

# DERECHO A LA MATERNIDAD Y PATERNIDAD EN LA LEGISLACIÓN LABORAL CENTROAMERICANA<sup>1</sup>

Máster Rodrigo Jiménez Sandoval  
Consultor del ILANUD

El proceso reproductivo otorga funciones y responsabilidades tanto para los hombres como para las mujeres. Algunas serán compartidas, por lo que un trato diferenciado podrá configurar una discriminación directa. También podrá constituirse esta discriminación en el caso de que el trato diferenciado sea desfavorable por razón del embarazo. Pero una gran mayoría de las funciones responden a las diferencias biológicas entre los sexos.

Estas diversidades, basadas en el aparato reproductivo, rompen el concepto de discriminación directa. El comportamiento diferenciado obedece a una clara disimilitud. No se considera discriminatorio tratar diferente lo que es diferente. El embarazo constituye una de esas diferencias inmutables y su trato se amplía en el tiempo por las consecuencias que surgen de él.

Alguna jurisprudencia norteamericana lo ha asimilado con situaciones de enfermedad<sup>2</sup>, pero al tratarse de un fenómeno diferente para cada sexo, no existe una comparatividad. En la sentencia *Geldulgig versus Aiello* (417 U.S 484) se rectifica aquella posición al afirmarse que *"un embarazo normal es una condición física con características únicas e identificables de manera objetiva"*, por lo cual es imposible el caso de hombres en similar posición.

El legislador deberá detectar y tratar de neutralizar las situaciones o comportamientos discriminantes que se traducen en obstáculos y barreras para la igualdad de oportunidades.

Salvo la Constitución Política nicaragüense, que en su artículo 74 hace referencia al derecho a la protección del proceso reproductivo, los ordenamientos jurídicos

centroamericanos parten de una protección a la maternidad<sup>3</sup>. Esta diferencia conceptual implica percibir de modo diferente la función reproductiva.

En este último caso se refuerza el criterio de que una vez fecundado el óvulo, los hombres son simples observadores del proceso. Se trata de una forma de eximirlos de responsabilidades, incentivar la paternidad irresponsable y acentuar las diferencias de trato desfavorable para las mujeres, únicas a quienes, según este criterio, afecta la reproducción.

Esto tiene una doble consecuencia: por una parte las convierte en únicas beneficiarias de los derechos provenientes de las protecciones que de ellas derivan; por otra, les atribuye toda la carga de responsabilidad, extendiéndola incluso a la atención a la familia. Al identificarse a la mujer con la madre, se incurre en un familismo que la aprisiona en la esfera del hogar.

El criterio de protección al proceso reproductivo abre las puertas para iniciar cambios sustanciales respecto de las responsabilidades de ambos sexos en estas funciones. Lo que se protege es la procreación en el ámbito laboral, y es la sociedad la beneficiaria del derecho, del cual disfrutarán las mujeres embarazadas, sus compañeros y la persona recién nacida.

Dada la complejidad que surge como resultado del trato diferencial, el estudio de cada uno de estos derechos requiere un análisis detallado. El diferente trato puede responder a dos situaciones: primero, a las obvias diferencias biológicas, y en este caso, como se mencionó, no constituye discriminación; segundo, a construcciones sociales que traen como consecuencia desigualdades en el ejercicio de los derechos.

<sup>1</sup> Extracto de la Investigación sobre Igualdad de Género en el Derecho Laboral Centroamericano de la Organización Internacional del Trabajo, Proyecto Derecho de las Trabajadoras de la Maquila y el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Programa Mujer, Justicia y Género.

<sup>2</sup> Caso *Turley vs. Alders Department Stores Ltd.*

<sup>3</sup> Artículo 68, Constitución Política de Panamá.

Las Leyes centroamericanas coinciden en la responsabilidad estatal de proteger la maternidad y paternidad en el ámbito laboral por medio de las siguientes medidas:

**a) Evitar faenas perjudiciales para la salud de la mujer embarazada**

La medida se da en dos momentos: antes y después de la contratación. En algunos países se regula en el ámbito constitucional. Es el caso de Guatemala, en cuya Constitución Política<sup>4</sup> se prohíbe exigir a las embarazadas trabajo cuyo esfuerzo ponga en peligro su gravidez. En el sistema internacional de protección de los derechos humanos, la CEDAW (artículo 11, inciso 2 d) se refiere a "prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajo que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella".

