

Maternidad	121
I. Definición	121
II. Función social	122
III. Protección legal de la maternidad	126
IV. Fundamento constitucional	127
1. Garantías individuales	127
2. Garantías sociales	128
V. Normas internacionales	130
VI. Ley General de Salud	134
VII. Ley Federal del Trabajo	135
1. Por la materia	136
2. Por la fecha en que se producen los de- rechos	136
3. Por la función biológica de la mater- nidad	139
VIII. Ley del Seguro Social	141
IX. Legislación sobre menores	143
1. Ley para la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes	143
2. Ley de los derechos de las niñas y ni- ños en el Distrito Federal	144
X. Discriminación por maternidad	145
1. El rechazo a la ocupación de un puesto determinado viola los derechos de igual- dad de la mujer	146
2. El impedimento de ascensos	151
3. Despido con motivo del embarazo	151
XI. Acciones legales en contra de la discri- minación por maternidad	157

MATERNIDAD

I. DEFINICIÓN

Los términos más comunes para referirse al proceso reproductivo de la mujer son embarazo, gestación y maternidad. El último es el empleado en la legislación laboral y de seguridad social; la razón puede obedecer a su amplitud conceptual al abarcar además del proceso fisiológico, periodos como la lactancia y el puerperio. La gestación se refiere estrictamente al proceso de formación del producto en el vientre materno.

Jurídicamente la maternidad tiene la naturaleza de un hecho jurídico, relacionado con la reproducción del ser humano, del cual surgen derechos y obligaciones. En las relaciones jurídicas de las trabajadoras surgen derechos relacionados con la maternidad, por ello la legislación laboral y la de la seguridad social contienen disposiciones concretas acerca del desempeño de su trabajo durante el periodo de gestación. Empero, la maternidad, como

asunto de salud también es materia de regulación en la legislación sanitaria.

En medicina, la maternidad es la función reproductiva de la mujer que comprende la gestación y el embarazo. La Ley General de Salud considera la maternidad como el *embarazo, parto y puerperio* (artículo 61-I). La gravidez se inicia con la fecundación y termina con el nacimiento del niño o niña que, médicamente se conoce como parto, aunque también se le llama alumbramiento. Es costumbre popular decir que la *madre se alivia*, expresión incorrecta, porque *la maternidad no es enfermedad*.

II. FUNCIÓN SOCIAL

La diferenciación sexual se manifiesta en el proceso de reproducción biológicamente determinado; este factor evidentemente de naturaleza biológica es un condicionante de la vida social, como son también la fecundidad y la fertilidad que han derivado en la sumisión tradicional de la mujer, con las excepciones del matriarcado. Hoy en día la condición social de la mujer ha variado por la influencia de otros múltiples factores, entre ellos el económico, que aunque no es el único, es de suma importancia. No obstante los cambios y las diferencias en los grupos sociales del orbe, cambios que también se

advierten de acuerdo a su condición económica se ha mantenido lo que Weber llama la comunidad doméstica.⁶⁵ El principio del *comunismo doméstico*, elemento de integración familiar y base para el origen de la comunidad económica a que el autor se refiere a propósito de *tipos de comunidad y sociedad*. Esta comunidad doméstica coincide con el pensamiento de Durkheim respecto a la solidaridad originaria cuando el hombre y la mujer se unen y forman una familia y dividen sus funciones.⁶⁶

Durkheim pertenece al siglo XIX, Weber al inicio del XX y hoy, al iniciar el XXI, la familia continúa siendo una comunidad económica, solidaria, en la cual tanto el padre como la madre contribuyen a su sostenimiento. La valoración económica del trabajo doméstico efectuado generalmente por la mujer (madres, hijas y hermanas principalmente), al servicio de la familia, no tiene aceptación como trabajo productivo, cuestión que es hora de reivindicar, como se apunta en la introducción de este trabajo.⁶⁷

La historia muestra las cargas extras que tiene la mujer al asumir como propias y casi exclusivas, las faenas domésticas y participar a la vez en otras funciones lucrativas, fuera o dentro del ámbito fami-

