Agrícola y Ganadero;
- Trabajo de Mujeres y Menores de Edad;
- Trabajo a Domicilio;
- Trabajo Doméstico;
- Trabajo de Transporte;
- Trabajo de aprendizaje, y
- Trabajo en el Mar y en las Vías Navegables.

De los enumerados, por la importancia que representa a nuestro estudio se desarrollará únicamente lo relativo al trabajo de las mujeres, específicamente las que se encuentran en estado de gravidez o gozando del período de lactancia; todo en alusión a lo regulado en el Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo.

3.3. El trabajo de las mujeres

3.3.1. La maternidad

Podemos iniciar indicando que el trabajo desempeñado por las mujeres ha tenido una importancia vital desde la prehistoria, aunque su contribución a la economía ha variado según la estructura, las necesidades, las costumbres y los valores sociales preponderantes en los diferentes estadios por los que ha atravesado la humanidad.

La protección de la maternidad de las mujeres en el trabajo ha tenido una importancia fundamental para la Organización Internacional del Trabajo desde su fundación en 1919. El convenio sobre la protección de la maternidad, 1919 (núm. 3) estuvo entre los primeros instrumentos que se adoptaron. En 1952, este convenio fue revisado para tener en cuenta la evolución de la legislación y de las prácticas nacionales, especialmente en el dominio de la seguridad social. Desde 1952 se ha producido una evolución muy profunda en la participación de las mujeres en la fuerza de trabajo, y se ha avanzado hacia un compromiso cada vez mayor para eliminar la

discriminación en el empleo. Pero aunque todo ello pone de relieve la protección de la maternidad en el trabajo, no ha tenido como consecuencia demasiadas ratificaciones, ni en el caso del Convenio núm. 3 ni en el del Convenio núm. 103. En efecto, en junio de 1997 sólo 36 países habían ratificado el convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952 (núm. 103), y otros 17 países habían ratificado el convenio sobre la protección de la maternidad, 1919 (núm. 3).

“Desde la antigüedad hasta la era moderna, se pueden establecer cuatro rasgos más o menos constantes acerca del trabajo remunerado de las mujeres: (1) las mujeres han trabajado por necesidad económica; las mujeres de menor nivel económico trabajaban fuera de casa, ya sea que estuvieran casadas o solteras, sobre todo si el sueldo de sus maridos no permitía mantener a toda la familia; (2) el trabajo remunerado de las mujeres ha sido análogo a sus labores en el hogar; (3) aun trabajando, las mujeres han seguido responsabilizándose de la crianza de los hijos; (4) desde el punto de vista histórico, la remuneración percibida por las mujeres ha sido inferior a la de los hombres, y han desempeñado tareas que recibían menor reconocimiento material y social.”⁴⁰

En los últimos cincuenta años, la protección de la maternidad se ha visto jalonada por los progresos de la legislación, la evolución de la práctica en el lugar de trabajo y el aumento de las expectativas sociales en relación con los derechos de las trabajadoras durante sus años de crianza. Pero las ventajas que se han ido obteniendo no han conseguido resolver el problema fundamental que experimentan la mayoría de las mujeres trabajadoras (si no todas) en algún momento de sus vidas profesionales: la desigualdad de trato en el empleo a causa de su función procreadora.

Esta discriminación se hace más aguda porque cada vez hay más mujeres que pasan una parte de su vida en un empleo asalariado. Sin duda, uno de los cambios más notables que se han producido en los últimos cincuenta años ha sido el rápido

⁴⁰ Corporación Microsoft, **Trabajo de las mujeres** (Biblioteca de Consulta Microsoft Encarta, 2005).

incremento de la participación femenina en el mercado de trabajo. A nivel mundial, los índices de actividad económica de las mujeres han pasado de un 54% en 1950 a un 66% en 1990, y las proyecciones prevén que alcancen casi un 70 por ciento en el año 2010. En las regiones más desarrolladas, el crecimiento ha sido aún más rápido, partiendo de una tasa inicial más baja –de un 47%– que previsiblemente pasará del 80% en el año 2010.

Hace dos generaciones, las mujeres empezaron a ingresar masivamente en la fuerza de trabajo, a principios del decenio de 1920, y muchas de ellas la abandonaron pocos años más tarde para dar a luz y criar a sus hijos. En 1950, la tasa mundial de actividad económica de las mujeres ascendía a un 59 por ciento en el grupo de 20-24 años, bajaba a un 54 por ciento en las mujeres con diez años más de edad, se mantenía relativamente constante para los 15 años siguientes y caía rápidamente después de los 49 años. Hacia 1990, la tasa de actividad económica asumió un nuevo modelo mundial, con tasas de ingreso muy elevadas para las mujeres veinteañeras, una participación creciente en el mercado de trabajo de las de entre 30 y 40 años, y una baja a partir de los 50 años. En otras palabras, cada vez hay más mujeres que pasan sus años de crianza de los hijos como trabajadoras asalariadas.

“El tópico de que los hombres mantienen a las mujeres y a los niños está actualmente superado, y en todo el mundo la mayor parte de los hogares depende ya de dos sueldos para mantener un nivel de vida adecuado. En muchos países, los ingresos de las mujeres resultan fundamentales para la supervivencia de las familias. Un estudio reciente ponía de manifiesto que un 59% de las trabajadoras europeas y un 55% de sus homólogas de los Estados Unidos aportaban la mitad o más de los ingresos del hogar familiar, y que en Europa una de cada cuatro mujeres aporta la totalidad de los ingresos del hogar.”⁴¹ En la India, se estima que 60 millones de personas están viviendo en hogares mantenidos por mujeres. En todo el mundo, las mujeres aportan la principal fuente de ingresos en un 30% de los hogares, mientras que la gran mayoría de

⁴¹ H. Wilkinson e I. Briscoe, **Parental leave: The price of family values**, pág. 7.

hogares dirigidos por hombres cuentan con miembros femeninos que contribuyen con su trabajo, sus ingresos y otras formas de apoyo.

Ahora, es necesario preguntarse ¿cuáles son las consecuencias de esta evolución? En primer lugar, el número de mujeres que trabajan en sus años de crianza está aumentando, una realidad que hace aún más imperativa la adecuada protección de la maternidad. Actualmente, los permisos de maternidad y la atención médica no sólo son fundamentales para que las mujeres mantengan o recobren la salud y puedan volver al trabajo, sino que además se ha hecho indispensable (para el bienestar de la madre, del hijo y de toda la familia) suplir los ingresos que corresponden a sus períodos de permiso.

En segundo lugar, como se ha ido convirtiendo en norma habitual ganar conjuntamente los ingresos del hogar, la discriminación en el empleo en función de una maternidad actual o potencial tiene también consecuencias para el conjunto de la sociedad. Ciertamente, la situación positiva a la que nos hemos referido antes no puede disimular una realidad subyacente bastante preocupante. En todo el mundo, las mujeres que quedan embarazadas se encuentran ante la amenaza de perder su trabajo, ver interrumpidos sus ingresos y tener que hacer frente a diversos peligros para su salud, por las escasas precauciones que se adoptan para defender su empleo y los derechos que de él se derivan. La evolución de su situación ha sido muy lenta. En los albores del nuevo siglo, los gobiernos y los interlocutores sociales tienen que abordar el hecho que la protección de la maternidad sigue estando poco asegurada para un gran número de trabajadoras. Seguimos haciendo frente al desafío de proteger la salud, asegurar el empleo y brindar un nivel razonable de ingresos a las trabajadoras, antes y después del parto. Tenemos una importante labor ante nosotros.

En unos 100 países se han constatado prohibiciones o restricciones que se hacen teniendo en cuenta la índole peligrosa, ardua o insalubre del trabajo para las mujeres trabajadoras. Aproximadamente en la mitad de ellos, la legislación contiene una prohibición general aplicable a todos los sectores de actividad económica contra el

empleo de mujeres en dichas tareas. En casi 90 países se ha establecido una prohibición jurídica del trabajo subterráneo de las mujeres, aunque esta actividad pueda incluirse ya en la definición de trabajo peligroso, arduo o insalubre que se aplica también en otros países. Las disposiciones reglamentarias que restringen que las mujeres sean obligadas a levantar, tirar o empujar grandes pesos se han podido observar en más de 50 países y suelen aplicarse a todas las actividades y sectores.

En una veintena de países, la ley se limita a facultar a las autoridades competentes a emitir disposiciones reglamentarias prohibiendo que las mujeres trabajen en los diversos tipos de trabajos peligrosos, arduos o insalubres. En otros, la legislación contiene una lista más o menos detallada de las actividades que se prohíben a las mujeres. Las actividades más corrientes en este sentido son la carga y descarga de buques; poner aceite, limpiar o reparar las máquinas en movimiento; trabajar en lugares en donde las piezas más peligrosas de la maquinaria no estén debidamente protegidas; trabajar con tubos de aire comprimido; hacer transportes con triciclos a pedal; fabricar o manejar explosivos, y manipular instrumentos neumáticos u otras máquinas que produzcan vibraciones. Algunos países prohíben emplear mujeres si tienen que trabajar bajo el agua o en condiciones de calor o de frío extremos. Otras actividades prohíben que las mujeres intervengan en la producción de polvos o de sustancias venenosas, tóxicas o que traigan consigo riesgos de enfermedad. Algunos ejemplos de estas actividades son el trabajo en la tenería, la producción de fertilizantes, el dorado y el plateado, la fabricación de sulfatos y la fabricación y procesamiento del plomo. Como ya se ha visto anteriormente al examinar las disposiciones relativas al trabajo nocturno, estas prohibiciones generales podrían resultar discriminatorias en la práctica, y por lo tanto merecen ser reexaminadas a la luz de los nuevos conocimientos y de los avances tecnológicos, así como en relación con la igualdad de trato. El objetivo debería ser la eliminación de los riesgos o su reducción en la mayor medida posible, elevando el nivel de protección de todos los trabajadores, de uno y otro sexo.

En otras legislaciones se prohíbe en términos generales el empleo de mujeres en el trabajo o en los procesos que suponen una exposición a los agentes peligrosos o a

las sustancias tóxicas, aunque en algunos casos esta protección se limita a las mujeres embarazadas. Son muy corrientes las disposiciones específicas sobre el trabajo que supone la exposición al plomo y a sus productos, al benceno y a las radiaciones ionizantes. Las disposiciones relativas a la exposición a los productos de plomo se adoptaron generalmente mucho antes que las relativas a la protección contra el benceno o las radiaciones; por lo tanto, estas últimas suelen distinguir con mayor precisión entre las prohibiciones y restricciones que afectan a todas las mujeres y las que sólo afectan a las embarazadas o en edad de procrear. Las tareas que suponen exposición al plomo y a sus productos están prohibidas para todas las mujeres en muchos países, entre ellos China, Luxemburgo y los Emiratos Árabes Unidos. Este ámbito de aplicación se reserva, con carácter excepcional, a las mujeres embarazadas o lactantes, como ocurre en Bélgica y Suecia, o a veces a las mujeres en edad de procrear. En cambio, la prohibición del empleo en relación con la exposición al benceno se limita generalmente a las mujeres embarazadas o lactantes, como en España, Francia, Guinea y Polonia.

En relación con las tareas que suponen una exposición a las radiaciones, el número de casos en los que se prohíben estas labores, ya sea a las mujeres en general o a las embarazadas y lactantes, es muy limitado. En cambio, la mayor parte de las disposiciones establecen restricciones a la exposición en niveles más bajos para las mujeres en edad de procrear que para los hombres, como ocurre en Canadá, Ecuador y Venezuela, y en niveles aún más bajos cuando se aplican a las mujeres embarazadas, como en Brasil, Grecia, Japón, Suiza, Reino Unido y Túnez.

Las normas internacionales de seguridad para la protección contra las radiaciones establecen que la notificación del embarazo no se deberá considerar una razón para separar a la interesada del trabajo, pero el empleador de una trabajadora que haya notificado su embarazo debe adaptar las condiciones de trabajo, en lo que atañe a la exposición ocupacional, de modo que se proporcione al embrión o al feto el mismo nivel general de protección que se prescribe para todas las personas. Las normas afirman también que los empleadores deberán hacer todo esfuerzo razonable para dar a los

trabajadores un empleo sustitutivo adecuado cuando una trabajadora ya no pueda continuar en un empleo que implique exposición ocupacional. Además, los empleadores deberán facilitar a las trabajadoras información apropiada sobre los riesgos que la exposición de una mujer embarazada suponen para el embrión o el feto; sobre la importancia de que una trabajadora que sospeche que está embarazada lo notifique cuanto antes a su empleador y sobre el riesgo que supone para un bebé ingerir sustancias radiactivas por conducto de la lactancia.

La exposición a los productos químicos tóxicos, a los agentes biológicos, a los metales pesados y a las radiaciones ionizantes constituye una fuente de profunda preocupación para las trabajadoras en edad de procrear, pues se han visto envueltas en un creciente número de casos de aborto espontáneo, nacimientos prematuros, malformaciones fetales y cáncer infantil. Los efectos mutagénicos, teratogénicos, carcinogénicos y embriotóxicos de tales sustancias ocurren en distintos estadios del embarazo y, en determinados casos, las exposiciones anteriores al embarazo de uno de los padres pueden estar implicadas en los resultados negativos.

3.3.2. Descanso retribuido por embarazo

Las normas de protección están dirigidas no solamente a resguardar a la mujer, sino a sus hijos: “en ninguna ocasión es más digna de una prestación especial, que cuando se halla próxima a ser madre. El estado de gravidez y los problemas que crea la maternidad es uno de los aspectos fundamentales de ésta protección de la mujer trabajadora. La mujer antes de todo es madre. Es su función suprema.”⁴²

El laboralista guatemalteco Fernández Molina indica: “Desde su inicio la mujer mereció una atención especial de quién observa el desarrollo del fenómeno laboral. Deferencia que, como es lógico, se generó debido a las diferencias biológicas y

⁴² Caldera, Rafael, **Derecho del trabajo**, pág. 568.

psíquicas propias de cada género. Sin embargo, la tendencia actual de disminuir esa diferencia, al menos en cuanto a sus aspectos legales. Las primeras regulaciones laborales en general, se emitieron en el siglo pasado, tutelando a las mujeres y a los menores de edad. Se les dispensaba un trato especial en atención a su delicadeza y respetabilidad y por su menor fortaleza física. De esa época y a lo largo del desarrollo de esta disciplina, se han ido revaluando estas apreciaciones, reduciendo las brechas, prohibiendo las discriminaciones y si hoy se mantiene un estatuto especial, es fundamentalmente por su excelsa misión de la maternidad.”⁴³

Dentro del estatuto especial que regula la labor de la madre trabajadora podemos señalar algunos puntos específicos como:

- **Período pre y posnatal:** la atención especial en cuanto a labores durante el estado de embarazo, que comprende los períodos prenatal, posnatal y lactancia.
- **Goza de inamovilidad:** imposibilidad jurídica de despedir a la trabajadora cuando se encuentra comprendida dentro de los períodos de maternidad citados.⁴⁴

Respecto de las diferencias biológicas entre el trabajador y la trabajadora, el laboralista mexicano Barajas Montes de Oca manifiesta: “Se puede aceptar entonces que el embarazo, la maternidad y el parto han marcado las diferencias en el trato jurídico: el embarazo, porque resulta indudable que durante el tiempo de gestación el esfuerzo físico que haga la mujer debe ser mínimo, para no afectar el desarrollo del futuro ser; la maternidad, por la serie de cambios que ocurren en el estado de salud de la mujer embarazada, lo cual exige un cuidado especial y la observancia de una determinada conducta personal, aun cuando se posea la fuerza física y la voluntad de continuar normalmente contadas las actividades cotidianas; el parto, porque las etapas

⁴³ Fernández, **Ob. Cit**; págs. 160 y 161.

⁴⁴ **Ibíd**, pág. 161.

anterior y posterior al nacimiento obligan a disminuir el quehacer habitual. Sea éste o no producto de un trabajo que la mujer deba de realizar.”⁴⁵

Nadie puede negar los imperativos fisiológicos del embarazo y el parto. Por lo tanto, para proteger la salud de las trabajadoras y de sus hijos, es necesario que la mujer tenga derecho a un período de descanso al nacer su hijo, con garantías de reincorporación a su empleo tras esa interrupción de su actividad, así como de disponer de los recursos de manutención que le permitan hacer frente a sus gastos y a los de su familia; ésta es la esencia misma de cualquier disposición encaminada a conciliar la función de procreación de la mujer con una actividad profesional. Ese derecho está expresamente reconocido en el Convenio núm. 103, en su Artículo 3; y su importancia queda subrayada por la ausencia de condiciones en relación con el período de servicio para acceder a él. La única exigencia que se formula en el Convenio núm. 103, al igual que antes en el Convenio núm. 3, es la presentación de un certificado médico en el que se indique la fecha prevista para el parto. “La obligación de informar al empleador es también la única condición que contempla la Directiva 92/85 del Consejo de la Unión Europea, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia después de haberse reintegrado al trabajo, para que la trabajadora pueda ejercer su derecho a una licencia de maternidad sin correr el riesgo de perder su empleo, y pueda gozar además de las demás medidas de protección que se prevén.”⁴⁶

En este capítulo se examina la licencia de maternidad así definida, es decir, la licencia que tiene por finalidad proteger la salud de la mujer empleada en virtud de una relación de trabajo y la de su hijo durante el período inmediatamente anterior o posterior al nacimiento del niño. Los otros tipos de licencia están relacionados con el nacimiento

⁴⁵ Barajas, **Ob. Cit**; pág. 70.