Este derecho se reconoce en el ámbito legal en varios códigos laborales centroamericanos<sup>5</sup>, en los cuales se prohíbe exigir de las embarazadas labores incompatibles con su estado, o faenas perjudiciales o que pongan en peligro la procreación. La forma en que se interpreten estos términos puede tener efectos desfavorables para la contratación de embarazadas.

Si las mujeres antes del embarazo estuviesen realizando labores perjudiciales para su salud, el patrono está en la obligación de trasladarlas sin menoscabo de su salario y reintegrarlas una vez concluido el parto<sup>6</sup>. Esto podrá significar un gasto adicional por parte del patrono en el entrenamiento de la persona que sustituirá a la trabajadora, y en la productividad obtenida, así como en la contratación a tiempo fijo de otra trabajadora.

El período de protección para la mayoría de los ordenamientos es durante el embarazo, salvo en Guatemala<sup>7</sup>, donde se otorgan tres meses antes del alumbramiento, en clara contradicción con el artículo 11, inciso 2 d) de la CEDAW.

Es recomendable un mayor desarrollo interpretativo para definir el significado de labores peligrosas, así como regular el derecho al traslado temporal con igual salario

y la ampliación del derecho durante todo el embarazo. Asimismo, se deben buscar soluciones para mitigar el gasto adicional en que incurren los patronos por una posible baja en la productividad o entrenamiento del personal sustituto.

**b) Asegurar que las jornadas no perjudiquen el proceso de procreación**

Su objetivo es proteger la salud de la mujer embarazada en caso de ser necesario. La figura jurídica únicamente ha sido desarrollada por los Códigos de Trabajo de Nicaragua y Panamá.

El primero establece que no podrán ser incluidas en roles nocturnos una vez cumplidos los seis meses de gravidez, y el segundo prohíbe las jornadas extraordinarias, los turnos rotativos, las jornadas mixtas o nocturnas.

A nuestro parecer, ambas regulaciones pueden tener efectos desfavorables para las mujeres. Para las partes patronales estos requisitos se traducen en mayores costos debido al impacto en la producción, la eficiencia del trabajo y los gastos administrativos en que se puede incurrir para ajustar las jornadas por la ausencia de la mujer embarazada.

Se requiere una regulación objetiva del Derecho, la cual no genere supuestos privilegios que luego se traduzcan en graves perjuicios para el acceso laboral de las mujeres. El objeto de la regulación perfectamente puede estar cubierto por el derecho de la mujer embarazada a no realizar faenas perjudiciales para la salud.

**c) Brindar servicios de salud reproductiva**

El Convenio 3 de la OIT de 1919, sobre la protección de la maternidad, ratificado por Panamá y Nicaragua, establece el derecho de la embarazada a contar con un médico o una comadrona. Con posterioridad, los Estados de la región asumen, respecto del servicio de atención en salud reproductiva, compromisos internacionales<sup>8</sup> más abarcadores, los cuales incluyen

<sup>4</sup> Artículo 102, inciso k), Constitución Política de Guatemala.

<sup>5</sup> Artículo 110, Código de Trabajo de El Salvador; artículo 151, Código de Trabajo de Guatemala.

<sup>6</sup> Artículo 140, Código de Trabajo de Nicaragua.

<sup>7</sup> Artículo 151, Código de Trabajo de Guatemala.

<sup>8</sup> Artículo 9, inciso 2), Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

servicios para la planificación de la familia y servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el posparto<sup>9</sup>.

En la realidad los Estados han asumido compromisos formales desarrollados en la normativa interna<sup>10</sup>, pero estos son poco eficaces y no aseguran el goce de estos derechos para las mujeres centroamericanas. Probablemente se deba a la necesaria inversión financiera estatal para cumplir con esta normativa.

La violación de los derechos a la salud reproductiva se manifiesta en embarazos no deseados y enfermedades. Esto se traduce en ausentismo, incapacidades, bajas en la productividad, etc., que afectan el pleno disfrute de los derechos laborales de las mujeres.

#### **d) Asegurar la estabilidad laboral a la mujer embarazada**

El objetivo de este derecho está dirigido a asegurar la estabilidad laboral que puede verse afectada a raíz de discriminación por el embarazo o sus efectos<sup>11</sup>. Así lo han entendido los Estados al promulgar normas constitucionales<sup>12</sup> que garanticen la estabilidad laboral de la mujer grávida. La comunidad internacional ha establecido varias regulaciones que obligan a cumplir con dicha garantía a los Estados que han ratificado los instrumentos<sup>13</sup>.