65 Weber, Max, *Economía y sociedad*, FCE, México, 1992, p. 292.

66 Durkheim, Emile, *op. cit.*, nota 21, *passim*.

67 Véase nota 4.

liar, para aportar al sostenimiento de su núcleo.⁶⁸ Ahora hay que considerar que por regla general lo que era solo una aportación al ingreso familiar, que igual podía ser mínima hasta muy importante, hoy en día ha aumentado y ha movido en México y en el mundo, las estadísticas en general.⁶⁹ Los cambios estadísticos se observan tanto en las variables económicas como en la composición y comportamiento familiar. Por la línea económica se han multiplicado las relaciones con la participación activa de la mujer y la incidencia en los índices de nacimientos,

68 La Comisión para la Cooperación Laboral del Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte realizó un estudio comparativo del trabajo femenino entre los países miembros (EUA, Canadá y México), entre los años 1984 y 1996. En éste se advierte el nivel de aumento en México de ocupación femenina de más de 15 años, en 84% de 6.3 millones a 11.6 millones que significa una participación en la fuerza de trabajo a 32.8%. Los resultados del estudio en cuestión permiten estimar que dicha fuerza de trabajo irá en aumento y que la fuerza de trabajo de las mujeres mayores de 12 años crecerá hasta el año 2005 a una tasa anual de 2.8%. Se observa en el estudio que el aumento mayor registró una participación mayor de las mujeres casadas. Destaca también el informe de la alta reducción de la tasa de fecundidad que de un promedio de 6.6 hijos por mujer en 1970 disminuyó a 3.1 hijos por mujer en 1996. También es de notar que el aumento de empleo entre las mujeres es superior en actividades por su cuenta y la disminución de trabajadoras asalariadas. De estos datos puede inferirse, como hipótesis, que las causas obedecen a la discriminación en el trabajo por motivo de la maternidad y el cumplimiento de las responsabilidades familiares, además de las pocas oportunidades de la oferta de trabajo parcial. *El empleo de la mujer en América del Norte*, Dallas, 1998, pp. 11-17.

69 *La protección de la maternidad en el trabajo*, OIT, 1997, pp. 5-12.

matrimonios, divorcios, composición familiar, e incluso puede hablarse de variaciones en la salud de los niños a partir de la salida de la mujer del hogar. Así de importante es la maternidad.

La maternidad cumple con la misión esencial de perpetuar la especie humana. Cumple también con la importante función social de integrar al grupo familiar, de convertirlo en la célula en la cual se fundamenta la sociedad y en donde surgen los primeros lazos de control social. Por esto se puede afirmar que la maternidad cumple una función social básica e indispensable.

Es innecesario repetir la importancia de la maternidad, así como indicar que la condición biológica normal de la mujer es procrear, mas no por ello debe olvidarse y de entender en toda su dimensión que la perpetuación de la especie se comparte con el sexo masculino; por ende, las responsabilidades social y económica de ambos deben compartirse. La mujer como productora de riqueza (trabajadora, empresaria, comerciante etcétera), debe contar con las mismas oportunidades, al igual que el varón, recibir el mismo trato social, educativo, laboral y, en general, disfrutar de los mismos derechos que los varones, así como responder por las mismas obligaciones.

La igualdad, como se dice al principio de este trabajo, no es absoluta y la diferencia sexual justo

lo confirma. Empero, la igualdad jurídica para ambos sexos debe pasar como tal y las distinciones hechas con motivo de la protección de la maternidad dejan de ser privilegios. Las consideraciones de orden médico, de higiene y seguridad y las de índole social, se justifican plenamente y si bien pueden considerarse como discriminación positiva, habrá que entenderlas más como medidas de protección.

III. PROTECCIÓN LEGAL DE LA MATERNIDAD⁷⁰

Cuando en derecho se maneja la expresión “los derechos del hombre”, deben considerarse los derechos de la persona, los derechos humanos. Cómo bien se entiende el Estado como organización política obliga a protegerlos, mediante un reconocimiento tácito que el derecho confirma⁷¹ y que lleva al derecho positivo con el fin de garantizar y asegurar su cumplimiento con eficacia.⁷²