⁴⁶ Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a “**la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia**”, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, vol. 35, núm. L.348, de 28 de noviembre de 1992, págs. 1 a 7. En el artículo 2 de la directiva se define a la trabajadora embarazada como sigue: “cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales.

o la llegada al hogar de un niño, natural o adoptivo, que tienen por objeto la educación de un hijo y la conciliación de las responsabilidades familiares con la prosecución de una actividad profesional remunerada. No obstante, resulta difícil en algunos casos establecer una línea divisoria entre esos tipos de licencia y la licencia de maternidad. Esa línea tiende a veces a ser difusa, sobre todo cuando la licencia parental no se añade a la licencia de maternidad pero puede sustituirla.

Cabe destacar que se han hecho importantes progresos en relación con el reconocimiento de que la trabajadora necesita una licencia cuando va a nacer su hijo. En los Estados Unidos el derecho a la licencia de maternidad dependía antes de los acuerdos concluidos en la empresa y de las leyes o reglamentos adoptados en ciertos Estados, pero actualmente el derecho a una licencia no remunerada de 12 semanas de duración por razones familiares o médicas, con garantías de reincorporación, está reconocido a nivel federal desde 1993 en virtud de la ley sobre la licencia familiar y médica. La maternidad, al igual que la salud y las responsabilidades familiares, se incluye expresamente entre los motivos por los cuales se puede tomar ese tipo de licencia. “En Suiza la protección de la maternidad figura en la Constitución, y está reglamentada por diferentes textos legales no coordinados. A finales de junio de 1997, se aprobó un nuevo proyecto de ley sobre el seguro de maternidad que prevé introducir una licencia remunerada de maternidad de 14 semanas de duración.”⁴⁷ Hasta ahora, sólo se contemplaba un período de prohibición del empleo de la mujer y una obligación limitada de seguir pagando el salario durante dicho período.

Un gran número de legislaciones se limitan a vincular la concesión de la licencia de maternidad a la presentación de un certificado médico, de conformidad con el Convenio núm. 103. Tal es el caso, por ejemplo, en Bahrein, Bélgica, Botswana, Colombia, Fiji, Francia, Guatemala, Haití, Honduras, Iraq, Islandia, Islas Salomón, Italia, Líbano, Luxemburgo, Paraguay, Portugal y en la República Árabe Siria.

⁴⁷ Oficina Federal de Seguros Sociales (OFAS), «**Assurance maternité: Message**, documentación relativa a la decisión del Consejo Federal de 25 de junio de 1997 (30 de junio 1997),» <http://www.ilo.org/public/spanish/index.htm> (10 de marzo de 2006).

Huelga decir que la obligación de informar al empleador no significa que no sea necesario cumplir otras formalidades, de carácter legal o práctico, para tener derecho a la licencia de maternidad. Esas formalidades tienen por objeto principal permitir que el empleador tome las disposiciones necesarias en vista de la futura ausencia de la trabajadora embarazada para evitar o limitar cualquier disfunción en las actividades de la empresa: contratar una persona para que la reemplace o distribuir el trabajo entre los otros empleados. Los procedimientos que deben seguirse para la notificación, ya sea porque ésta incumbe directamente a la trabajadora o porque se concrete o formalice mediante un certificado expedido por un médico u otra autoridad médica competente, son más o menos estrictos, según los casos. En Alemania, por ejemplo, se debe comunicar lo antes posible al empleador tanto el embarazo como la fecha presunta del parto. En Australia, la legislación federal relativa a la licencia de maternidad y a la licencia parental dispone que la mujer comunique al empleador su embarazo y su intención de tomar licencia con diez semanas de antelación por lo menos, y que debe presentar su solicitud de licencia cuatro semanas antes, por lo menos, e indicar en la solicitud la fecha de comienzo y la fecha de terminación de la licencia. En Austria, la mujer embarazada debe informar a su empleador sobre su embarazo y la fecha prevista del parto tan pronto como tenga conocimiento de su estado; también tiene que señalar, con cuatro semanas de antelación, la fecha inicial de la licencia prenatal.

“En Irlanda y en el Reino Unido, la notificación es objeto de un procedimiento bastante estricto, cuyo incumplimiento puede incluso privar a la mujer de la protección de los tribunales en caso de conflicto. No obstante, en un fallo pronunciado hace poco en Irlanda se reconoció que, en caso de no haber instrucciones del empleador con respecto a las disposiciones relativas a la maternidad, no se puede alegar contra la trabajadora la inobservancia del procedimiento debido.”⁴⁸ La falta de información no tiene tampoco necesariamente consecuencias legales en países como Francia, donde la mujer está protegida por el hecho en sí de estar embarazada y de que su empleador tenga conocimiento de su estado, sea cual sea el medio por el cual haya sido

⁴⁸ Caso Gray contra Smith (núm. 03216/95) «**Equal opportunities review**,» <http://www.ilo.org/public/spanish/index.htm> (10 de marzo de 2006).

informado. Lo mismo ocurre en Dinamarca, Italia y Grecia. “En Finlandia, para poder gozar de todos los derechos inherentes a la protección la trabajadora sólo tiene obligación de informar a su empleador en el caso de que quiera tomar su licencia más de 30 días antes de la fecha presunta del parto.”⁴⁹

Sin embargo, en algunos países el disfrute de la licencia está sujeto a condiciones o limitaciones que no están previstas en el Convenio 103. Puede ocurrir, por ejemplo, que se tenga o no derecho en función del número de hijos o de la frecuencia de los nacimientos, o incluso de ambos factores, así como del período de servicio o de las horas de trabajo. Puede haber otras restricciones derivadas de los límites fijados para poder aplicar la reglamentación a las empresas de determinado tamaño, tal como puede verse en el capítulo anterior.

En Guatemala una de las normas fundamentales y protectoras de la mujer embarazada aduce que con la simple presentación del certificado médico en el que conste su estado y que señale que el parto se va a producir probablemente dentro de cinco semanas, goza de un descanso retribuido con el cien por ciento de su salario durante los 30 días que precedan al parto y los 54 días siguientes. Los días que no puedan disfrutarse antes del parto se le acumularán para ser disfrutados en la etapa de posparto, de tal manera que la madre trabajadora goce de 84 días efectivos de descanso durante ese período. A la vez, durante ese tiempo no podrá ser despedida, según lo regulado en los artículos 151 inciso d) y 152 primer párrafo reformado por el Artículo 12 del Decreto 64-92 del Congreso de la República, del Código de Trabajo de Guatemala, norma ordinaria que supera a lo regulado en el Artículo 102 inciso k), de la Constitución Política de la República de Guatemala.

El Convenio 103 Sobre la Protección de la Maternidad, de la Organización Internacional del Trabajo, específicamente en su Artículo 3 regula: *que toda mujer a la*

⁴⁹ S. Prechal y L. Senden, «**Mise en application de la Directive 92/85 (travailleuses enceintes): Rapport spécial 1995 du Réseau des experts concernant la mise en oeuvre des directives égalité**», documento núm. V/1717/96-FR (Bruselas, Comisión Europea, octubre de 1996),» [http:// www.ilo.org/public/spanish/index.htm](http://www.ilo.org/public/spanish/index.htm) (10 de marzo de 2006).

que se aplique el presente convenio tendrá derecho, mediante presentación de un certificado médico en que se indique la fecha presunta del parto, a un descanso de maternidad. La duración de este descanso será de doce semanas por lo menos; una parte de este descanso será tomada obligatoriamente después del parto. La duración del descanso tomado obligatoriamente después del parto será fijada por la legislación nacional, pero en ningún caso será inferior a seis semanas. El resto del período total de descanso podrá ser tomado, de conformidad con lo que establezca la legislación nacional, antes de la fecha presunta del parto, después de la fecha en que expire el descanso obligatorio, o una parte antes de la primera de estas fechas y otra parte después de la segunda. Cuando el parto sobrevenga después de la fecha presunta, el descanso tomado anteriormente será siempre prolongado hasta la fecha verdadera del parto, y la duración del descanso puerperal obligatorio no deberá ser reducida. En caso de enfermedad que, de acuerdo con un certificado médico, sea consecuencia del embarazo, la legislación nacional deberá prever un descanso prenatal suplementario cuya duración máxima podrá ser fijada por la autoridad competente. En caso de enfermedad que, de acuerdo con un certificado médico, sea consecuencia del parto, la mujer tendrá derecho a una prolongación del descanso puerperal cuya duración máxima podrá ser fijada por la autoridad competente.

Debido a la debilidad fisiológica que presenta la mujer se han prohibido ciertas clases de trabajos especialmente en labores peligrosas e insalubres capaces de actuar sobre la vida y la salud física y mental de la mujer que a la larga compromete el fruto de la maternidad futura. El profesor Mario de la Cueva expresa que “las normas para el trabajo de las mujeres no son disposiciones restrictivas de la libertad y de la igualdad de derechos y obligaciones, sino principios que se proponen cuidar la más noble de las funciones humanas, la salud y la vida plena de los niños del mañana.”⁵⁰

“La prolongación de la licencia de maternidad comprobada por la Comisión de

⁵⁰ De la Cueva, **Ob. Cit**; pág. 424.

Expertos en Aplicación de convenios y Recomendaciones desde 1965.”⁵¹ Y posteriormente por el Consejo de Administración en 1982, ha proseguido hasta ahora. Así, en 1995, la duración legal de la licencia pasó de 14 a 15 semanas en Bélgica, y de 90 días a 14 semanas en Portugal. “En Mozambique, el Comité Consultivo del Trabajo examinó recientemente la posibilidad de aumentar la licencia de maternidad de 60 a 90 días.”⁵² Las políticas que se han aplicado en diferentes países durante los últimos quince años con miras a mejorar la protección de la maternidad han tendido de manera evidente a prolongar la licencia de maternidad. Actualmente, parece poco probable que esa tendencia persista, salvo en situaciones y casos particulares que justifiquen la prolongación de la licencia de maternidad (o básica). Esto se explica por dos grandes razones estrechamente relacionadas entre sí.

La primera de ellas es consecuencia directa del objetivo reconocido tanto a nivel internacional como nacional de lograr una verdadera igualdad entre el hombre y la mujer en materia de oportunidades en el trabajo y en la sociedad. Esto es muy importante dado que la proporción de mujeres en edad de procrear en el total de la población activa asalariada alcanza niveles elevados en muchos países, en particular, aunque no exclusivamente, en los países industrializados. “Esta proporción no ha dejado de aumentar en el transcurso de los últimos decenios. En Francia, más de la mitad de las madres de los niños nacidos en 1977 eran asalariadas en actividad (380.000 en un total de 750.000).”⁵³ En Suiza, se calcula que de los 81.000 nacimientos registrados por año, 54.000 corresponden a madres que ejercen una actividad lucrativa. En 1993, en todos los países miembros de la Unión Europea, excepto Dinamarca (Alemania, Bélgica, España, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal y Reino Unido), el empleo de las mujeres con hijos de menos de diez años de

⁵¹ Organización Internacional del Trabajo, **La protección de la maternidad (Informe de la Comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones, Informe III (Parte IV))**, Conferencia Internacional del Trabajo, 49a., reunión, Ginebra, 1965, págs. 199 a 317.

⁵² Organización Internacional del Trabajo «**Africa News**, 28 de julio de 1997,» <http://www.ilo.org/public/spanish/index.htm> (10 de marzo de 2006).

⁵³ Cabanes, P., «**Maternité et travail**, informe presentado al Ministerio de Trabajo y de Participación y al Secretario de Estado encargado del empleo femenino (París, abril de 1979), » <http://www.ilo.org/public/spanish/index.htm> (10 de marzo de 2006).

edad había aumentado desde 1985 a un ritmo más acelerado que el del empleo femenino en su conjunto. Esas cifras explican por qué las empresas y las autoridades de los países preocupados por el envejecimiento de su población se interesan cada vez más por las distintas formas de conciliar las responsabilidades laborales y las responsabilidades familiares resultantes de la maternidad. Esto permite ver con una óptica particular la necesidad ampliamente reconocida de aplicar medidas que tengan en cuenta la función biológica de la mujer en la procreación, a fin de que dicha función no sea una causa de discriminación en su contra en materia de empleo.

No obstante, hay que evitar que esta diferencia biológica irremediable entre el hombre y la mujer, en la cual reside el fundamento de la licencia de maternidad y de las medidas correlativas de protección del empleo de la mujer embarazada y de la que acaba de tener un hijo, no dé lugar a la adopción de medidas de protección excesivas que puedan llegar a ser contraproducentes para la mujer.

“Ese riesgo es mayor cuando la licencia de maternidad es muy prolongada, pues los problemas de organización del trabajo que plantea la ausencia de un trabajador se complican aún más en el caso de las pequeñas empresas en que hay una gran proporción de mujeres en el personal. Hay que defender la función biológica de la mujer en la procreación, pero hay que evitar también los efectos negativos de una sobreprotección.”⁵⁴ Por ello, es importante distinguir las exigencias fisiológicas de esa función biológica, que sólo afectan un período reducido de la actividad profesional de la mujer, de la educación de los hijos y los cuidados que requieren, ya que esas responsabilidades se pueden compartir entre el hombre y la mujer. La licencia parental tiene por objeto responder precisamente a esta preocupación.

La segunda razón está relacionada con las posibilidades de tener acceso a servicios de guardería. La licencia de maternidad no puede evidentemente reemplazar estos servicios. Conviene evitar que la prolongación de la licencia de maternidad más

⁵⁴ Ch. Paoli, **Las trabajadoras y la maternidad**, págs. 46 a 47.

allá de límites razonables para hacer frente a los problemas inherentes al cuidado de los hijos comprometa las oportunidades de la mujer de reintegrarse a la vida activa una vez terminada su licencia y de participar efectivamente en la vida de la empresa y en la actividad económica.

3.3.3. Período de lactancia

La promoción de la lactancia materna se ha convertido ya en parte de una política de salud nacional e internacional por imperiosas razones médicas. La lactancia exclusivamente materna puede contribuir mucho a reducir la incidencia, gravedad y duración de las enfermedades más comunes entre los recién nacidos, especialmente las infecciones de las vías respiratorias superiores, las infecciones gastrointestinales y las otitis medias. “Las autoridades médicas reconocen actualmente que la lactancia materna, inmediatamente desde el nacimiento y siguiendo en forma exclusiva de cuatro a seis meses, es la mejor manera de asegurar un desarrollo completo y saludable del niño.”⁵⁵ La leche materna constituye un alimento completo y bien equilibrado, y tiene los anticuerpos y las propiedades antibióticas que brindan la principal protección inmunológica contra las infecciones.

“También se reconocen cada vez más los beneficios de la lactancia para las propias madres. Entre las ventajas más inmediatas, está la reducción de las hemorragias puerperales y la recuperación rápida del peso normal. A plazo medio, la lactancia materna exclusiva tiene como consecuencia una reducción temporal de la fertilidad, lo que contribuye a espaciar los embarazos. A largo plazo, durante toda la vida hay menos peligro de cáncer de mama y de ovario para las mujeres que han amamantado a sus hijos.”⁵⁶

⁵⁵ La Organización Mundial de la Salud recomienda que los niños se alimenten exclusivamente con leche materna desde su nacimiento hasta una edad de cuatro a seis meses; es decir, que durante ese período no reciban más alimentos que la leche materna, ni líquidos ni sólidos, y ni siquiera agua.

⁵⁶ P. van Esterik y L. Menon, **Being mother-friendly: A practical guide for working women and breastfeeding**, págs. 10 a 12.

Todas estas ventajas, ya de por sí importantes, tienen además repercusiones económicas a nivel de empresa y de presupuesto familiar cuando la lactancia materna está apoyada por las correspondientes políticas y prácticas de los servicios públicos de salud y por unos empleadores dispuestos a adaptarse a las necesidades de las madres lactantes y de las mujeres que decidan hacer compatible su vuelta al trabajo con la crianza de sus hijos.

Las repercusiones económicas se dejan sentir sobre todo en una reducción de la demanda de servicios curativos en el caso de las madres y de los niños, así como en el aumento de productividad que se deriva de una fuerza de trabajo saludable. Todos ellos son factores importantes, pues las mujeres que están en edad de procrear constituyen el sector de la fuerza de trabajo que crece con mayor rapidez en muchos países. En los últimos años, la atención se ha centrado también en los costos económicos que supone la importación de sucedáneos artificiales de leche para niños. En algunos países se han introducido unas políticas nacionales de lactancia, tanto para recoger los beneficios de la lactancia materna como para reducir los gastos que actualmente supone la importación del extranjero de sucedáneos artificiales de leche materna.