Las leyes centroamericanas no son uniformes respecto del tiempo de la protección. Debido a esto, en algunos países abarca el período comprendido entre el momento en que se notifica el estado de gravidez hasta que concluye el descanso posparto<sup>14</sup>; en otros comprende el período de lactancia<sup>15</sup>; y aun hay algunos en que se extiende hasta por un año<sup>16</sup>.

En caso de que la parte patronal considere que se dio una causa justificada para el despido y proceda en

consecuencia, debe seguir un proceso para su debida autorización por parte de una autoridad administrativa<sup>17</sup> o judicial<sup>18</sup>. Conseguida esta, el patrono podrá despedir a la trabajadora, lo cual no significa que ella no pueda acudir a los órganos jurisdiccionales si considera que su despido ha sido injustificado. Constituyen salvedad los ordenamientos de Honduras y Guatemala, donde no se contempla esta autorización previa: una vez despedida, la trabajadora deberá acudir a los tribunales de justicia para hacer valer sus derechos.

Si la parte patronal la despidiera sin cumplir con el proceso establecido y sin causa justificada, las consecuencias, según sea el caso, pueden ser: reinstalación en el puesto<sup>19</sup>, pago de salarios caídos, pago de indemnización<sup>20</sup> o rompimiento del contrato laboral con las responsabilidades correspondientes.

Debe tenerse claro que el presente derecho se otorga para proteger a las mujeres de posibles despidos injustificados cuya razón es el embarazo, pero este derecho no crea un fuero especial de impunidad laboral para la trabajadora, la cual puede ser despedida con justa causa. El proceso de autorización del despido debe ser expedito, seguro, justo y lo más simple posible, no solo para que el patrono elimine una serie de prejuicios por erróneas interpretaciones de los artículos que afectan los criterios de contratación para las mujeres, sino también para que las que fueron despedidas sin justa causa reciban la compensación lo más pronto posible.

Respecto de las sanciones, deben realizarse reformas, especialmente en lo que concierne a la reinstalación, ya que esta dependerá de cada caso. Si produce efectos negativos, las mujeres despedidas injustamente requerirán de otro tipo de indemnización establecida por ley<sup>21</sup>.

<sup>9</sup> Artículo 12, CEDAW.

<sup>10</sup> Artículo 141, Código de Trabajo de Nicaragua.

<sup>11</sup> 557 denuncias presentadas a raíz del despido por embarazo en 1999. Fuente: Dirección Nacional de Inspección de Trabajo, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de Costa Rica.

<sup>12</sup> Artículo 68, Constitución Política de Panamá.

<sup>13</sup> Artículo 11, inciso 2) de la CEDAW.

<sup>14</sup> Artículo 143, Código de Trabajo; artículo 113, Código de Trabajo de El Salvador; artículo 144, Código de Trabajo de Honduras.

<sup>15</sup> Artículo 151, inciso 5), Código de Trabajo de Guatemala y artículo 94, Código de Trabajo de Costa Rica.

<sup>16</sup> Artículo 68, Constitución Política de Panamá.

<sup>17</sup> Artículo 94, Código de Trabajo de Costa Rica; artículo 144, Código de Trabajo de El Salvador.

<sup>18</sup> Artículo 106, Código de Trabajo de Panamá.

<sup>19</sup> Artículo 151, Código de Trabajo de Guatemala.

<sup>20</sup> Artículo 94, Código de Trabajo de Costa Rica.

<sup>21</sup> Entrevista al juez coordinador de los juzgados de trabajo en el II Circuito Judicial de San José, Fernando Salazar Alvarado, (La Nación 12-3-2000): "Aunque le permite escoger entre la reinstalación y la indemnización, la práctica nos ha dicho que ellas prefieren esto último".

### e) Brindar licencia de maternidad y ajuste familiar

El Convenio 3 sobre la protección de la maternidad de 1919, otorga licencia por seis semanas antes y seis después del parto. La CEDAW, en su artículo 11, inciso 2 b), se refiere a *"implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdidas del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales"*. Reafirma este derecho el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 9, inciso 2).

Un objetivo es proteger la salud de las mujeres en estado de gravidez, ya sea durante el embarazo o una vez finalizado por parto o aborto<sup>22</sup>. En este caso se mantiene el trato diferenciado para las embarazadas con respecto a sus compañeros.

### f) Beneficiar el ajuste familiar por el parto o por la adopción<sup>23</sup> de un hijo o hija

Esta situación no requiere un trato diferenciado y configura una discriminación directa con sus elementos correspondientes. Produce bilateralidad porque ambos sexos se ven afectados por la diferenciación de trato: las mujeres gozan de un derecho que afecta sus oportunidades laborales por el costo que ello puede significar; y los hombres no gozan del beneficio de ajuste familiar necesario con la llegada de un nuevo miembro. No existe una causa justificable para el trato diferenciado.