70 *La protección de la maternidad en el trabajo*, OIT, pp. 5-12

71 Jellinek, George, *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2000, *passim*.

72 Véase Dekeuwer-Défossez, Françoise, *L'égalité des sexes*, Dalloz, Paris, 1998, *passim*.

IV. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

1. *Garantías individuales*

En el texto de la norma superior mexicana, la procreación es un derecho tanto para hombres como para mujeres que se fundamenta en el artículo 4o.; misma disposición que se cita sin seguir el orden textual para facilitar el análisis del tema que nos ocupa. Se establece en primer lugar, la igualdad jurídica del varón y de la mujer; a partir de este fundamento, también ya analizado, la disposición establece que:

a) *La ley protegerá la organización y el desarrollo de la familia.* Ya se dijo que familia se sustenta en la procreación, y que estas son indispensables para la perpetuación de la especie, por lo tanto debe haber normas jurídicas viables y eficaces para proteger la maternidad.

b) *Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.* Este derecho corresponde a cada mujer y a cada hombre y lo deseable sería la decisión de la pareja como un acto de responsabilidad social. Es ilícita y desde luego nula, cualquier consideración, condición o compromiso en contra de esta determinación.

c) Toda persona tiene derecho a la protección a la salud en los términos del Código Civil para el Distrito Federal como en la mayoría de los ordenamientos nacionales en la materia se tiene como persona para efectos jurídicos, o se considera como tal, desde el momento de la concepción. Así, el óvulo fecundado, el embrión y el feto, tienen derecho a ser protegidos por la ley. Su condición y dependencia del seno materno hace implícita dicha protección para la madre sin ser necesaria para el padre que se desliga de la función biológica reproductiva y quien sólo conserva sus derechos de paternidad así como las obligaciones que le marca la ley.

d) *Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental.* Esta obligación constitucional del padre y la madre, de facto se convierte en una responsabilidad mayor para la madre por su función fisiológica. Para su cumplimiento tiene el respaldo de la misma disposición constitucional cuando se refiere a la protección legal del desarrollo de la familia, pero adviértase que también representa una protección para el padre.

2. *Garantías sociales*

El fundamento protector de la maternidad aparece originalmente con el artículo que se analiza, co-

rrespondiente al capítulo de las garantías individuales. En cuanto a las llamadas garantías sociales, en el artículo 123 se estipulan los derechos en relación con la madre como sujeto de una relación laboral. En el apartado “A”, la protección se regula en la fracción V en los siguientes términos:

a) *Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación...* La disposición se limita, en principio, a la gestación, esto es, al periodo estrictamente referido al proceso de formación en el vientre materno, pero se amplía posteriormente;

b) *...gozarán forzosamente de un descanso de seis semanas anteriores a la fecha fijada aproximadamente para el parto y seis semanas posteriores al mismo...* La protección durante el segundo lapso ya no corresponde a la *gestación*, con lo cual se asume la extensión a la función materna (maternidad) y al cuidado de la mujer misma;

c) *...en el periodo de lactancia, tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno, para alimentar a sus hijos.* El derecho a alimentar a los hijos, como parte también de la maternidad es correlativo a la obligación del artículo 4o. del mismo supremo ordenamiento, sobre la satisfacción de las necesidades de los hijos;

d) En la fracción XXIX, se ordena la expedición de una Ley de Seguridad Social la cual comprenderá servicios de guardería y *cualquier otro encaminado a la protección y bienestar de los trabajadores... y sus familiares*. La ley incluye la maternidad con la atención médica gineco-obstétrica, con un sentido amplio, extensivo a los hijos y a las hijas desde el momento de su nacimiento.

e) La protección para la madre se refiere tanto a la condición física (prevención de actividades peligrosas o insalubres, atención médica, y otras), como a la material o económica al asegurarle el pago de sus salarios durante la licencia y el cumplimiento a todas las prestaciones adquiridas por la relación de trabajo (su permanencia en él, el pago por el reparto de utilidades, vacaciones y antigüedad, por citar algunos de los que la legislación reglamentaria detalla).

Las normas constitucionales son explícitas; sin embargo, convendría una redacción con más orden y adiciones que amplíen la protección de la maternidad con licencias para los padres que les permitan compartir las responsabilidades familiares.

V. NORMAS INTERNACIONALES

Como fundamento de protección a la maternidad pueden citarse:

A) La Declaración de los Derechos del Hombre que dice el artículo 25:

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales.