En las empresas que han introducido unas políticas y prácticas comprensivas para las madres, los beneficios económicos se traducen sobre todo en una reducción de los costos de los seguros de salud. “Los resultados de la investigación interna realizada por la Kaiser Permanente, una importante organización de seguros de salud en los Estados Unidos, ponían de manifiesto que las políticas de apoyo a la lactancia materna en el lugar de trabajo no sólo mejorarían a largo plazo la salud de los niños y de las madres interesadas, sino que también reducirían de manera importante los costos de salud al disminuir las necesidades de consulta médica, de prescripción de medicinas y de hospitalización de los niños en su primer año de vida.”⁵⁷

⁵⁷ Organización Internacional del Trabajo «**Costs of NOT breastfeeding: Kaiser Permanente Study,**» [http:// www.ilo.org/public/spanish/index.htm](http://www.ilo.org/public/spanish/index.htm) (10 de marzo de 2006).

Muchas madres optan por destetar a sus hijos antes de reemprender el trabajo a tiempo completo. Pero hay otras que prolongan la lactancia durante algunos meses después de su reincorporación. Estas empleadas pueden requerir una consideración especial de sus empleadores respecto a la adaptación del tiempo de trabajo y a las facilidades de lactancia, todo lo cual puede ir más allá de los requisitos mínimos de la ley. Los programas de lactancia de las empresas, que brindan consejos prenatales y apoyo a la lactancia en el lugar de trabajo, se consideran cada vez más como una inversión interesante en función de su costo, que sirve para incrementar la motivación de las empleadas, reducir al mínimo el absentismo y el movimiento de personal. Además, estos programas son considerados por muchas empleadas como favorables a sus esfuerzos por equilibrar sus responsabilidades profesionales y familiares. Argentina, Brasil y Guatemala están entre los países que permiten que el período de lactancia se extienda por recomendación de un médico.

Manuel Ossorio define la lactancia como: “el lapso durante el cual los recién nacidos se alimentan con leche materna, o algún sustituto, determina, para las madres trabajadoras, una franquicia horaria para cumplir con esa vital función maternal. Esa rebaja de la jornada se efectúa sin afectar al salario, y suele durar un año o dos, según las legislaciones.”⁵⁸

El tratadista Fernández Molina hace alusión a la lactancia como “la institución que se refiere a la sublime misión de la madre de lactar a su criatura. En vista de la poca aplicabilidad de la norma legal que presupone que la trabajadora lleve al niño al centro de trabajo se ha ido implementando una costumbre que sustituye la obligación de alimentar varios minutos a lo largo del día laboral, por la concesión de un período de una hora a favor de la trabajadora, ya sea que entre una hora después a laborar o que se retire una hora antes. Se supone que ese período es en beneficio del infante.”⁵⁹

⁵⁸ Ossorio, **Ob. Cit**; pág. 415.

⁵⁹ Fernández, **Ob. Cit**; pág. 164.

El período de lactancia se establece para que la mujer trabajadora reintegrada a sus ocupaciones pueda amamantar a su hijo relacionado con la alimentación de los primeros meses de vida del niño; norma contemplada en el Convenio 103 Sobre la Protección de la Maternidad de la Organización Internacional del Trabajo ratificado por Guatemala, en su Artículo 5 numerales 1 y 2, que regulan: *si la mujer lacta a su hijo, estará autorizada a interrumpir su trabajo para este fin durante uno o varios períodos cuya duración será determinada por la legislación nacional. Las interrupciones de trabajo, a los efectos de la lactancia, deberán contarse como horas de trabajo y remunerarse como tales en los casos en que la cuestión esté regida por la legislación nacional o de conformidad con ella; en los casos en que la cuestión esté regida por contratos colectivos, las condiciones deberán reglamentarse por el contrato colectivo correspondiente.*

El Artículo 153 del Código de Trabajo, reformado por el Artículo 13 del Decreto 64-92 del Congreso de la República, contempla el período de lactancia en cuanto regula: *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 y entrar una hora después del inicio de la jornada o salir una hora antes de que ésta finalice, con el objeto de alimentar a su menor hijo o hija. Dicha hora será remunerada y el incumplimiento dará lugar a la sanción correspondiente para el empleador. El período de lactancia se debe computar a partir del día en que la madre retorne a sus labores y hasta diez (10) meses después, salvo que por prescripción médica éste deba prolongarse.*

A la vez el Artículo 155 del mismo cuerpo legal es ejemplo de inaplicabilidad y desubicación de normas laborales, regulando que todo empleador que tenga a su servicio más de treinta trabajadoras *queda obligado* a condicionar un local a propósito para que las madres alimenten sin peligro a sus hijos menores de tres años y para que puedan dejarlos allí durante las horas de trabajo. Adicionalmente el empleador debe contar con una persona que cuide a los infantes en este lugar. A este local se le

denomina comúnmente casa cuna y debe contar con el visto bueno de la Inspección General de Trabajo. El espíritu de la disposición es loable, sin embargo, es poco práctico; en primer lugar, resulta poco práctico que, con las graves limitaciones de transporte de una ciudad como la Capital, se transporte a la trabajadora con sus criaturas, siendo además inadmisibles que lleve a un recién nacido y deje a los otros hijos menores. Prácticamente en ningún lugar de trabajo existe un local acondicionado con las estipulaciones e intención del citado precepto, circunstancia que debe ser del conocimiento tanto de los inspectores laborales como de los empleadores. Conviene, pues, una revisión y readecuación de normas como la comentada.

De la misma forma se debe tomar en cuenta lo que establece el Reglamento para el Goce del Período de Lactancia que ofrece mayores ventajas a la madre en cuanto a lo regulado en su Artículo 3, que contempla que: *El período de lactancia podrá ampliarse por prescripción médica, pero en ningún caso podrá exceder de doce meses después del parto.*

Por desgracia, muchos lugares de trabajo siguen adoleciendo de falta de limpieza y de unos servicios seguros y bien mantenidos para dar el pecho o extraer la leche. Como resultado de ello, las madres que lactan pueden verse forzadas a escoger entre destetar a sus hijos antes de lo que es recomendable o utilizar locales insalubres en el lugar de trabajo, como los servicios sanitarios o los vestuarios. Ambas opciones suscitan justificadas preocupaciones de salud. Además, si las instalaciones para la lactancia no están bien situadas y claramente indicadas, las madres que amamantan podrían sufrir por falta de discreción (y aun de seguridad) ante intrusos no deseados. El equipo físico que se necesita para dotar una sala de lactancia es muy sencillo. Basta con mesas, sillas, agua corriente limpia, electricidad y, en el mejor de los casos, una nevera para guardar la leche extraída. No obstante, muchos lugares de trabajo siguen sin ofrecer ninguna de estas instalaciones.

Las interrupciones especiales para las madres lactantes están bien establecidas en la legislación a nivel mundial, con más de 80 países que aluden explícitamente a

ellas. Cerca de la mitad de los países que contemplan interrupciones a efectos de lactancia dicen expresamente que estas interrupciones se consideran aparte de los períodos de descanso normal. La ley suele declarar que las interrupciones por lactancia se consideran tiempo de trabajo y por lo tanto están remuneradas, aunque en algunos países esto no se especifica. Por ejemplo, en Japón la ley requiere que la remuneración sea regulada por negociación colectiva.

La gran mayoría de los países que conceden interrupciones a efectos de lactancia contemplan una hora de lactancia al día, que suele estar dividida en dos períodos de 30 minutos, aunque en algunos las trabajadoras pueden optar por interrupciones más frecuentes y cortas. Por ejemplo, en Haití las mujeres pueden optar por dos interrupciones de 30 minutos o de 15 minutos cada tres horas. En algunos países no se dan orientaciones sobre la duración de estas interrupciones, mientras que en otros (como Indonesia y Suiza) la ley se limita a contemplar la concesión *del tiempo libre que se necesite*. En Colombia, el empleador está obligado a conceder más de los dos períodos reglamentarios de 30 minutos al día si la trabajadora presenta un certificado médico que explique las razones por las que necesita más interrupciones. En China, una madre lactante puede tener 30 minutos más al día por cada niño, en caso de alumbramientos múltiples.

La duración de las interrupciones por lactancia puede ampliarse en caso de que el empleador no disponga de guardería infantil en el lugar de trabajo. Por ejemplo, en los Países Bajos se conceden dos interrupciones de 45 minutos si en el establecimiento hay salas especiales, pero si la madre tiene que volver a casa para amamantar tiene derecho a la cuarta parte de su tiempo habitual de trabajo. En Italia y en Venezuela, la disposición reglamentaria de dos interrupciones de 30 minutos se amplía hasta dos interrupciones de una hora cada una si no hay guardería en el lugar de trabajo. En ciertos países, las interrupciones por lactancia pueden convertirse en una reducción del tiempo de trabajo que permita llegar más tarde o salir antes. En la práctica, los empleadores suelen estar de acuerdo en que el tiempo de las interrupciones por lactancia se agrupe de modo que las madres puedan entrar antes o salir más tarde,

como se contempla legalmente en Estonia, Noruega y Rumania.

El término *interrupciones para lactancia* parece sugerir que este tiempo libre se concede a las mujeres que dan el pecho, pero en determinados países las madres que dan el biberón también pueden tener derecho a ellos. Por ejemplo, en la República Democrática Popular de Laos, las interrupciones a efectos de lactancia son para que las mujeres *crien o cuiden* a su hijo. Los padres pueden también tener derecho a interrupciones para la lactancia de los hijos en determinados casos, como ocurre en Italia, donde pueden disponer de las correspondientes interrupciones si la madre muere o padece una enfermedad grave. En España, tanto las madres como los padres tienen el mismo derecho a tomarse interrupciones para la lactancia de los hijos.

La implementación de estos beneficios no ofrece mayores contratiempos, en tanto se continúe con la relación laboral. El problema se presenta cuando se termina la relación de trabajo con una mujer en período de lactancia o embarazo, por decisión patronal. Aquí no puede hablarse de despido por cuanto éste no es procedente durante estos períodos por el beneficio de la inamovilidad. En estos casos, el empleador debe pagar el equivalente a las trescientas horas de lactancia en adición a otros pagos. Esto es el producto de una hora diaria por diez meses, es decir, treinta horas al mes, por diez meses.

3.3.4. Estabilidad relativa

Garantizar a las mujeres embarazadas y a las madres jóvenes que no van a perder su empleo por embarazo, por ausencia del trabajo durante el descanso de maternidad o por parto, es un elemento esencial de la protección de la maternidad. Esta garantía es inseparable de su derecho a una licencia de maternidad y a unas prestaciones en dinero que garanticen su manutención durante este período. Constituye además un requisito para evitar que la maternidad se convierta en fuente de discriminación para las mujeres en materia de empleo. A este efecto, es importante que

la ausencia de la mujer durante el descanso de maternidad no tenga consecuencias negativas al reanudar sus actividades profesionales tras este descanso, ni menoscabe los derechos concomitantes al contrato de trabajo, especialmente los que están relacionados con la antigüedad en la empresa, como las vacaciones pagadas anuales, o con la duración de la actividad profesional, como por ejemplo la jubilación.

La estabilidad es entendida como “el derecho que todo trabajador por cuenta ajena tiene a conservar su empleo, con la correlativa obligación patronal de mantenerle en el mismo, salvo que aquél hubiese incurrido en causa justificada de despido legalmente determinada. La estabilidad se llama *propia*, cuando el empleador se encuentra privado de toda posibilidad de romper el contrato laboral por su sola y arbitraria voluntad; y se denomina *impropia*, cuando el empleador puede despedir injustificadamente al empleado substituyendo la estabilidad por la indemnización que la ley establezca para ese supuesto. Generalmente, la estabilidad propia afecta por lo menos teóricamente a los empleados públicos; y la estabilidad impropia, a los de actividades privadas.”⁶⁰

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

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

⁶⁰ Ossorio, **Ob. Cit**; pág. 293.

empleador, quedando desde ese momento provisionalmente protegida y dentro de los dos meses siguientes deberá aportar certificación médica de su estado de embarazo para su protección definitiva. Esta disposición es claramente de tipo formal y en algunos tribunales se considera un requisito de validez para la procedencia de la *inamovilidad*. En otras palabras, si no da ese aviso o no presenta la certificación, entonces no goza de dicha inamovilidad. Para otros el mero hecho de estar embarazada es suficiente y esos requisitos son exigencias meramente formales que corresponden más al campo del derecho civil y no del tutelar del derecho laboral.

Sin embargo, ni el Convenio 103 ni la Recomendación 95 (que se circunscriben estrictamente a la protección de la mujer ya empleada) contemplan el caso de la mujer en busca de empleo, que es el caso más complejo en relación con la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres. Es también el caso más delicado, porque la maternidad y las responsabilidades familiares que de ella se derivan siguen influyendo mucho en la imagen que se tiene de la mujer en el trabajo, y los empleadores pueden tener en cuenta estos factores a la hora de seleccionar a los candidatos para un puesto de trabajo. Se plantea entonces una cuestión de gran importancia: ¿cómo conseguir que los empleadores no excluyan a las candidatas en edad de procrear, que asumen la mayor parte de las responsabilidades familiares, cuando su posible ausencia del trabajo durante el descanso de maternidad (o durante el período aún más largo de la licencia parental) va a obligarles a realizar un esfuerzo de organización o a pagar una prestación personal en dinero durante esta ausencia? La cuestión es tanto más delicada cuanto que entra en el terreno de lo privado, cuya protección y conciliación con las exigencias profesionales no se ha considerado verdaderamente hasta hace relativamente poco tiempo. Sin embargo, los legisladores e interlocutores sociales de los diferentes países no han dejado de señalar la importancia de estas cuestiones. En 1997, la Organización Internacional del Trabajo adoptó y publicó un Repertorio de recomendaciones prácticas sobre la protección de los datos personales de los trabajadores, en el que se precisa que el tratamiento de datos personales no debería conducir a una discriminación ilícita en materia de empleo u ocupación, cuestión que se trata también en el Convenio 111. Leído junto con este

convenio (que desempeña un papel preponderante para el fomento de la igualdad y que tiene por objeto garantizar el derecho a un examen equitativo de todas las candidaturas a un empleo, sin discriminación por razones de sexo, estado civil, situación familiar, embarazo o parto), el Repertorio subraya la discriminación que resultaría –por ejemplo– de unas medidas que tuviesen por objeto detectar un posible embarazo en el momento de la contratación.

Es obvio que la inamovilidad se otorga como un beneficio laboral, porque en el fondo lo que se protege es el puesto de trabajo, o sea que la trabajadora no sea despedida por su estado de gravidez. En muchas actividades incide el hecho de que la trabajadora esté embarazada, ya sea porque limita su actividad, lamentablemente también por presentación o por meras disposiciones administrativas, además por el hecho de la interrupción de los períodos prenatal y postnatal y el pago de ese tiempo con la suspensión individual parcial, cuando no se cuenta con la cobertura del Seguro Social. Básicamente por esas razones es que muchos empleadores preferirían prescindir de la trabajadora embarazada y en ese sentido hasta pasan por alto las regulaciones laborales y sin muchos trámites despiden a la trabajadora inmediatamente al tener noticias de su estado.

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

3.3.4.1. Puede ser motivo de despido

El Código de Trabajo de Guatemala señala que no se puede despedir por razón de embarazo. Ahora bien, ¿qué pasará en el caso de una trabajadora que efectivamente esté en tal estado, pero que por su actitud en el trabajo dé sobrados motivos para ser despedida, como por ejemplo ausencias, atrasos, desobediencia a instrucciones etc.? El hecho de su estado no debe implicar una inamovilidad absoluta; existe la protección de ser inamovible, pero en cuanto al embarazo como motivo del

despido. Debe, sin embargo, mantenerse la posibilidad al patrono de despedir por causal justificada, esto es, que si la trabajadora incurre en causal de despido, éste proceda sin limitación y sin derecho a indemnización a la trabajadora.

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

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

En muchos países, a esta prohibición de despedir durante la licencia de maternidad se añaden disposiciones que amplían la protección contra el despido más allá de este período, es decir, la protección se extiende al embarazo y a un determinado

período después de la reintegración al trabajo. Sin embargo, cabe señalar que la prohibición de despedir durante la licencia de maternidad, aun cuando sea absoluta, no garantiza a las mujeres sino una protección limitada: esta prohibición no las protege contra el despido durante el embarazo, ni cuando se reintegran al trabajo una vez finalizado el descanso de maternidad.

En el transcurso de los años, las legislaciones y prácticas nacionales han evolucionado en muchos países por efecto de la jurisprudencia, de manera que, además de garantizar la seguridad del empleo durante la licencia de maternidad, han establecido una protección más amplia que engloba el embarazo y el período puerperal. Con ello, el carácter de la protección ha cambiado también, de forma que ya no tiene un carácter tan absoluto, y se admite el despido por motivos que se consideren legítimos y que no estén relacionados con la maternidad, conforme a las disposiciones generales sobre la terminación de la relación de trabajo, como falta grave o incumplimiento grave por parte de la trabajadora de las obligaciones que se derivan del contrato de trabajo, cese de las actividades de la empresa, fuerza mayor, terminación normal del contrato de trabajo o fin de los trabajos para los que la mujer ha sido contratada.