Conforme a las legislaciones centroamericanas, se requiere de certificación médica para determinar el inicio de la licencia prenatal. La legislación panameña, incluso, contempla el servicio gratuito en este sentido<sup>24</sup>.

Los períodos de descanso son antes y después del parto. El primero obedece, casi en su totalidad, a razones de salud de la mujer embarazada. Conforme al Convenio 3 de la OIT (ratificado por Nicaragua y Panamá) se deben otorgar seis semanas de descanso previo al parto, lo cual cumple únicamente la ley panameña.

Es importante establecer un período corto para los hombres con el objeto de incentivar su participación activa en el proceso del parto a que contribuye al ajuste familiar.

Para el período posterior, el Convenio de la OIT establece seis semanas. Este sí es respetado por todos los Estados de la región, los cuales, por lo general, otorgan incluso un plazo mayor al establecido.

En este caso, es recomendable conceder al hombre un período de adaptación (aunque menor al de la mujer, ya que parte del tiempo brindado a esta se da por razones de salud), a fin de que participe en el ajuste familiar. En Guatemala, el ordenamiento jurídico le otorga al padre una licencia por nacimiento de hijo(a)<sup>25</sup>.

La CEDAW establece claramente que el descanso es remunerado. Su pago le corresponde al seguro social o se comparte con el patrono<sup>26</sup>. El monto corresponderá al salario devengado, o en su defecto, al promedio de salarios obtenidos en los últimos meses si este es mayor al monto reportado. Esto para evitar cualquier reducción por diversas razones, como la disminución de pago de horas extra.

El cobro al patrono de parte de la remuneración de la embarazada, trae efectos adversos para las mujeres, al incrementarse los costos del empleador cuando las contrata y ellas quedan embarazadas. Para romper con esta discriminación directa, el Estado deberá cubrir en su totalidad el pago de la licencia por gravidez.

El proceso reproductivo es de interés social. Los descansos no interrumpen la continuidad del contrato: su suspensión<sup>27</sup> es contraria al artículo 11 de la CEDAW, citado con anterioridad, y se constituye en una norma inconstitucional.

Urgen las reformas legislativas necesarias para eliminar las discriminaciones existentes y las acciones judiciales que declaren la inconstitucionalidad de las normas que incumplen con los compromisos internacionales asumidos por los Estados de la región.

<sup>22</sup> Artículo 112, Código de Trabajo de Panamá.

<sup>23</sup> Artículo 152, inciso f), Código de Trabajo de Guatemala.

<sup>24</sup> Artículo 108, Código de Trabajo de Panamá.

<sup>25</sup> Artículo 61 n. Código de Trabajo de Guatemala.

<sup>26</sup> *Idem*.

<sup>27</sup> Artículo 65, Código de Trabajo de Guatemala.

### **g) Otorgar el derecho de lactancia**

El Convenio 3 de la OIT es pionero en la regulación de este derecho, al otorgar dos descansos diarios de media hora para tales efectos.

Conforme a la ley nicaragüense de la lactancia materna, artículo 1, las actividades para promoverla e incrementarla se declaran de interés público; caso semejante es la ley costarricense de lactancia 7430.

Las reglas que rigen este derecho se encuentran, en su gran mayoría, en los códigos de trabajo de cada uno de los países del área y regulan cuatro aspectos:

#### *- Duración del derecho*

No existe uniformidad respecto de la duración. Se dan parámetros de doce meses<sup>28</sup>, diez meses<sup>29</sup>, seis meses<sup>30</sup> o el tiempo que dure el descanso de posparto, el cual podrá ampliarse con certificación médica.

#### *- Tiempo autorizado para otorgarla*

Respecto del tiempo autorizado se dan las siguientes modalidades: quince minutos cada tres horas<sup>31</sup>; dos medias horas dos veces al día<sup>32</sup>; una hora diaria, la cual puede ser tomada antes de iniciar o de concluir la jornada laboral<sup>33</sup>.

#### *- Lugar donde se brinda*

Los(as) patronos(as) están obligados a acondicionar, en el sitio de trabajo, un lugar adecuado para que las mujeres amamenten a sus hijos(as). Algunas legislaciones determinan un número mínimo de trabajadoras<sup>34</sup> para que el patrono se vea obligado a realizar tal acondicionamiento.