B) La Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación en contra de las mujeres, incluye en la parte III, artículo 11. 1:

a) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguarda de la función de la reproducción.

2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados partes tomarán medidas adecuadas para:

a) Prohibir bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la dis-

criminación en los despidos sobre la base del estado civil;

b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales;

c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños;

d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.

C) El Convenio núm. 102 acerca de las Normas Mínimas de Seguridad Social, ratificado por México, establece la obligación de brindar atención médica-obstétrica a la trabajadora:

Artículo 8o.

La contingencia cubierta deberá comprender todo estado mórbido cualquiera que fuere su causa, el embarazo, el parto y sus consecuencias.

Artículo 47

La contingencia cubierta deberá comprender el embarazo, el parto y sus consecuencias, y la suspen-

sión de ganancias resultantes de los mismos, según la defina la legislación nacional.

Artículo 49

1. En lo que respecta al embarazo, al parto y sus consecuencias, las prestaciones médicas de maternidad deberán comprender la asistencia médica mencionada en los párrafos 2 y 3 de este artículo.

2. La asistencia médica deberá comprender, por lo menos:

a) La asistencia prenatal, la asistencia durante el parto y la asistencia puerperal prestada por un médico o por una comadrona diplomada; y

b) La hospitalización, cuando fuere necesaria.

3. La asistencia médica mencionada en el párrafo 2 de este artículo tendrá por objeto conservar, restablecer o mejorar la salud de la mujer protegida, así como su aptitud para el trabajo y para hacer frente a sus necesidades personales.

Artículo 51

Las prestaciones mencionadas en los artículos 49 y 50 deberán garantizarse, *en la contingencia cubierta, por lo menos, a las mujeres pertenecientes a las categorías protegidas que hayan cumplido el periodo de calificación que se considere necesario para evitar abusos*; las prestaciones mencionadas en el artículo 49 deberán también garantizarse a las cónyuges de los trabajadores de las categorías protegidas, cuando éstos hayan cumplido el periodo de calificación previsto.

D) La Convención de los Derechos de los niños, ratificado por México en 1990, establece:

Artículo 18

...

3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.

La protección a la maternidad se fundamenta también en la legislación protectora de los derechos de los niños. De esta manera, se puede integrar como fundamento toda norma contenida en Convenios Internacionales ratificados por México. De igual manera podría considerarse el interés superior como principio rector al que también alude la Convención citada en su artículo 3.1.

VI. LEY GENERAL DE SALUD

Basada en el derecho a la protección a la salud, el artículo 61-I de este ordenamiento se refiere a la *atención materno infantil*, que comprende *el embarazo, el parto y el puerperio*; sin embargo, no define a la maternidad. De cualquier manera, esta aten-

ción incluye los servicios para *proteger, promover y restaurar* la salud. La atención *materno infantil* se considera y debe ser prioritaria.

VII. LEY FEDERAL DEL TRABAJO

El Título Quinto de la LFT reglamenta la fracción V del artículo 123 constitucional; denominado *Trabajo de Mujeres*, el cual se ha propuesto ser sustituido por el de *Protección de la Maternidad*, para llamarlo con más propiedad y dejar fuera cualquier indicio de privilegio con relación a las trabajadoras. Así se da cumplimiento a la igualdad que la ley prevé, al establecer que trabajadores y trabajadoras tienen los mismos derechos y obligaciones (artículo 164). Esta ley tampoco define la maternidad, pero la disposición constitucional protege la gestación, el parto, el puerperio y la lactancia.

Se llaman derechos de maternidad las prestaciones que tiene la trabajadora con motivo de la gestación, entre los cuales están las medidas de protección estipuladas en este Título Quinto.

Los derechos pueden clasificarse con distintos criterios:

1. *Por la materia*

- a) Derechos de salud para la madre y el hijo. Se refiere propiamente a la protección de la salud cuyo fundamento se deriva tanto del artículo 4o. constitucional, como de los beneficios sociales establecidos en el artículo 123 constitucional citados antes.
- b) Derechos y prestaciones laborales para la trabajadora, cuya base se establece en el derecho a la protección de la familia según las mismas disposiciones y en las leyes y reglamentos que derivan de los mismos.