Entre los países en los que se permite la terminación de la relación de trabajo por motivos que se consideran legítimos y que no estén relacionados con la maternidad, figuran Arabia Saudita, Austria, Belarús, China, República de Corea, Ecuador, El Salvador, Francia, Hungría, Indonesia, Italia, Liechtenstein, Madagascar, Malasia, Malta, Mozambique, Namibia, Nueva Zelanda, Pakistán, Panamá, Países Bajos, Rumania, Federación de Rusia, Singapur, Suecia, Swazilandia, República Árabe Siria, Venezuela y Vietnam. Así pues, actualmente en muchos países rige el principio, formulado de muy diversas formas, de que la mujer embarazada, ausente del trabajo por licencia de maternidad o que ya se ha reintegrado a su trabajo al término de esta última, sólo puede ser despedida por un motivo justificado, que no esté en relación con su estado, su ausencia por maternidad, el período de lactancia o porque sea una madre joven. “Este mismo planteamiento figura en el Convenio núm. 158 sobre la terminación de la relación de trabajo, según el cual ni el embarazo, ni la ausencia del trabajo

durante la licencia de maternidad, ni las responsabilidades familiares constituyen causas justificadas para la terminación de una relación de trabajo.”⁶¹ Por su parte, la Directiva europea 92/85 solicita a los Estados Miembros de la Unión Europea que adopten las medidas oportunas para prohibir el despido de las trabajadoras durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado.

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

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

Es claro que el despido por simple voluntad del patrono, aun reconociendo el pago de indemnización, no es procedente, pues en todo caso se presumiría que es debido al estado de embarazo. Debe entonces contar con la debida autorización judicial.

⁶¹ Artículo 5 d) y e). La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones procedió en 1995 a un *Estudio general* sobre la aplicación de este Convenio y de la Recomendación complementaria núm. 166: *Protección contra el despido injustificado*, Informe III (Parte 4B), Conferencia Internacional del Trabajo, 82a., reunión, Ginebra, 1995.

En algunas legislaciones la ley protege contra despidos injustificados relacionados con la maternidad, disponiendo expresamente que la mujer no pueda ser despedida por una disminución de la productividad durante el embarazo. Esto es lo que ocurre en Grecia y Honduras.

Para terminar este apartado, podemos preguntarnos qué pasa cuando una mujer es despedida y cuál es el efecto de este despido si se produce por causa justificada (como la quiebra o cese de la empresa empleadora) o por falta grave de la trabajadora, poco antes o durante la licencia de maternidad. Parece que hay que distinguir dos situaciones: la de la mujer que reúne las condiciones necesarias para beneficiarse de las prestaciones de maternidad concedidas en virtud de un sistema de seguridad social o de un seguro médico y la que no reúne estas condiciones o no está cubierta por un sistema de este tipo, porque por alguna razón esté excluida de dicho sistema o porque no exista tal sistema y corresponda al empleador pagar la indemnización correspondiente al descanso de maternidad. En el primer caso, el despido no suele obligar al pago de indemnizaciones y la mujer podrá beneficiarse de éstas durante el período de descanso. En el segundo caso, su situación parece ser más precaria. Sin embargo, en algunos países está expresamente previsto el pago de una indemnización.

La ley protege a la mujer, le da tranquilidad en cuanto al hecho de que por estar en estado de embarazo no se le va a privar de su trabajo por ese motivo.

3.3.4.2. Indemnización o reinstalación

El origen de la reinstalación proviene de la contravención o vulneración de la garantía de estabilidad contenida en todos los contratos individuales de trabajo a favor de los trabajadores. Ahora bien, en el caso guatemalteco la garantía de estabilidad se encuentra respaldada únicamente por la imposición del empleador de pagar la indemnización por tiempo de servicio en el caso de ejecutar actos, que como el despido injustificado vulnera la garantía de estabilidad que hace indefinidos todos los contratos

de trabajo.

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

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

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

El derecho de la mujer a ocupar nuevamente su antiguo puesto de trabajo después de la licencia de maternidad emana normalmente de forma implícita de la propia licencia de maternidad, dado que la actividad se interrumpe de forma temporal de la misma forma que durante las vacaciones anuales, y éstas no están sujetas a disposiciones legales expresas. Sin embargo, este tipo de disposiciones figuran en la legislación de muchos países (Comores, Malí). En otros se enuncia el derecho de la mujer a recuperar su puesto anterior en la empresa. Este es el caso de Bolivia, Brasil, Colombia, Cuba, Dominica, Irlanda y Mongolia. En España y en México, la trabajadora conserva su puesto de trabajo durante un año después del parto. En Francia, el derecho de la mujer a ocupar nuevamente su antiguo puesto está expresamente garantizado cuando ésta ha tenido que ser transferida a otro puesto durante su embarazo. En Afganistán, Bahamas, Barbados, Finlandia, Luxemburgo, Malta y

Swazilandia, la mujer tiene derecho a ocupar nuevamente el puesto que tenía u otro equivalente. En Costa Rica, la reintegración supone volver a ocupar el puesto antiguo u otro que se adapte a las capacidades y a la competencia de la trabajadora, a reserva de que, en este último caso, la remuneración sea idéntica.

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

Si no existen disposiciones legales, estas formalidades se precisan a veces en los convenios colectivos. En Bahamas, un convenio colectivo aplicable a la hostelería y a la restauración prevé que el empleador debe ser informado de que la mujer tiene intención de volver a ocupar su antiguo puesto de trabajo en un plazo de seis semanas a partir de la fecha del parto; en ausencia de notificación, el empleador puede interpretar que la trabajadora no se propone volver a su antiguo puesto y éste puede dar por terminada la relación de trabajo. En algunos casos, entre los requisitos vinculados al ejercicio del derecho de ocupar nuevamente el trabajo se encuentra la presentación de un certificado médico que pruebe que la mujer está en condiciones de poder llevarlo a cabo. La reintegración después de una ausencia más larga, en particular, después de una licencia parental, está también a veces sujeta a un plazo más largo de notificación previa.

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

por determinadas excepciones que limitan el alcance práctico.

Se pone de relieve la evolución de la legislación y la práctica nacionales en la protección de las trabajadoras contra el despido, en relación con las normas que contempla el Convenio núm. 103. Se tiende a una protección más amplia, en la medida en que esta protección no sólo se limita al período de ausencia durante la licencia por maternidad, sino que se aplica también desde el embarazo, y se extiende al período de vuelta al trabajo que hay que conciliar con las responsabilidades familiares. Pero esta protección es también relativa, ya que se admite que, conforme a las normas aplicables a la protección contra el despido en general, la mujer puede ser despedida por motivos que no estén relacionados con la maternidad. Es en este punto donde surgen dificultades, ya que no es fácil asegurar que el despido no guarde ninguna relación con la función de la mujer en la procreación. Esta es una tarea que concierne a la vez a los empleadores, a las trabajadoras, a sus organizaciones representativas, al órgano legislativo y a la justicia de cada país.

Como mencionamos al principio del presente capítulo, aún es más importante velar para que la maternidad no constituya un obstáculo, desde el momento mismo de la contratación, para las mujeres que (en número creciente) deban o quieran conciliar la maternidad con el ejercicio de una actividad profesional. Es una responsabilidad que intentan asumir cada vez más los que se preocupan por que se ponga en práctica la igualdad entre hombres y mujeres en el trabajo y en la sociedad. Cada vez hay más países, especialmente los industrializados, que adoptan medidas encaminadas a luchar contra la discriminación en el momento de la contratación al prohibir todo procedimiento del empleador tendente a descubrir si la candidata está embarazada. Pero aún queda mucho por hacer para alcanzar este objetivo, y para que esta preocupación loable no perjudique indirectamente al empleo de las mujeres en edad de procrear.

CAPÍTULO IV

4. El Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo y sus consecuencias en el ámbito laboral para las mujeres y madres trabajadoras

4.1. Antecedentes

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) adoptó, el 30 de mayo del año 2000 en su 88a. reunión, el convenio sobre la protección a la maternidad (Convenio 183).

Dicho instrumento viene a revisar el convenio sobre la protección de la maternidad (Convenio 103 de 1952), con el 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 nacionales.

Además para su formulación toma en cuenta el contenido 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).

Lo más relevante de dicho convenio (C183) es que amplía a, por lo menos, catorce semanas la licencia que gozan las mujeres en casos de maternidad. Ello es

equivalente a un mínimo de noventa y ocho días.⁶²

En materia de legislación nacional, la Constitución Política de la República, en su Artículo 101 inciso k), indica que dicho período será de setenta y cinco días. Por su parte el Artículo 152 del Código de Trabajo supera dicho derecho y establece que este período será de ochenta y cuatro días.

Además, el Convenio 183 otorga inamovilidad laboral a la madre trabajadora, tanto durante el período pre y posnatal como durante el período de lactancia⁶³ (al igual que lo hace el Artículo 151, inciso c) del Código de Trabajo) que, como sabemos para el caso guatemalteco, es de diez meses (Artículo 2 del Reglamento para el goce del período de lactancia, 1973). De una manera u otra los catorce días que son incrementados en el período pre y posparto también incrementan el período de inamovilidad que gozará la trabajadora (noventa días mas diez meses de lactancia).

Prevé dicho convenio que los Estados deben adoptar las medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo, con inclusión del acceso al mismo.

Si bien son innegables los beneficios que la ratificación de dicho convenio conllevaría para las madres trabajadoras, también es evidente que en el ámbito patronal la ampliación de los derechos que tutelan la maternidad de las trabajadoras son poco agradables a los mismos.

Contar con mujeres trabajadoras en edad reproductiva resulta poco rentable para el patrono, ya que no puede disponer de la plaza que ésta abandona temporalmente cuando sucede su maternidad. Por el contrario, la misma debe ser cubierta interinamente y, al terminar su licencia por maternidad, ser ocupada nuevamente por su

⁶² Artículo 4, inciso 1, **Convenio 183 (sobre la protección a la maternidad)**, Organización Internacional del Trabajo, 2000.

⁶³ **Ibíd**, Artículo 8, inciso 1.

titular.

Además, la inamovilidad nunca es bien recibida por los empresarios, ya que los mismos desearían que las relaciones laborales se rigieran por el derecho común y no por el laboral, pues en el primero de éstos priva la autonomía de la voluntad y en el segundo, la misma se ve seriamente limitada en beneficio del trabajador.

Entonces, si bien este convenio busca mejorar los derechos de las madres trabajadoras y protegerlas de la discriminación que por su misma calidad se genere en contra de ellas, es necesario establecer si la ratificación de dicho convenio no sería contraproducente para las trabajadoras y generaría mayores violaciones a sus derechos principalmente al del acceso al trabajo digno.

4.2. El Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo

4.2.1 Contenido

(d) C183 Convenio Sobre La Protección De La Maternidad

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 nacionales;

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 de 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.

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.

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.

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.

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.

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 ó 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.

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 ó 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.

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.

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 ó de aumentar el monto o la tasa de las prestaciones pecuniarias que se mencionan en el Artículo 6.

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.

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.

4.2.2. Nuevos derechos para las mujeres y madres trabajadoras

En el presente apartado se realizará un análisis comparativo de las normas jurídicas contenidas en la Constitución Política de la República, el Código de Trabajo guatemalteco y el Convenio número 183, de la Organización Internacional del Trabajo, Sobre la Protección de la Maternidad, relativas a los derechos que le asisten y le son reconocidos a la mujer, específicamente a la madre trabajadora.

El fin de dicho análisis es extraer del mismo aquellos nuevos derechos que nacerán de la posible ratificación por parte del Estado de Guatemala de dicho convenio, mismo que vendrá a proteger y beneficiar a las mujeres en su rol de madres trabajadoras frente a la continua violación de sus derechos por parte de los empleadores.

En lo conducente al trabajo de las mujeres y madres trabajadoras a no ser expuestas a trabajos peligrosos o insalubres que pongan en peligro su salud o la de su hijo, iniciamos haciendo énfasis a lo estipulado en la Constitución Política de la República en su Artículo 102 inciso k), en cuanto regula que *se debe protección a la mujer trabajadora y regulación de las condiciones en que debe prestar sus servicios. No deben establecerse diferencias entre casadas y solteras en materia de trabajo. La ley regulará la protección a la maternidad de la mujer trabajadora, a quien no se le debe exigir ningún trabajo que requiera esfuerzo que ponga en peligro su gravidez...*

Esto en atención a lo normado en el Código de Trabajo de Guatemala en su Artículo 147: *el trabajo de las mujeres y menores de edad debe ser adecuado especialmente a su edad, condiciones o estado físico y desarrollo intelectual y moral.* Asimismo, en el Artículo 148, reformado por el Artículo 10 del Decreto 64-92 del Congreso de la República se estipula que: *Se prohíbe: a) El trabajo en lugares insalubres y peligrosos para varones, mujeres y menores de edad, según la determinación que de unos y otros debe hacer el reglamento, o en su defecto la Inspección General de Trabajo...* Por su parte en el Artículo 151, reformado por el

Artículo 11 del Decreto 64-92 del Congreso de la República, *Se prohíbe a los patronos:*
e) *Exigir a las mujeres embarazadas que ejecuten trabajos que requieren esfuerzo físico considerable durante los tres (3) meses anteriores al alumbramiento...*

En base a lo anterior el Convenio número 183, de la Organización Internacional del Trabajo, Sobre la Protección de la Maternidad, en su Artículo 3, contempla lo relativo a que: *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 de la cual se haya establecido mediante evaluación que conlleva un riesgo significativo para la salud de la madre o del hijo.*

Este nuevo derecho contemplado por el convenio antes mencionado, engloba no solamente la protección de la mujer o madre lactante, sino que a la vez se extiende a la protección del producto del estado de gravidez a que éste no sea expuesto por la imprudencia del patrono, asegurando con esto una adecuada salud tanto de la madre como de su hijo, además, facilita o imposibilita la labor de la futura madre en la prestación de sus servicios y el cuidado de su niño.

La madre trabajadora en consecuencia de su estado de gravidez y dentro del período posterior al alumbramiento, goza de ciertos derechos fundamentales como lo es la licencia de maternidad, por lo que la Constitución Política de la República en su Artículo 102 inciso k), establece que: *...La madre trabajadora gozará de un descanso forzoso retribuido con el ciento por ciento de su salario, durante los treinta días que precedan al parto y los cuarenta y cinco días siguientes... Los descansos pre y postnatal serán ampliados según sus condiciones físicas por prescripción médica.* Logrando con esto que la madre trabajadora disponga de un descanso obligatorio de setenta y cinco (75) días para el cuidado y atención de su hijo.

La norma anterior es superada por lo estipulado en el Código de Trabajo en su

Artículo 152, primer párrafo, reformado por el Artículo 12 del Decreto 64-92 del Congreso de la República, en cuanto regula que: *La madre trabajadora gozará de un descanso retribuido con el ciento por ciento (100%) de su salario durante los treinta (30) días que precedan al parto y los 54 días siguientes, los días que no pueda disfrutar antes del parto, se le acumularán para ser disfrutados en la etapa posparto, de tal manera que la madre trabajadora goce de ochenta y cuatro (84) días efectivos de descanso durante ese período.*

El Convenio número 183, de la Organización Internacional del Trabajo, Sobre la Protección de la Maternidad, en su Artículo 4, estipula que: *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 al menos de catorce semanas. 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.” Además en su Artículo 5 contempla que: “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.*

Lo regulado por el Convenio número 183, de la Organización Internacional del Trabajo, Sobre la Protección de la Maternidad, en cuanto a la licencia obligatoria de las mujeres trabajadoras en estado de gravidez, viene a otorgar derechos más favorables

para éstas, por cuanto *amplía el período de la licencia pre y postnatal*, beneficiando a la madre con catorce (14) semanas que equivale a noventa y ocho (98) días de descanso. A la vez en lo que se refiere a la salud de la madre y de su hijo, otorga *licencia* por un período de seis (6) semanas *de carácter obligatorio* posterior al parto, dejando abierta la norma para que ésta pueda ser ampliada en beneficio de la trabajadora.

Haciendo también especial referencia a que ya sea que se adelante o postergue el parto se deberá prolongar el período equivalente al transcurrido entre éstos, y de ninguna forma se reducirá la duración del goce de la licencia establecida anteriormente; sin embargo, con la presentación de un certificado médico en el caso de complicaciones, enfermedad o riesgo tanto de la madre como del niño como consecuencia del embarazo o el parto se otorgará una licencia de descanso independiente del período pre y postnatal.

En cuanto a la remuneración del salario que debe devengar la trabajadora en la licencia obligatoria de descanso pre y postnatal, nuestra Constitución Política de la República en su Artículo 102 inciso k), hace énfasis en que: *“La madre trabajadora gozará de un descanso forzoso retribuido con el ciento por ciento de su salario...”* Todo esto en consecuencia de su estado de gravidez, sin que se vea alterado de forma alguna su salario.