Esta disposición tiene inconsistencias prácticas. Las mujeres solo podrán amamentar a sus hijos(as) si cuentan con guarderías o centros de cuidado infantil en el caso de los quince minutos cada tres horas, o en el de dos medias horas dos veces al día.

#### *- Pago del tiempo dedicado a ella*

El tiempo otorgado para la lactancia será contabilizado como laborable para efecto del pago salarial<sup>35</sup>.

### **h) Asegurar la no prescripción de los derechos**

Para la legislación nicaragüense, conforme al artículo 261 del Código de Trabajo, la prescripción no correrá para los permisos de maternidad.

El cumplimiento y goce de los derechos a la protección de la reproducción, tal y como están concebidos en la actualidad, implica diversas percepciones según sean los sujetos involucrados.

Para la parte patronal: baja productividad, gastos en entrenamiento, inversión, ausentismos, incapacidades, pago de tiempo no laborado, pago de licencias de maternidad<sup>36</sup>, etc.

Para las trabajadoras: no contratación laboral, despido por razones de embarazo, tensión y ansiedad, hostigamiento laboral para su renuncia, etc.

Para los Estados: compromiso formal en muchos casos con pocas obligaciones y aun sin concretar.

Para los compañeros de vida de las trabajadoras: ausencia total en el proceso reproductivo sin efectos negativos en su relación laboral.

<sup>28</sup> Artículo 2 de la Ley de Fomento a la Lactancia No. 7430 de Costa Rica.

<sup>29</sup> Artículo 153, Código de Trabajo de Guatemala.

<sup>30</sup> Código de Trabajo de Honduras.

<sup>31</sup> Artículo 143, Código de Trabajo de Nicaragua.

<sup>32</sup> Artículo 104, Código de Trabajo de Panamá.

<sup>33</sup> Artículo 312, inciso 3, I Código de Trabajo de El Salvador.

<sup>34</sup> Artículo 143, Código de Trabajo de Nicaragua.

<sup>35</sup> Artículo 312, inciso 2), Código de Trabajo de El Salvador.

<sup>36</sup> Según informe del área de prestaciones de dinero de la CCSS de Costa Rica, esta atendió un total de 9455 casos por maternidad y desembolsó más de c525 millones en esas prestaciones.

Estas percepciones traen como consecuencia que a las mujeres se las discrimine, se las excluya, oprima y violente en todo el ámbito laboral. Por lo tanto, urge modificar la legislación e implantar normas que corrijan los problemas existentes.

Los patronos deberán asumir la responsabilidad rompiendo tanto con los prejuicios en contra de las mujeres, así como las normas relacionadas con la procreación. Asimismo, entre otras medidas deben desarrollar estudios para mejorar los sistemas productivos y crear ambientes cálidos de trabajo libres de violencia contra las mujeres embarazadas.

El Estado, por su parte, debe asumir su responsabilidad en la procreación, brindando los servicios correspondientes e invirtiendo mayores recursos en incentivos, como exoneraciones fiscales, para cubrir parte de los gastos en que incurren los patronos por esta causa.

Las leyes deben involucrar más a los compañeros de las mujeres embarazadas en el proceso de

procreación, otorgándoles derechos que, a su vez, equilibren la decisión de los empleadores de contratar preferiblemente hombres.

#### i) Prestaciones de maternidad<sup>37</sup>

Se reconocen en normas constitucionales<sup>38</sup>, tratados internacionales<sup>39</sup> y normas ordinarias<sup>40</sup>. Se encuentran contempladas en los derechos a la seguridad social de que gozan todos(as) los(as), trabajadores(as), e incluyen la asistencia médica prenatal, durante el parto, puerperal y hospitalaria.

Se originan en la obligación social de proteger la reproducción. Entre sus usuarias se destacan las trabajadoras y las compañeras de los trabajadores. Su reconocimiento no ha tenido gran oposición, tal vez por tratarse de un beneficio que las mujeres gozan en algunos casos por derivación de los hombres. Inclusive en la legislación costarricense es el primer derecho que se les reconoce en un matrimonio de hecho.

<sup>37</sup> Ver, en las discriminaciones indirectas, apartado de derechos a la seguridad durante el contrato laboral.

<sup>38</sup> Artículo 73, Constitución Política de Costa Rica.

<sup>39</sup> Artículo 9, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

<sup>40</sup> Artículo 5, Resolución Ministerial Relativa al Trabajo en las Zonas Francas radicadas en la República de Nicaragua.