2. *Por la fecha en que se producen los derechos*⁷³

- a) Antes del embarazo. Para recibir información sobre los métodos anticonceptivos y la atención para evitar el embarazo cuando así lo decidan con responsabilidad y con libertad, y así se solicite ante las instancias médicas que correspondan.
- b) Durante el embarazo.

⁷³ Véase Kurczyn Villalobos, Patricia, *Derechos de las mujeres trabajadoras*, Cámara de Diputados, LVII Legislatura. UNAM, 3a. ed., 2002, pp. 55 y 56.

- Contar con asistencia médica, proporcionada a través de especialistas, medicinas y hospitalización en caso necesario.
- No realizar labores insalubres o peligrosas, ni trabajo nocturno industrial.
- No ocuparse en jornadas después de las diez de la noche en establecimientos comerciales o de servicio.
- No desempeñar horas extraordinarias.
- Disfrutar de un permiso durante seis semanas anteriores a la fecha del parto, con el pago del salario íntegro, o su equivalente (subsidio del IMSS, en su caso).

A) De acuerdo con la fracción I del artículo 170 LFT, las trabajadoras no deben realizar actividades que exijan esfuerzos considerables y signifiquen un peligro, como son:

- a) levantar, tirar o empujar grandes pesos,
- b) actividades que produzcan temblores o balanceos fuertes (trepidación),
- c) funciones que las hagan estar paradas por mucho tiempo,
- d) los trabajos que puedan alterar su estado psíquico o nervioso, como puede ser el trabajo de vigilancia, o que requiera de constante tensión.

B) El Reglamento Federal de Seguridad, Higiene y Medio Ambiente de Trabajo (artículo 174), que contiene disposiciones precisas de orden general en el cual se prohíben actividades para mujeres gestantes.

C) Después del embarazo:

- Disfrutar del descanso postnatal, por lo menos por seis semanas después del parto.
- Disfrutar de la remuneración íntegra, durante ese descanso (subsidio del IMSS, en su caso).
- Cuando las necesidades de salud de la madre o del recién nacido exijan un tiempo mayor de descanso, podrá disfrutarlo hasta por sesenta días después de las seis semanas después del parto, recibiendo el cincuenta por ciento de su salario.
- Conservar su puesto de trabajo, hasta por un año después de la fecha del parto, sin el goce del salario, a partir de la terminación de la licencia que establece la ley.
- Disfrutar de algunas prerrogativas para la alimentación y el cuidado de su hijo o hija. La ley le otorga durante la jornada de trabajo el derecho a dos descansos de media hora cada uno para alimentarlo.
- Durante el periodo en que la trabajadora esté alimentando a su hijo o hija no deberá realizar labores cuando se exponga a sustancias

químicas que puedan afectar su salud o la de hijo o hija.

3. *Por la función biológica de la maternidad*

A. Derechos que corresponden a la protección estipulada en leyes y reglamentos los cuales pueden concretarse en:

- a) cuidar la condición fisiológica,
- b) cuidar el desarrollo del producto de la concepción,
- c) contar con atención médica especializada para la madre y para el hijo aun no nacido,
- d) disfrutar de descansos para atender el alumbramiento y para cuidar al recién nacido,
- e) conservar su puesto de trabajo con la remuneración correspondiente y los derechos inherentes al mismo.

B. Para salvaguardar los derechos señalados, la ley prohíbe expresamente a los patrones:

- a) excluir a la madre trabajadora de beneficios, promociones, ascensos, capacitación y adiestramiento, con motivo de su embarazo.

- b) rechazar a una solicitante de trabajo por estar embarazada así como no promoverla, disminuirle la retribución o despedirla.

Sin que la ley lo exprese, se entiende prohibido:

- exigir la renuncia a causa del embarazo, puerperio, lactancia, estado civil o responsabilidades familiares,
- disminuir o cancelar cualquiera de los derechos laborales o de seguridad social que corresponden.