El Código de Trabajo en su Artículo 152 regula que: *La madre trabajadora gozará de un descanso retribuido con el ciento por ciento (100%) de su salario...* en su inciso b) estipula que: *La mujer a quien se haya concedido el descanso tiene derecho a que su patrono le pague su salario, salvo que esté acogida a los beneficios del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social, en cuyo caso se debe observar lo dispuesto por los reglamentos que este último ponga en vigor; y a volver a su puesto una vez concluido el descanso posterior al parto o, si el respectivo período se prolonga conforme al concepto final del inciso siguiente, al mismo puesto o a uno equivalente en remuneración que guarde relación con sus aptitudes, capacidad y competencia...* El Artículo 154 del mismo cuerpo legal citado, regula: *El salario que debe pagarse durante los descansos*

que ordenan los dos artículos anteriores deben calcularse así: a) Cuando el trabajo se pague por unidad de tiempo, el valor de las prestaciones que indica el Artículo 152 se debe fijar sacando el promedio de los salarios ordinarios y extraordinarios devengados durante los últimos seis meses o fracción de tiempo menor, si la trabajadora no ha ajustado este término, contados en ambos casos a partir del momento en que ella dejó sus labores; y el valor de las prestaciones que indica el Artículo 153 se debe calcular tomando como tiempo de trabajo efectivo el que se emplee en los descansos respectivos; y b) Cuando el trabajo se pague de otra manera, el valor de las prestaciones que indica el Artículo 152 se debe fijar sacando el promedio de los salarios devengados durante los últimos noventa días o fracción de tiempo menor, si la trabajadora no ha ajustado este término contados en ambos casos a partir del momento en que ella dejó sus labores; y el valor de las prestaciones que indica el Artículo 153 se debe determinar dividiendo el salario devengado en el respectivo período de pago por el número de horas efectivamente trabajadas y estableciendo luego la equivalencia correspondiente.

Por su parte el Convenio número 183, de la Organización Internacional del Trabajo, Sobre la Protección de la Maternidad, haciendo acopio a las diversas legislaciones en cuanto al salario que debe devengar la madre trabajadora que se encuentra gozando de licencia en su Artículo 6 contempla: *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 ó 5. 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. 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. 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. 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. 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. 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. 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.

Vemos cómo el Convenio número 183, de la Organización Internacional del Trabajo, Sobre la Protección de la Maternidad, ofrece mejores beneficios o derechos para las trabajadoras que gozan de licencia en su período pre y postnatal, mismos que no se encuentran regulados en nuestra Constitución Política de la República ni en el Código de Trabajo de Guatemala, por lo que al momento de ser ratificado el mismo la madre trabajadora gozará de mayor protección para recibir íntegro su salario

devengado al momento de encontrarse suspendida por la licencia que se ha venido aduciendo; y en ningún momento se encontrarán en desventaja ella y su hijo en cuanto a la legislación nacional o internacional, tanto así que le será aplicada la normativa que más le favorezca.

Si bien la Constitución Política de la República no establece nada en lo relativo a que el patrono pueda despedir a la madre trabajadora por estar gozando de su licencia obligatoria en su período pre y postnatal, contempla en su Artículo 102 inciso k), que: *La ley regulará la protección a la maternidad de la mujer trabajadora...*, previendo con esto que la ley ordinaria en materia laboral será la encargada de desarrollar dichos derechos.

En base a lo anterior el Código de Trabajo de Guatemala establece en su Artículo 151 inciso c): *Despedir a las trabajadoras que estuvieren en estado de embarazo o período de lactancia, quienes gozan de inamovilidad. Salvo que por causa justificada originada en falta grave a los deberes derivados del contrato, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 177 de este Código. En este caso, el patrono debe gestionar el despido ante los tribunales de trabajo para lo cual deberá comprobar la falta y no podrá hacer efectivo el mismo hasta no tener la autorización expresa y por escrito del Tribunal. En caso el patrono no cumpliera con la disposición anterior, la trabajadora podrá concurrir a los tribunales a ejercitar su derecho de reinstalación en el trabajo que venía desempeñando y tendrá derecho a que se le paguen los salarios dejados de devengar durante el tiempo que estuvo sin laborar. Todo esto con atención a lo estipulado en el párrafo segundo del Artículo 106 de la Constitución Política de la República que regula: “en caso de duda sobre la interpretación o alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, se interpretarán en el sentido más favorable para los trabajadores.*

La protección del empleo es de suma importancia para el trabajador, por lo que el Artículo 8 del Convenio número 183, de la Organización Internacional del Trabajo, Sobre la Protección de la Maternidad, escude a la trabajadora en el sentido que:

Prohíbe al empleador que despida a una mujer que esté embarazada o durante la licencia mencionada en los artículos 4 ó 5, o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador. Se garantiza a la mujer el derecho a retornar al mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, al término de la licencia de maternidad.

Deduciendo que el empleador única y exclusivamente podrá despedir a la madre trabajadora por causas ajenas a su estado de gravidez antes o después de haber gozado de la licencia establecida en la legislación, es por ello que el convenio mencionado protege tanto a la trabajadora como a su empleo, le garantiza que gozará de *inamovilidad* y opta por darle *derecho de reinstalación* en caso de que no se cumpla con las disposiciones legales aplicables, imponiendo al patrono con esto que le pruebe los motivos del despido o el pago de prestaciones dejadas de percibir durante el tiempo que estuvo sin laborar.

El trabajo es un derecho de la persona y una obligación social. Todo trabajador tiene la libre disposición de elegir su trabajo, condiciones satisfactorias que le garanticen al mismo y a su familia una existencia digna. Es un derecho social mínimo que fundamentan la legislación laboral y la actividad de los tribunales y autoridades. En muchos centros de trabajo se discrimina a la mujer tanto por su envergadura física como de su estado, por ello la Constitución Política de la República en su Artículo 102 inciso k), regula la *Protección de la mujer trabajadora y regulación de las condiciones en que deba prestar sus servicios. Y que no deben establecerse diferencias entre casadas y solteras en materia de trabajo...* Este derecho parte del principio contenido dentro de la parte dogmática de la Constitución Política de la República en su Artículo 5, en donde establece que: *“En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales*

oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad...

Esto además se encuentra contemplado por el Código de Trabajo de Guatemala en su Artículo 147 regulando: *El trabajo de las mujeres y menores de edad debe ser adecuado especialmente a su edad, condiciones o estado físico y desarrollo intelectual; y el 151 reformado por el Artículo 11 del Decreto 64-92 del Congreso de la República en cuanto que: “Se prohíbe a los patronos: a) Anunciar por cualquier medio, sus ofertas de empleo, especificando como requisito para llenar las plazas el sexo, raza, etnias y estado civil de la persona, excepto que por la naturaleza propia del empleo, éste requiera de una persona con determinadas características. En este caso el patrono deberá solicitar autorización ante la Inspección General de Trabajo y la Oficina Nacional de la Mujer; b) Hacer diferencia entre mujeres solteras y casadas y/o con responsabilidades familiares, para los efectos del trabajo...*

En lo que respecta a la discriminación en la contratación del trabajo de las mujeres en estado de embarazo el Convenio número 183, Sobre la Protección de la Maternidad de la Organización Internacional del Trabajo, prescribe en su Artículo 9: *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. 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.*

El acceso al empleo no debe ni puede estar supeditado a condiciones que denigren la vida y moral de la persona especialmente de la mujer. Es por ello que el Convenio número 183, Sobre la Protección de la Maternidad de la Organización

Internacional del Trabajo, recalca, protege y crea un derecho más amplio en cuanto a la discriminación hacia la madre trabajadora, ubicándola en una situación tutelar en contra de los vejámenes que viene sufriendo desde la antigüedad hasta nuestros días, a menos que por la particularidad del empleo que se presenta ésta no pueda desempañarlo por representar peligro para su integridad física o en dado caso su estado de embarazo.

Por último nos referimos al período de descanso extraordinario que tiene la madre en época de lactancia de alimentar a su hijo recién nacido. La Constitución Política de la República regula en su Artículo 102 inciso k): *En la época de la lactancia tendrá derecho a dos períodos de descanso extraordinarios, dentro de la jornada.* Protegiendo con esto el producto de la concepción y el eficaz contacto con la madre.

Por su parte, el Código de Trabajo de Guatemala contempla el período de lactancia en su Artículo 153 reformado por el Artículo 13 del Decreto 64-92 del Congreso de la República cuando regula: *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 y entrar un hora después del inicio de la jornada o salir una hora antes de que ésta finalice, con el objeto de alimentar a su menor hijo o hija. Dicha hora será remunerada y el incumplimiento dará lugar a la sanción correspondiente para el empleador. El período de lactancia se debe computar a partir del día en que la madre retorne a sus labores y hasta diez (10) meses después, salvo que por prescripción médica éste deba prologarse.* Además, se debe tomar en cuenta lo estipulado por el Reglamento para el Goce del Período de Lactancia en cuanto regula: *Toda madre en época de lactancia puede disponer en los lugares en donde trabaja, de media hora de descanso dos veces al día con el objeto de alimentar a su hijo, salvo que por convenio o costumbre corresponda un descanso mayor. El período de descanso con motivo de la lactancia se fija en diez meses a partir del momento del parto, salvo convenio o costumbre más favorable a la trabajadora. El período de lactancia podrá ampliarse por prescripción médica, pero en ningún caso podrá exceder de doce meses después del parto. Las normas del presente reglamento*

son aplicables a las madres trabajadoras de las empresas de carácter privado y a las que prestan sus servicios en el Estado y sus instituciones autónomas, semiautónomas o descentralizadas.

Esta norma amplía lo regulado en la Constitución Política de la República y el Código de Trabajo, especificando la forma de cómo la trabajadora en época de lactancia va a coordinar su tiempo, alimentar y tener mejor control y contacto con su hijo dentro del centro de trabajo, tomando dicho tiempo como trabajo efectivo y remunerado.

El Convenio número 183, Sobre la Protección de la Maternidad de la Organización Internacional del Trabajo, al hablar del período que deben gozar las madres lactantes establece que: *“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. 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.”* El presente convenio reafirma lo estipulado por las legislaciones nacionales e internacionales en lo que a lactancia se refiere, estipulando fehacientemente que el goce del período de lactancia debe ser remunerado y tomarse a la vez como tiempo de trabajo efectivo a favor de la madre trabajadora.

Observamos en este apartado que todo lo estipulado por el convenio número 183, Sobre la Protección de la Maternidad de la Organización Internacional del Trabajo, favorece y ofrece mejores garantías y derechos para las mujeres trabajadoras que se encuentran o no en estado de gravidez, puesto que amplía y supera en muchas formas lo estipulado por nuestra legislación laboral interna e incluso lo regulado por nuestra Constitución Política de la República. Debido a que la mujer merece un cuidado y atención especial teniendo en cuenta la constante violación de sus derechos y la situación en que se encuentran las mujeres trabajadoras y la necesidad de brindar

protección al embarazo, concebida como una responsabilidad compartida de Gobierno y sociedad, es que muchas Organizaciones Internacionales se ven en la necesidad de adoptar varias medidas y propuestas encaminadas a resguardar y seguir promoviendo cada vez más la igualdad de las mujeres trabajadoras, la salud y la seguridad de la madre y sus hijos, reconociendo con esto la diversidad del desarrollo económico y social del país, así como la diversidad de las empresas y la evolución de la protección de la maternidad y lactancia en las legislaciones. Es por ello que surgen y seguirán surgiendo los convenios internacionales tratando de tutelar a la parte más desprotegida de la relación laboral.

4.2.3. Nuevas obligaciones para los patronos

Derivados de los derechos enunciados en el apartado anterior, y como consecuencia de los mismos, nacerán nuevas obligaciones para los patronos. Mismas que podemos resumir así:

En lo conducente al trabajo de las mujeres y madres trabajadoras a no ser expuestas a trabajos peligrosos o insalubres que pongan en peligro su salud o la de su hijo, se crea una nueva obligación para el empleador de no someter a la mujer trabajadora en estado de gravidez a trabajos que sean insalubres, pesados o peligrosos, tanto para ella como para su hijo, llevando inmersa la obligación de cambiarla de puesto laboral mientras dé a luz y termine la licencia obligatoria. Todo esto acorde al estado físico, moral e intelectual que impliquen riesgos mayores, satisfaciendo las necesidades momentáneas de la trabajadora por el estado en que se encuentra.

Con relación al período pre y postnatal, la madre trabajadora goza de ciertos derechos, como lo es la licencia de maternidad desde el momento que presenta el certificado médico correspondiente, quedando obligado el patrono a conceder licencia obligatoria de catorce (14) semanas, lo que es lo mismo de noventa y ocho (98) días a la trabajadora, produciendo un incremento del 16.66% igual a catorce (14) días más de

descanso retribuido a favor de quien esté gozando de este período, garantizando con lo anterior la alimentación y el contacto físico inmediato del recién nacido con la madre y disminuyendo complicaciones que pueden darse en el futuro.

Respecto al salario que debe devengar la trabajadora en la licencia obligatoria de descanso pre y postnatal, se impone la obligación a la parte patronal de cubrir con las prestaciones pecuniarias establecidas en cuanto garantice a la mujer y a su hijo condiciones de salud apropiadas y un nivel de vida adecuado. Conjugando también que al no encontrarse la madre embarazada gozando de los beneficios del Seguro Social 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, favoreciendo a la madre trabajadora a gozar de mayor protección para recibir íntegro su salario devengado al momento de encontrarse suspendida por la licencia obligatoria; y en ningún momento se encontrarán en desventaja ella y su hijo en cuanto a la legislación nacional o internacional, tanto así que le será aplicada la normativa que más le favorezca. Además, dichas prestaciones médicas deberán comprender la asistencia tanto pre, durante y postnatal, así como la hospitalización cuando se haga necesario.

Lo concerniente al despido por parte del patrono al momento de que la madre trabajadora se encuentra gozando de su licencia pre y postnatal es de notar con esto que el patrono se ve en la obligación de mantener inamovible a la trabajadora de su puesto de trabajo y no despedirla sino por causas ajenas a su estado de gravidez antes o después de haber gozado de la licencia establecida en la legislación, previo gestionar el despido ante los tribunales de trabajo por causa justificada imputable a la misma; es por ello que el convenio mencionado protege tanto a la trabajadora como a su empleo, prometiendo que gozará de *inamovilidad* y opta por darle derecho de reinstalación en caso de que no se cumpla con las disposiciones legales aplicables, imponiendo al patrono que le pruebe los motivos del despido o el pago de prestaciones dejadas de percibir durante el tiempo que estuvo sin laborar debido a la suspensión, a la vez la trabajadora goza del salario íntegro dejado de percibir por concepto de una futura

amenaza de despido injustificado.

En la actualidad en muchos centros de trabajo se discrimina a la mujer tanto por su constitución física como por su estado, obligando al patrono a no discriminar a las trabajadoras ubicándolas en una situación tutelar preferente en contra de los vejámenes que viene sufriendo desde la antigüedad hasta nuestro días cualquiera sea su estatus social, estado civil, raza, etnia, estado físico, etc., creando con esto una nueva obligación hacia los empleadores, con la salvedad que debido a la particularidad del empleo que se presenta ésta no pueda desempeñarlo por representar peligro para su integridad física o en dado caso su estado de embarazo, caso contrario le genera sanciones y/o responsabilidades hasta de tipo penal.

El período de descanso extraordinario que por ley le corresponde a la madre en época de lactancia de alimentar a su hijo recién nacido, el Convenio 183 reafirma lo estipulado por las legislaciones nacionales e internacionales en lo que a lactancia se refiere, estipulando fehacientemente que el goce del período de lactancia debe ser remunerado y tomarse a la vez como tiempo de trabajo efectivo a favor de la madre trabajadora, imponiendo así la obligación hacia el patrono de acatar las normas laborales ordinarias e internacionales para el eficaz cumplimiento de las mismas, resguardando la vida futura del lactante.

Como hemos visto, la Constitución Política de la República de Guatemala, el Código de Trabajo y el Convenio número 183, Sobre la Protección de la Maternidad de la Organización Internacional del Trabajo, garantizan a las madres trabajadoras estabilidad laboral, suspensiones laborales a que tienen derecho, salarios y de más, para hacer más efectivo el trabajo desempeñado por éstas, a la vez tutela la desventaja existente entre patrono y trabajador, superando en muchos aspectos normas laborales vigentes y positivas encontradas dentro de nuestro ordenamiento jurídico laboral, pretendiendo así mejorar todas las relaciones laborales existentes y acabar con todas las violaciones hacia las trabajadoras que se presentan dentro de esta rama del Derecho.

4.3. Resultado y análisis de encuestas

Como se podrá observar en los Anexos A y B de la presente investigación, las encuestas fueron dirigidas a centros de trabajo que aglutinan, en un alto porcentaje, a mujeres trabajadoras dentro del total de sus empleados. Dentro de los 20 centros laborales que fueron objeto de estudio se pueden mencionar, mayormente, empresas maquiladoras, restaurantes y centros comerciales o supermercados.

Los centros que fueron objeto de estudio se seleccionaron porque en éstos las mujeres representaban más del 70% (79.76% promedio) del total de sus trabajadores. De esa población de trabajadoras el 61.66% eran madres y el 68.95% se encontraba en edad reproductiva (oscilaban entre los 16 y los 40 años).

Si bien obtener la entrevista con los patronos o sus representantes fue en varios de los casos sumamente difícil y tuvo que hacerse especial énfasis a la confidencialidad de la entrevista, los resultados reflejan, en lo posible, el punto de vista de los empleadores y sus representantes en cuanto a la adopción y efectos del Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo.

De la cuarta pregunta, relativa al conocimiento que como patrono o representante del mismo poseía respecto de los derechos específicos que le asisten a las madres trabajadoras, el 100% indicó conocerlos y mencionaron con especial énfasis el período pre y posparto, el período de lactancia; medianamente indicaron el derecho a inamovilidad y a no ser sometida a trabajos forzosos e insalubres; y mínimamente señalaron el derecho a gozar de guarderías para sus hijos y a no ser discriminadas por su estatus de madre.

De dicha pregunta se pudo evidenciar que son las mismas madres trabajadoras las que emiten el recordatorio a sus patronos o representantes de los mismos respecto del catálogo de derechos que les asisten y éstas a su vez los conocen por consultas que se realizan entre ellas mismas y/o por alguna esporádica capacitación realizada por

el Ministerio de Trabajo y Previsión Social.

En cuanto a la quinta pregunta, relativa al conocimiento que poseía el patrono o su representante respecto del contenido y enumeración de los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo ratificados por el Estado de Guatemala que hicieran específica referencia a la mujer y madre trabajadora, el 65% indicó conocerlos; sin embargo, al pedírseles que enunciaran por lo menos 3 de ellos la mayoría evidenció su total desconocimiento. El 35% restante indicó desconocer dichos convenios.

Lo anterior resalta que, aunque en alguno de los casos el patrono esté dispuesto a cumplir con sus obligaciones y el respeto a los derechos que le asisten a la mujer y madre trabajadora, el desconocimiento de los mismos le impiden implementarlos, pues en las jefaturas de personal y órganos de dirección se desconoce tanto la legislación internacional como nacional relativa al tema, ya que los que ocupan dichos cargos no son profesionales o estudiantes de Derecho, Psicología, Trabajo Social o alguna ciencia afín.

Respecto del conocimiento del contenido del Convenio 183 (sobre la protección a la maternidad) de la Organización Internacional del Trabajo y a los nuevos derechos que el mismo reconoce a la mujer y madre trabajadora, el 100% indicó desconocerlo y por ende no poder emitir criterio sobre su contenido. Ante tal situación se les brindó una copia de dicho convenio y se les explicó brevemente su contenido y en días posteriores se le realizaron las preguntas relativas a dicho convenio.

En lo relativo a si consideraba que los nuevos derechos reconocidos a la mujer y madre trabajadora por medio del Convenio 183 afectarían la rentabilidad de su empresa, el 100% indicó que sí. Indicaron que dichos derechos, si bien beneficiarían a la mujer y madre trabajadora, incrementarían sus costos de producción, implicarían el pago de mayor cantidad de horas extras para cubrir a las que estuvieran suspendidas e inclusive la contratación de personal exclusivo para cubrir dichas suspensiones. Por último adujeron que se perdería la especialización que cada trabajadora poseía, ya que

al reemplazarlas (temporalmente) habría que capacitar a las nuevas trabajadoras.

En concordancia a la pregunta anterior, se le cuestionó al patrono o representante patronal sobre su disposición a seguir contratando mujeres en el mismo porcentaje que el actual, si entrara en vigencia el Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo. El 25% indicó que sí, ya que consideraba que era un paso positivo (aunque afectara la rentabilidad de la empresa) que beneficiaría a la familia y la sociedad e incentivaría a las buenas trabajadoras. Otro porcentaje señaló que la sumisión a las leyes no era una alternativa y en razón de ello acatarían lo dispuesto por el Estado.

El 75% restante evidenció su negativa a seguir contratando mujeres (al menos no en la proporción actual), ya que afectarían la rentabilidad de la empresa y sus productos y por ende su competitividad, harían más compleja la administración del personal y afectarían seriamente la continuidad de la ejecución del trabajo.

En lo que refiere a si consideraban conveniente que el Estado de Guatemala ratificara el Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo, el porcentaje anterior se mantuvo, pues un 25% estuvo a favor y el restante 75% en contra. Los que se pronunciaron positivamente indicaron que era necesario que Guatemala se pusiera al día en lo referente a la legislación laboral internacional y que la misma era beneficiosa para toda la sociedad. Los que indicaron su negativa a la ratificación señalaron que de realizarse la misma se desincentivaría la inversión, crearía más cargas para el patrono y haría poco rentables las ramas comerciales y empresariales que emplean a mujeres en forma mayoritaria.

Vemos, lamentablemente, que el sector patronal considera *poco rentable* el reconocer mayores derechos a las mujeres y madres trabajadoras. Sin embargo, es necesario recordar que ningún derecho social mínimo ha sido una dádiva del sector patronal, ya que estos han sido conquistas que el sector obrero le ha arrebatado al Estado y al sector patronal.

Si solamente nos centramos en ver la rentabilidad de las empresas, entonces habría que analizar la posibilidad de eliminar la limitación a las jornadas de trabajo, el descanso semanal y anual, los días de asueto, el período pre y posparto y de lactancia, etcétera. Lo anterior solamente trata de evidenciar lo irracional de la postura de algunos de los patronos y evidencia lo lejanos que estamos de otras legislaciones en las cuales las madres trabajadoras gozan de un período pre y posparto de 16 semanas (España), 52 semanas (Noruega) y 96 semanas (Suecia), sólo para citar algunos ejemplos.

Pese a la postura anterior, no me puedo alejar de la realidad del mercado laboral guatemalteco, en el cual la oferta de trabajo es menor a la demanda. Además, a nadie escapa que en muchos sectores de la industria y el comercio se prefiere contratar a mujeres como fuerzas de trabajo, pues éstas están más *anuentes* (si cabe el término) a aceptar salarios y prestaciones inferiores a las requeridas por los varones.

Pese a que considero que el Estado de Guatemala debe ratificar, a la brevedad posible, el Convenio 183 (sobre la protección a la maternidad) de la Organización Internacional del Trabajo; también es necesario hacer notar que al hacerse más onerosa la contratación de mujeres en edad reproductiva los patronos optarán por dejar de contratar mano de obra femenina o en contratarlas, pero incumpliendo con el respeto a los derechos que a éstas les son inherentes.

Sin embargo, el espectro del desempleo y mayor violación a los derechos de las mujeres y madres trabajadoras parece más propio de sectores empresariales y comerciales que suelen contratar a mujeres con bajo perfil académico (entiéndase maquilas, restaurantes, supermercados, etcétera).

En consecuencia, la ratificación y puesta en vigencia del contenido del Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo debe ir aparejada por una efectiva fiscalización y supervisión del respeto a los derechos que le asisten a las mujeres y madres trabajadoras por parte del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, poniendo especial énfasis en los sectores empresariales señalados.

CONCLUSIONES

1. La Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.), como un organismo especializado de las Naciones Unidas, reviste innegable incidencia en la legislación de sus Estados miembros, con la finalidad de propiciar la convivencia armónica entre el capital y el trabajo, erradicar la injusticia, miseria y privaciones para un gran número de seres humanos,.
2. Las mujeres guatemaltecas han sido discriminadas por razones de credo, raza, condición física y por factores derivados del machismo y de las concepciones patriarcales que se han enraizado en la sociedad. Pero en las últimas décadas del siglo pasado y los años transcurridos del presente, ellas han logrado una superación significativa, contribuyendo con la economía del país y de sus hogares.
3. el trabajo de régimen especial de las mujeres, es tutelado por la legislación nacional interna y por los convenios internacionales, pues representa el mayor porcentaje de violaciones a los derechos laborales que les asisten, resultando que la trabajadora en estado de gravidez esta ante la amenaza de perder el empleo, interrumpir sus ingresos y enfrentarse a obstáculos para su salud y la de su hijo.
4. El Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo revisa el contenido del Convenio 103, del mismo ente, y supera los derechos reconocidos a la madre trabajadora. Dentro de los nuevos derechos que le da están: protege no solamente a la madre lactante, sino además al producto de la maternidad; se incrementa la licencia por maternidad de 84 a 98 días (14 semanas);
5. Las obligaciones que emergen para el patrono, tenemos: no exponer a las madres trabajadoras a labores peligrosas e insalubres; darles licencia obligatoria por maternidad de 14 semanas (98 días); cubrir el total del salario y los gastos médicos de la maternidad cuando la trabajadora no este cubierta por el régimen de seguridad social; y la no discriminación contra la mujer como madre trabajadora

6. En el ámbito patronal guatemalteco existe poco conocimiento de la función de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.), y los convenios que la misma ha aprobado. Más aún, existe ignorancia sobre las obligaciones derivadas de los convenios emitidos por dicha Organización y que han sido aprobados por el Estado de Guatemala.

RECOMENDACIONES

1. El Estado de Guatemala, por medio del Ministerio de Trabajo y Previsión Social, debe adoptar políticas de carácter prioritario para combatir la discriminación laboral en contra de la mujer y muy particularmente la discriminación que sufren las madres trabajadoras.
2. La Inspección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Previsión Social debe fiscalizar periódicamente que los patronos no violen el derecho de inamovilidad del que gozan las madres trabajadoras durante los períodos de maternidad y lactancia. Además, es importante que se capacite a las mujeres trabajadoras sobre el catálogo de derechos específicos que les asisten y sobre la manera de hacerlos efectivos.
3. El Estado, el Ministerio de Trabajo y Previsión Social, las gremiales o asociaciones patronales, los sindicatos de trabajadores y la sociedad civil en su conjunto, deben impulsar la ratificación del Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo, ya que el mismo beneficia a la madre trabajadora, al producto de su maternidad y a la sociedad misma.
4. El Ministerio de Trabajo y Previsión Social y las gremiales o asociaciones patronales deben capacitar, adecuadamente, a los patronos o sus representantes en el tema referente al catálogo de derechos específicos, que asisten a la mujer y madre trabajadora para evitar la violación de los mismos.
5. Al adoptarse el Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo, el Estado, el Ministerio de Trabajo y Previsión Social, las gremiales o asociaciones patronales, los sindicatos de trabajadores y la sociedad civil en su conjunto, deben realizar una campaña masiva de concienciación respecto a los beneficios, nuevos derechos, garantías y obligaciones que del mismo emergen a favor de la mujer y madre trabajadoras.

6. La ratificación del Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo debe ir acompañada de la revisión, por parte del Estado, empleadores y trabajadores, de temas como los salarios mínimos, indemnización universal y la estabilidad laboral de los trabajadores, muy especialmente de las mujeres y madres trabajadoras.

ANEXO

ANEXO A

BOLETA DE ENCUESTA

Artículo II.

**Artículo III. Universidad de San Carlos de
Guatemala
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**

Tema: La ratificación del Convenio 183 (sobre la protección de la maternidad) de la Organización Internacional del Trabajo por parte del Estado de Guatemala y sus consecuencias en el ámbito laboral para las mujeres y madres trabajadoras.

Sustentante: Marcus Alexander Gonzalez Perez

INSTRUCCIONES:

La presente encuesta está dirigida a: patronos o representantes de los mismos que tengan bajo su dirección a madres trabajadoras o mujeres trabajadoras en edad reproductiva en el perímetro del municipio de Guatemala del departamento de Guatemala. Los objetivos de la investigación son: a) Determinar los beneficios que otorga el Convenio 183 a las mujeres y madres trabajadoras; b) Recabar criterios referentes a las repercusiones negativas que acarrearía la aprobación del Convenio 183 en lo que respecta a fuentes de empleo y el posible incremento de violaciones de los derechos laborales de las mujeres y madres trabajadoras, y c) Establecer el impacto económico y administrativo que la aprobación del Convenio 183 tendría en el sector patronal guatemalteco. En virtud de lo anterior, se le ruega responder a las siguientes interrogantes.

Fecha: ____/____/2006

INTERROGANTES:

1. ¿Cuántas mujeres tiene bajo su dirección y qué porcentaje representan las mismas del total de sus empleados?

a. ____ Total de mujeres empleadas b. ____% respecto del total de empleados

2. Del total de mujeres bajo su dirección, ¿cuántas son madres?

a. ____ Total de mujeres empleadas b. ____ madres

1. Del total de mujeres bajo su dirección, ¿cuántas se encuentran en edad reproductiva (de

los 16 a los 40 años) incluyendo a las que ya son madres?

a. _____ Total de mujeres empleadas b. _____ mujeres en edad reproductiva

2. Como patrono o representante del mismo, ¿conoce la legislación laboral vigente y los derechos específicos que le asisten a las madres trabajadoras?

_____ Sí _____ No

Enumérelos:

3. Como patrono o representante del mismo, ¿conoce el contenido de los convenios de la Organización Internacional del Trabajo, ratificados por Guatemala, que hacen referencia al trabajo de las mujeres?

_____ Sí _____ No

Enumérelos:

4. Como patrono o representante del mismo, ¿conoce el contenido del Convenio 183 (sobre la protección a la maternidad) de la Organización Internacional del Trabajo?

_____ Sí _____ No

¿Por qué?

5. Como patrono o representante del mismo, ¿conoce los nuevos derechos que reconoce a

la mujer y madre trabajadora el contenido del Convenio 183 (sobre la protección a la maternidad)?

___ Sí ___ No

En enumérelas:

6. Luego de enterarse del contenido del Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo, ¿considera que los nuevos derechos reconocidos a las mujeres y madres trabajadoras afectarán la rentabilidad de su empresa?

___ Sí ___ No

¿Por qué?

7. Luego de enterarse del contenido del Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo, ¿considera conveniente para su empresa seguir contratando mujeres en el mismo porcentaje y actividad para las cuales las ocupa actualmente?

___ Sí ___ No

¿Por qué?

8. Luego de enterarse del contenido del Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo, ¿considera conveniente que el Estado de Guatemala ratifique dicho convenio?

___ Sí ___ No

¿Por qué?

ANEXO B

Pregunta No. 1

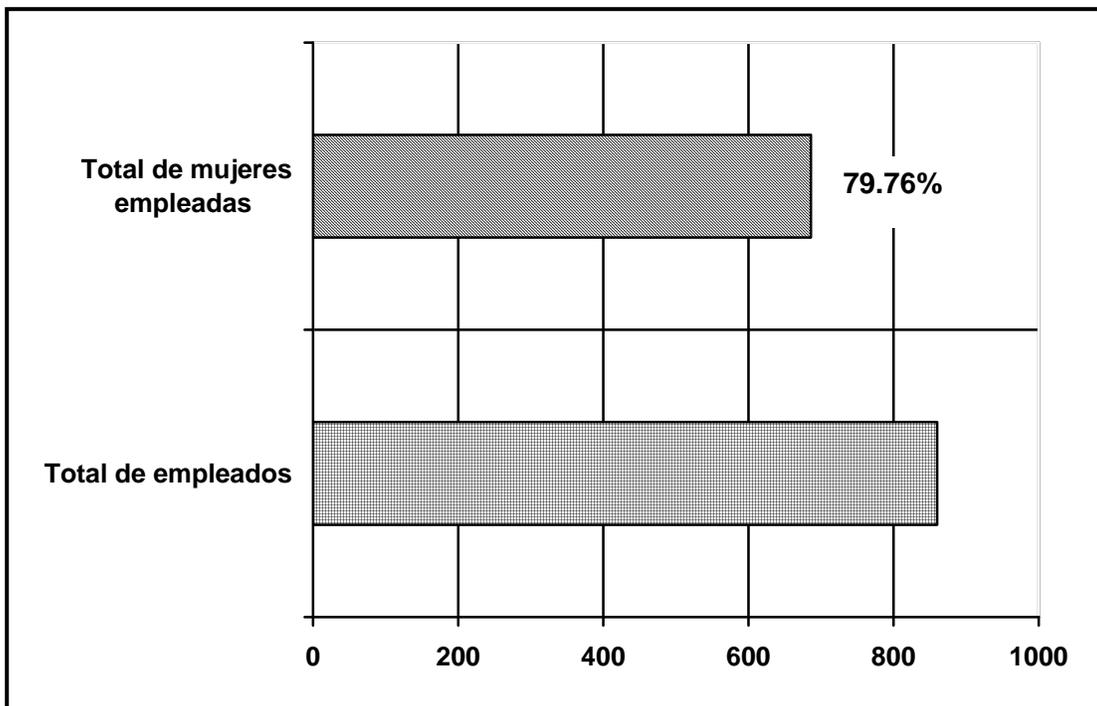
¿Cuántas mujeres tiene bajo su dirección y que porcentaje representan las mismas del total de sus empleados?

Tabla No. 1

Total de empleadores:	20
a. Total de mujeres empleadas:	686
b. % respecto del total del empleados:	860 79.76%

Fuente: Investigación de campo. Febrero, 2006.

Gráfica No. 1



Fuente: Investigación de campo. Febrero, 2006.

Pregunta No. 2

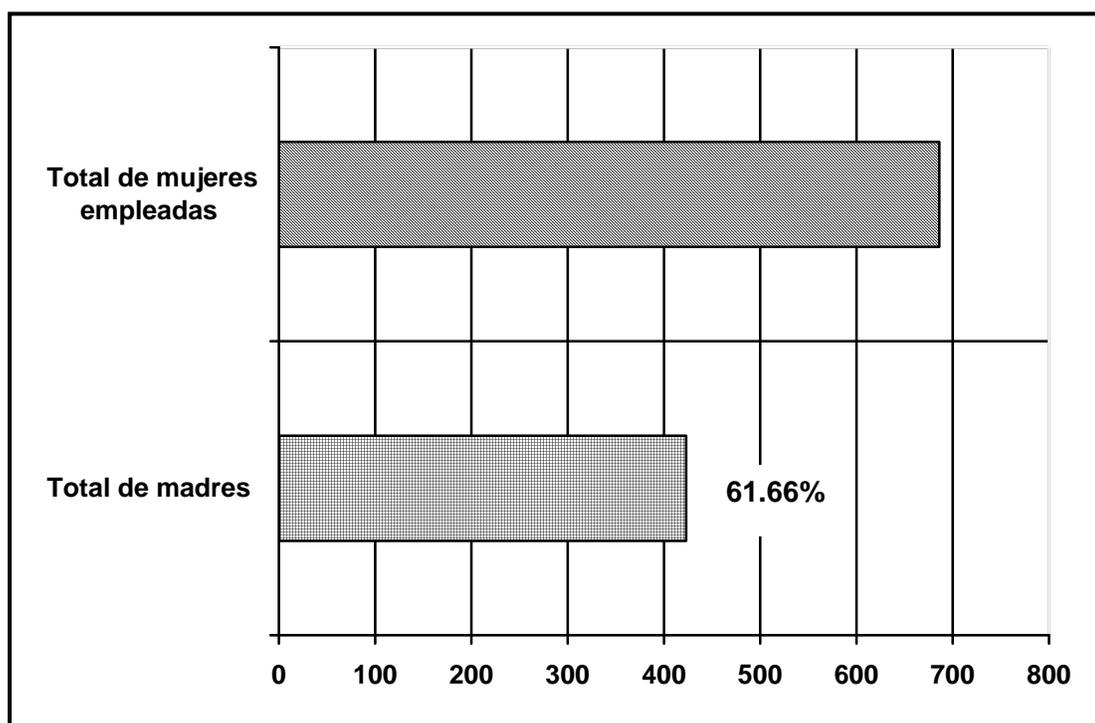
Del total de mujeres bajo su dirección, ¿cuántas son madres?

Tabla No. 2

Total de empleadores:	20
a. Total de mujeres empleadas:	686
b. Total de madres:	423
	61.66%

Fuente: Investigación de campo. Febrero, 2006.

Gráfica No. 2



Fuente: Investigación de campo. Febrero, 2006.

Pregunta No. 3

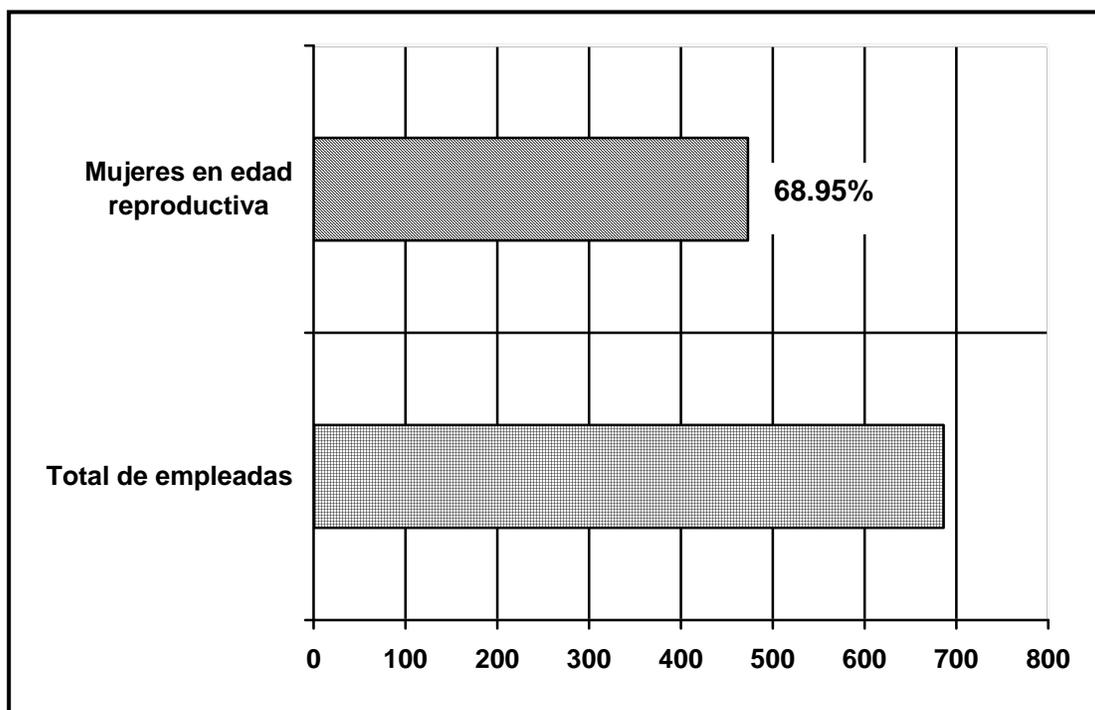
Del total de mujeres bajo su dirección, ¿cuántas se encuentran en edad reproductiva (de los 16 a los 40 años) incluyendo a las que ya son madres?

Tabla No. 3

Total de empleadores:	20
a. Total de mujeres empleadas:	686
b. Mujeres en edad reproductiva:	473
	68.95%

Fuente: Investigación de campo. Febrero, 2006.

Gráfica No. 3



Fuente: Investigación de campo. Febrero, 2006.

Pregunta No. 4

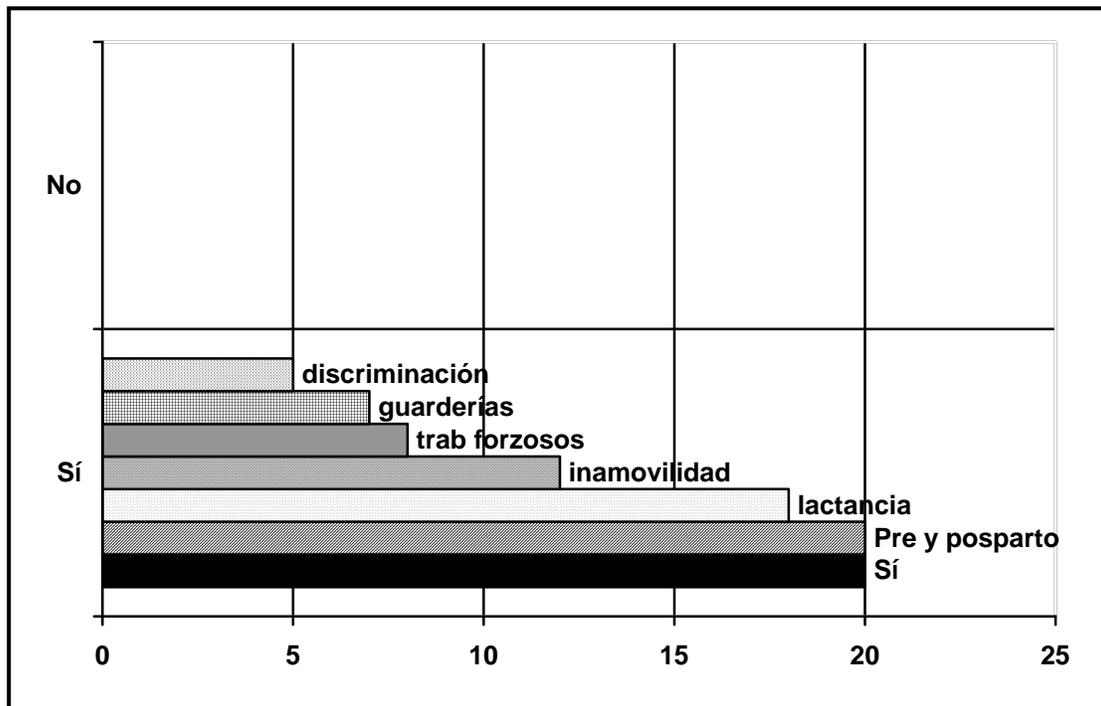
Como patrono o representante del mismo, ¿conoce la legislación laboral vigente y los derechos específicos que le asisten a las madres trabajadoras?

Tabla No. 4

Total de empleadores:	20
a. Sí:	20
a.1. Período pre y posparto	20
a.2. Período de lactancia	18
a.3. Derecho a inamovilidad	12
a.4. No ser sometida a trabajos forzosos ni insalubres.	8
a.4. A gozar de guarderías para sus hijos	7
a.5. No ser discriminada por su estatus.	5
b. No:	0

Fuente: Investigación de campo. Febrero, 2006.

Gráfica No. 4



Fuente: Investigación de campo. Febrero, 2006.

Pregunta No. 5

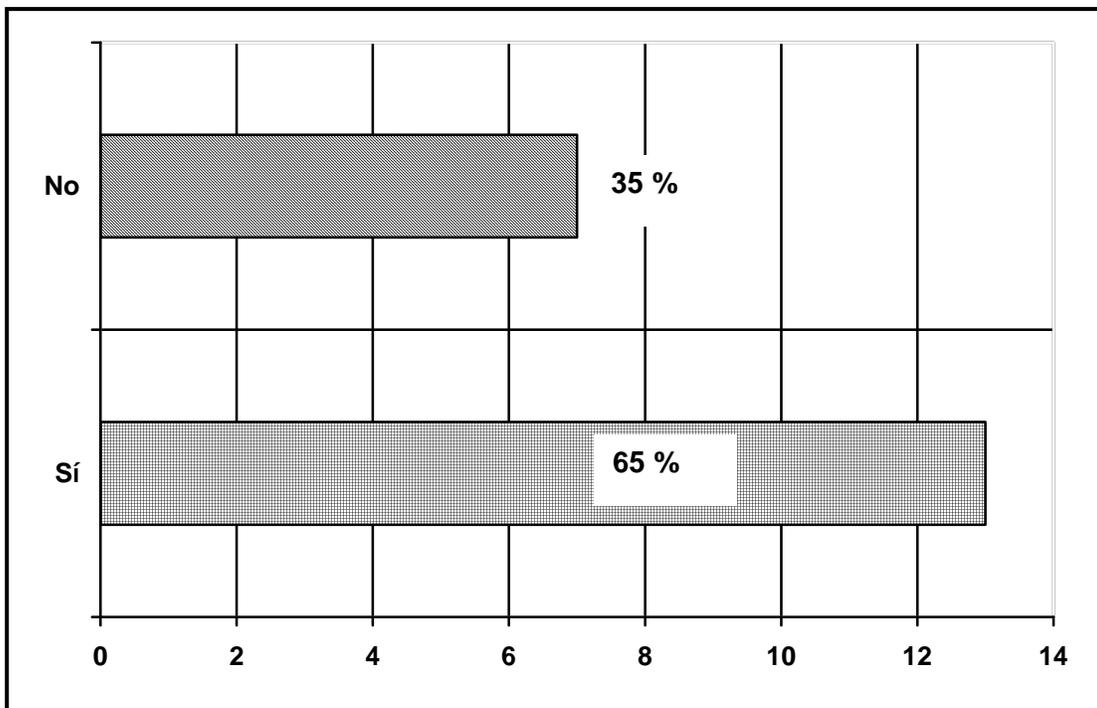
Como patrono o representante del mismo, ¿conoce el contenido de los convenios de la Organización Internacional del Trabajo, ratificados por Guatemala, que hacen referencia al trabajo de las mujeres?

Tabla No. 5

Total de empleadores:	20
a. Sí:	13 65%
b. No:	7 35%

Fuente: Investigación de campo. Febrero, 2006.

Gráfica No. 5



Fuente: Investigación de campo. Febrero, 2006.

Pregunta No. 6

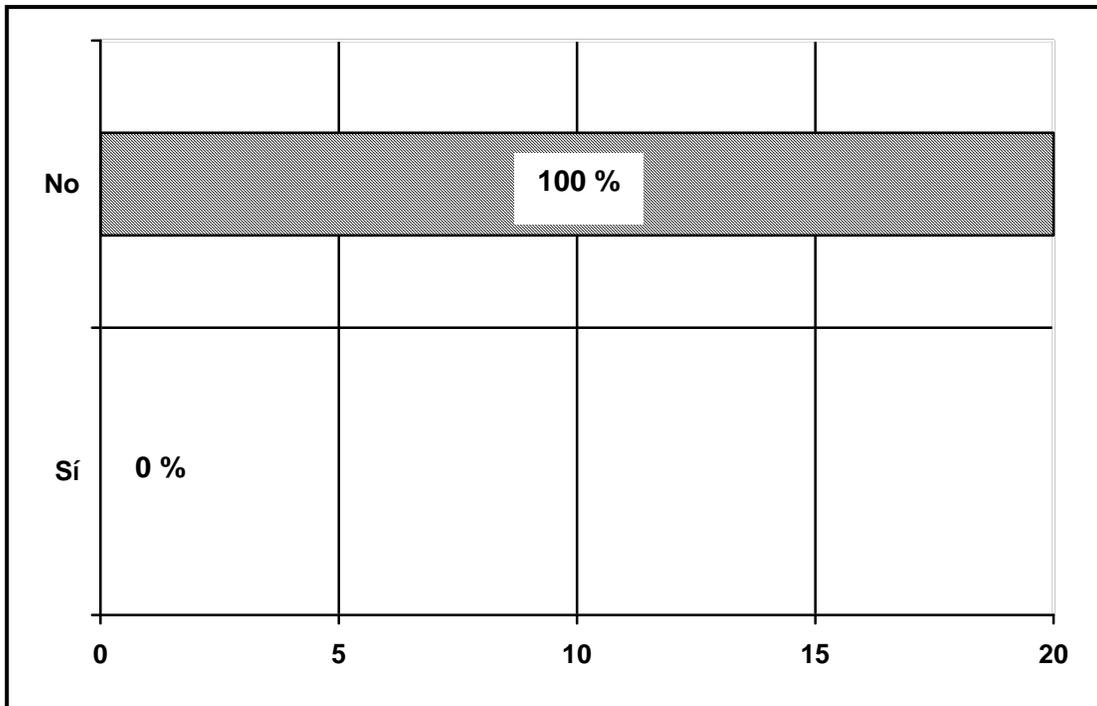
Como patrono o representante del mismo, ¿conoce el contenido del Convenio 183 (sobre la protección a la maternidad) de la Organización Internacional del Trabajo?

Tabla No. 6

Total de empleadores:	20
a. Sí:	0 0%
b. No:	20 100%

Fuente: Investigación de campo. Febrero, 2006.

Gráfica No. 6



Fuente: Investigación de campo. Febrero, 2006.

Pregunta No. 7

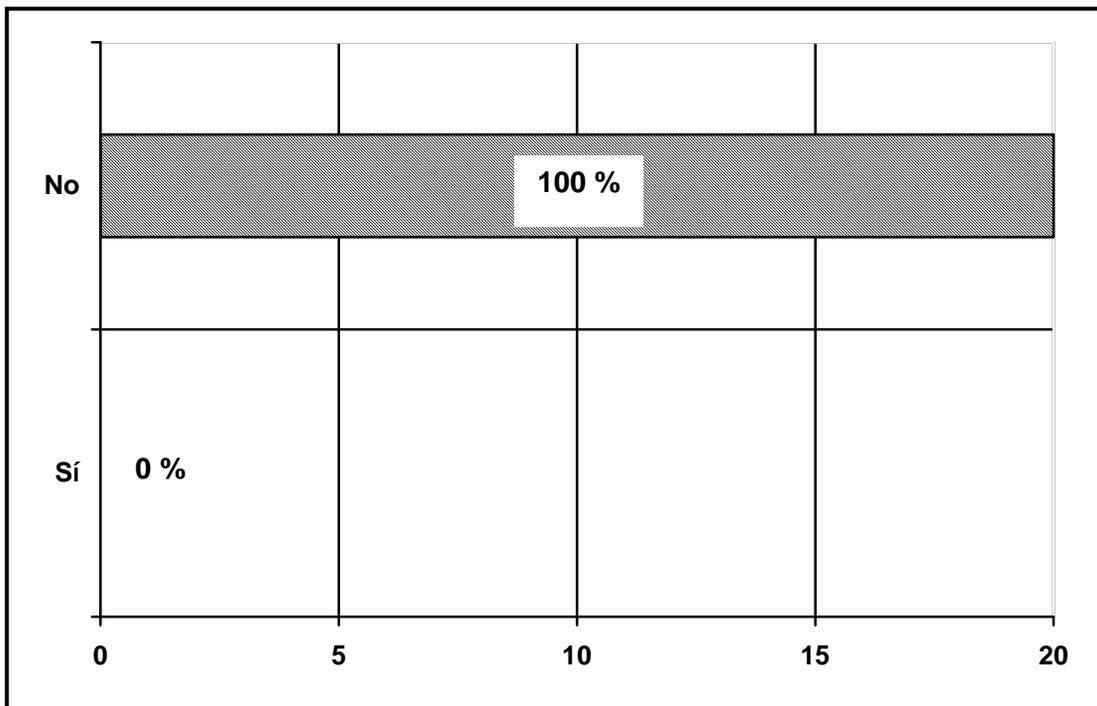
Como patrono o representante del mismo, ¿conoce los nuevos derechos que reconoce a la mujer y madre trabajadora el contenido del Convenio 183 (sobre la protección a la maternidad)?

Tabla No. 7

Total de empleadores:	20
a. Sí:	0 0%
b. No:	20 100%

Fuente: Investigación de campo. Febrero, 2006.

Gráfica No. 6



Fuente: Investigación de campo. Febrero, 2006.

Pregunta No. 8

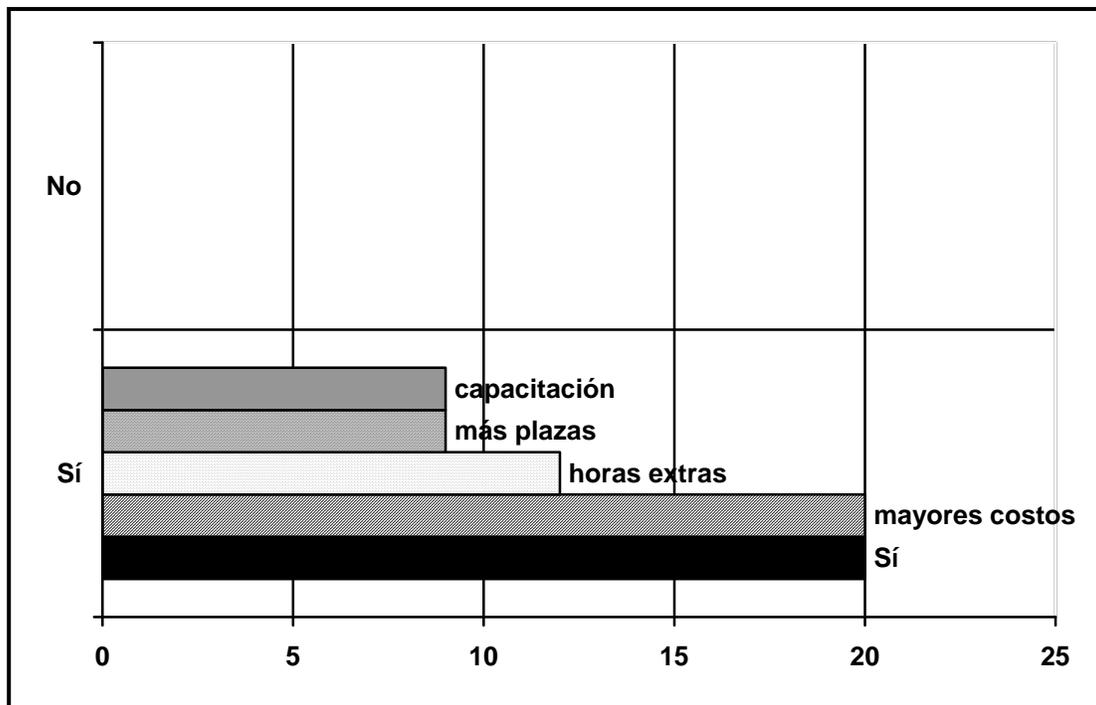
Luego de enterarse del contenido del Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo, ¿considera que los nuevos derechos reconocidos a las mujeres y madres trabajadoras afectarán la rentabilidad de su empresa?

Tabla No. 8

Total de empleadores:	20
a. Sí:	20
a.1. Incrementarán mis costos	20
a.2. Implicará el pago de más horas extras	12
a.3. Tendré que contratar más personal	09
a.4. Habrá que capacitar continuamente a las personas que habrán de suplirlas	09
b. No:	0

Fuente: Investigación de campo. Febrero, 2006.

Gráfica No. 8



Fuente: Investigación de campo. Febrero, 2006.

Pregunta No. 9

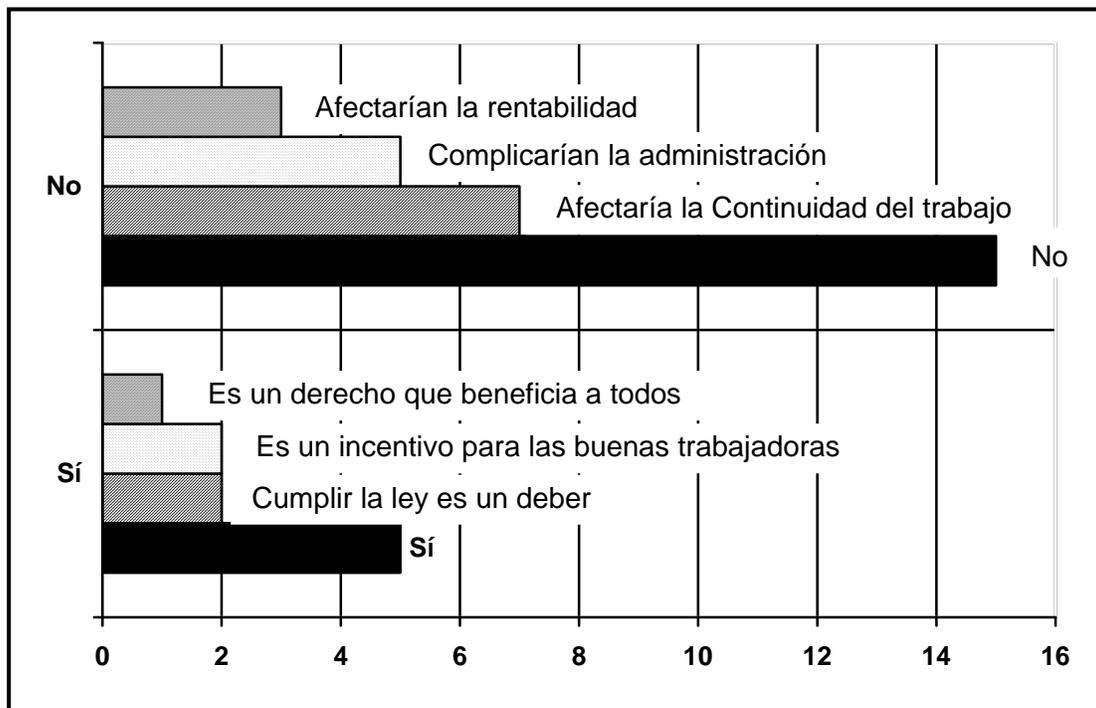
Luego de enterarse del contenido del Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo, ¿considera conveniente para su empresa seguir contratando mujeres en el mismo porcentaje y actividad para las cuales las ocupa actualmente?

Tabla No. 9

Total de empleadores:	20
a. Sí:	5
a.1. Es un derecho que beneficia a la familia y a la sociedad	2
a.2. Si son buenas trabajadoras no molesta reconocerles mayores derechos	2
a.3. Suelo respetar lo que dicte la ley	1
b. No:	15
b.1. Afectarían la rentabilidad del negocio	7
b.2. Complicarían la administración del personal	5
b.3. Afectarían seriamente la continuidad en la ejecución del trabajo	3

Fuente: Investigación de campo. Febrero, 2006.

Gráfica No. 9



Fuente: Investigación de campo. Febrero, 2006.

Pregunta No. 10

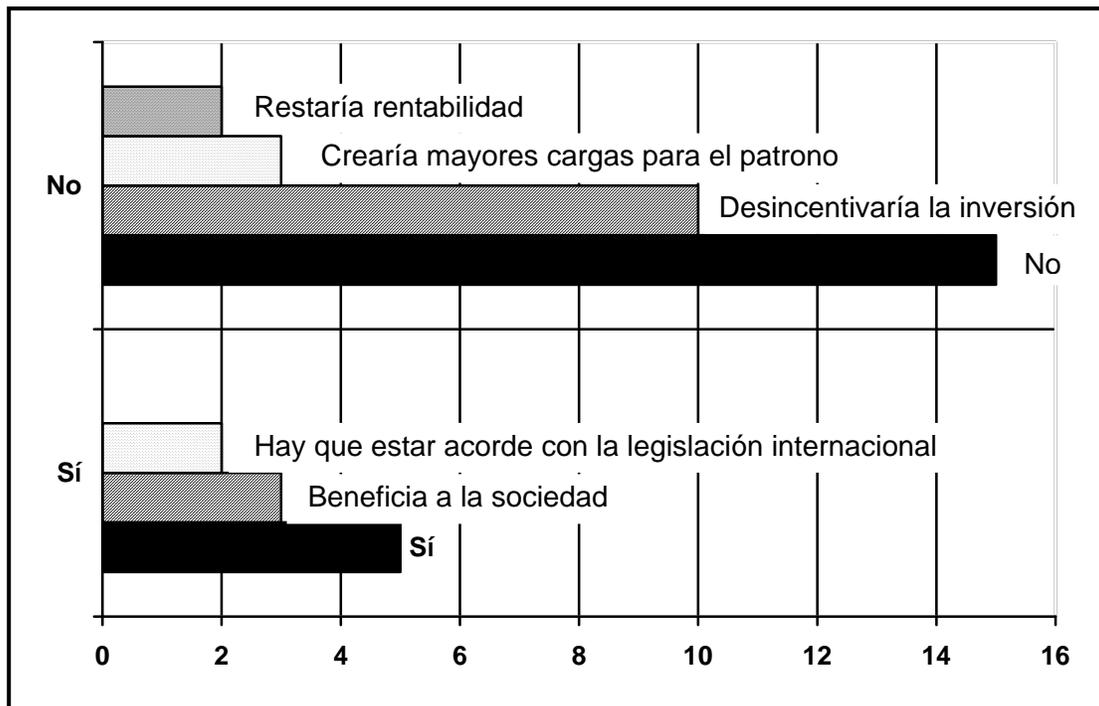
Luego de enterarse del contenido del Convenio 183 de la Organización Internacional del Trabajo, ¿considera conveniente que el Estado de Guatemala ratifique dicho convenio?

Tabla No. 10

Total de empleadores:	20
a. Sí:	5
a.1. Es necesario estar en congruencia con la legislación internacional	3
a.2. Es de beneficio para la sociedad	2
b. No:	15
b.1. Desincentivaría la inversión	10
b.2. Crearía más cargas para el patrono	3
b.3. Haría poco rentables ciertas ramas comerciales y empresariales	2

Fuente: Investigación de campo. Febrero, 2006.

Gráfica No. 10



Fuente: Investigación de campo. Febrero, 2006.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO OLEA, Manuel. **Introducción al derecho del trabajo**. Madrid, España: Ed. Revista de Derecho Privado, (s.e.), 1968.
- BADENI, Gregorio. **Instituciones de derecho constitucional**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Ad-Hoc S.R.L., (s.e), 1997.
- BARAJAS MONTES DE OCA, Santiago. **Conceptos básicos de derecho del trabajo**. México: Ed. Fondo de Cultura Económica, (s.e.),1996.
- BARASSI, Ludovico. **Tratado del derecho del trabajo**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Alfa, (s.e.), 1953.
- BODENHEIMER, Edgar, **Teoría del derecho**. 11a. ed.; México: Fondo de Cultura Económica, (S.E.), 1989.
- BURGOA O., Ignacio. **Diccionario de derecho constitucional**. México: Ed. Porrúa, S. A., (s.e.), 1998.
- CABANELLAS, Guillermo. **Compendio de derecho laboral**. Tomo II. Buenos Aires, Argentina: Ed. Bibliográfica Omeba, (s.e.), 1978.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo y Luis Alcalá-Zamora y Castillo. **Tratado de política laboral y social**. Tomo II. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, (s.e.), 1982.
- CABANES, P., «**Maternité et travail**, informe presentado al Ministerio de Trabajo y de Participación y al Secretario de Estado encargado del empleo femenino (París, abril de 1979),» <http://www.ilo.org/public/spanish/index.htm> (S.E), (s.e.), (10 de marzo de 2006).
- CALDERA, Rafael. **Derecho del trabajo**. Tomo I. Buenos Aires, Argentina: Ed. El Ateneo, (s.e.), 1979.

CASTILLO GONZÁLEZ, Jorge Mario. **Constitución Política de la República de Guatemala**, Comentada y anotada. 15a. ed.; Guatemala: Ed. Impresiones Gráficas, 2003.

Ch. PAOLI. «**Las trabajadoras y la maternidad**,» [http:// www.ilo.org/public/spanish/index.htm](http://www.ilo.org/public/spanish/index.htm) (S:E), (s.e.), (10 de marzo de 2006).

CHACÓN DE MACHADO y GUTIÉRREZ DE COLMENARES. **Introducción al derecho**. Guatemala: Ed. IDEA, Universidad Francisco Marroquín, (s.e.), 1990.

CHICAS HERNÁNDEZ, Raúl Antonio. **Derecho colectivo del trabajo**. Guatemala: Litografía Orión, (S:E), (s.e.), 2002.

DE BUEN, Néstor. **Derecho del trabajo**. México: Ed. Porrúa, S. A., (s.e.), 1986.

DE LA CUEVA, Mario. **Derecho mexicano del trabajo**. México: Ed. Porrúa, S.A. 1966. **El nuevo derecho mexicano del trabajo**. México: Ed. Porrúa, (s.e.), 1972.

DE LEÓN CARPIO, Ramiro. **Catecismo constitucional**. 2a. ed.; Guatemala: Instituto de Investigación y Capacitación Atanasio Tzul, (S.E.), 1990.

DU PASQUIER, Claude. **Introducción a la teoría general del derecho y a la filosofía jurídica**. 2a. ed.; Lima, Perú: Librería Internacional de Perú, (S.E.), 1950.

FERNÁNDEZ MOLINA, Luis. **Derecho laboral guatemalteco**. Guatemala: Ed. Inversiones Educativas, (s.e.), 2004.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. **Introducción al estudio del derecho**. 40a. ed.; México: Ed. Porrúa, S. A., 1993.

H. WILKINSON e I. Briscoe. **Parental leave: The price of family values**. [http:// www.ilo.org/public/spanish/index.htm](http://www.ilo.org/public/spanish/index.htm) (S.E.), (s.e.), (s.l.i), (10 de marzo de 2006).

Instituto de derechos humanos de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Et. Al. **I conferencia nacional sobre derechos humanos**. Guatemala: Centro de Impresiones Gráficas, (S.E.), (s.e.), 2002.

Instituto de derechos humanos de la Universidad de San Carlos de Guatemala. **Derecho colectivo del trabajo**. Seminario de actualización. Guatemala: (S.E.), (s.e.), 2000.

KROTOSCHIN, Ernesto. **Instituciones del derecho del trabajo**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Depalma, (s.e.), 1988.

LÓPEZ GUÍZAR, Guillermo. **Derecho colectivo del trabajo (la Organización Internacional del Trabajo)**. Guatemala: Universidad de San Carlos de Guatemala, (S.E.), (s.e.), 2000.

MALEFAKIS, Edward. **Diccionario de historia y política del siglo XX**. Madrid, España: Ed. Grupo Tecnos, (s.e.), 2001.

Ministerio de Trabajo y Previsión Social. **Cincuenta años de legislación laboral 1944-1994**. Guatemala: (S.E.), (s.e.), 1994.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, S. R. L., (s.e.), 1981.

P. VAN ESTERIK y L. Menon. «**Being mother-friendly: A practical guide for working women and breastfeeding**,» <http://www.ilo.org/public/spanish/index.htm> (S.E.), (s.e.), (s.l.i.), (10 de marzo de 2006).

PEREZNIETO CASTRO, Leonel. **Introducción al estudio del derecho**. 3a. ed.; México: Editorial Harla, (S.E.), 1995.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. **Los principios del derecho del trabajo**. Montevideo: Ed. M.B.A., (s.e.), 1975.

RIBÓ DURÁN, Luis. **Diccionario de derecho**. Barcelona, España: Ed. Bosch, S. A., (s.e.), 1987.

S. PRECHAL y L. Senden, «**Mise en application de la Directive 92/85 (travailleuses enceintes): Rapport spécial 1995 du Réseau des experts concernant la mise en oeuvre des directives égalité**, documento núm. V/1717/96-FR (Bruselas, Comisión Europea, octubre de 1996),» <http://www.ilo.org/public/spanish/index.htm> (S.E.), (s.e.), (10 de marzo de 2006).

SÁNCHEZ ALVARADO, Alfredo. **Instituciones del derecho mexicano del trabajo**. México: Ed. Porrúa, (s.e.), 1978.

TRUEBA URBINA, Alberto. **Nuevo derecho del trabajo. Teoría integral**. México: Ed. Porrúa, S.A. (s.e.), 1970.

VALTICOS, Nicolás. **Normes internationales du travail et droits del homme**. <http://www.ilo.org/public/spanish/index.htm> (S.E.), (s.e.), (s.l.i), (10 de marzo de 2006).

Legislación:

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

Gacetas jurisprudenciales Corte de Constitucionalidad de Guatemala. CD-Gacetas Jurisprudenciales, Guatemala: 2001.

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

Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre. Aprobada en la 9a. Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948.

Carta de la Organización de los Estados Americanos. Adoptada en la 9a. Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948 y sus modificaciones: 1955 y 1996.

Convenio Sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1948. Convenio No. 89 (revisado), de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por Guatemala el 22 de enero de 1952.

Convenio Sobre el trabajo nocturno de los menores (industria), 1948. Convenio No. 90 (revisado), de la de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por Guatemala el 28 de enero de 1952.

Convenio Sobre igualdad de remuneración, 1951. Convenio No. 90 (revisado), de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por Guatemala el 28 de junio de 1961.

Convenio Sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952. Convenio No. 103, de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por Guatemala el 07 de febrero de 1989.

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

Convenio Sobre la edad mínima de Trabajo, 1973. Convenio No. 138, de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por Guatemala el 27 de abril de 1990.

Convenio Sobre pueblos indígenas y tribales, 1989. Convenio No. 169, de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por Guatemala el 24 de mayo de 1996.

Convenio Sobre la protección a la maternidad, 2000 Convenio No. 183, de la Organización Internacional del Trabajo (**éste no ha sido ratificado por Guatemala)

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Decreto 6-78 del Congreso de la República de Guatemala, 1978. Organización de Estados Americanos, San José, Costa Rica, 1969.

Código de Trabajo. Decreto 1441 del Congreso de la República de Guatemala, 1961 y sus reformas.