Estas prohibiciones no se expresan literalmente en la legislación laboral, pero así deben interpretarse. Además de que la expresión clara y precisa se ubica en distintas normas internacionales antes transcritas textualmente, éstas constituyen derecho positivo por haber sido ratificadas por el Senado. Las normas internacionales no son supletorias, y tienen jerarquía superior sobre las Leyes Federales, entre ellas, la Ley Federal del Trabajo y la Ley del Seguro Social, que en todo caso son aplicables cuando ofrezcan más beneficios para las trabajadoras. La difusión de las mismas tiene gran importancia para prevenir, combatir y sancionar la discriminación de la mujer con motivo de la maternidad, entendida ésta en su más amplia acepción tanto por sus funciones biológicas como sociales.

El incumplimiento a las normas en el trabajo de las mujeres tiene sanciones legales (artículo 995, LFT), las cuales deben interpretarse por analogía respecto de cualquier violación a los derechos de protección a la maternidad. Sin embargo, la multa, *por el equivalente de 3 a 155 veces el salario mínimo general*, resulta irrisoria frente a los perjuicios causados a la madre trabajadora y a su familia, así como la trascendencia socio laboral. Sin embargo, la inaplicabilidad de las normas internacionales carecen de sanciones y en todo caso, podría buscarse en equivalente en las leyes de la materia.

VIII. LEY DE SEGURO SOCIAL

El concepto legal de maternidad aparece en la legislación de seguridad social en el Reglamento de los Servicios Médicos del IMSS (artículo 28-II), que la define de la siguiente manera: “El estado fisiológico de la mujer originado por el proceso de la reproducción humana en relación con el embarazo, el parto, el puerperio y la lactancia”.

Uno de los derechos de los trabajadores en general es la seguridad social, la que incluye la maternidad (artículo 11-II) para las trabajadoras y para las esposas o concubinas de los trabajadores. El seguro social funciona bajo dos regímenes, el voluntario y

el obligatorio (artículo 12). El primero sólo cubre prestaciones en especie, como es la atención médica, de la misma forma que las beneficiarias de los derechohabientes. Las prestaciones económicas sólo corresponden a las trabajadoras afiliadas al régimen obligatorio de seguridad social.

Curiosamente, en la Ley del Seguro Social, el Capítulo IV, relativo al seguro de maternidad es paralelo al de *enfermedades*, cuando la maternidad es un proceso ajeno a toda patología.⁷⁴ Ejemplo de ello es que en el señalamiento de las fechas para iniciar las prestaciones, el artículo 85 se refiere tanto a la enfermedad como a la maternidad, condiciones separadas por puntuación pero bajo la misma nomenclatura. Queda claro que en la mente del legislador la maternidad se considera sólo como un estado de salud.

La ley hace referencia directa a la *asegurada durante el embarazo* para determinar sus derechos (artículo 94), a propósito del cual se discrimina a las esposas y concubinas de los asegurados al no otorgarles el apoyo de una canastilla para el hijo nacido (fracción III).

Una de las condiciones para obtener el beneficio del seguro de maternidad para la trabajadora, inclu-

74 Parece que esta tendencia de unir las normas relativas a la enfermedad con las de maternidad está generalizada, por ejemplo, la ley holandesa del Seguro de Enfermedades, incluye el seguro de maternidad.

ye el pago de por lo menos treinta cotizaciones semanales en un periodo de doce meses anteriores a la fecha en que deba iniciarse del pago del subsidio (artículo 102,I).

La necesidad de cumplir un mínimo de cotizaciones se puede advertir como un arma de dos filos: por un lado es necesario crear un ambiente seguro para cumplir los derechos de las afiliadas o de las verdaderas trabajadoras y por el otro puede resultar una medida injusta. El número de cotizaciones exigidas equivale a más del cincuenta por ciento del periodo normal de gestación lo cual lleva a considerar la conveniencia de un ajuste con la disminución del tiempo mínimo que amplíe los beneficios por maternidad.

IX. LEGISLACIÓN SOBRE MENORES

1. *Ley para la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes*

Esta ley, fundamentada en el artículo 4o. CP, recoge el principio del interés social, y presenta como principio rector el interés superior de la infancia.⁷⁵

⁷⁵ Estas diferencias son usuales en la legislación mexicana; un ejemplo lo corrobora: la LFT habla de la licencia por maternidad en tér-

Esta ley tiene algunas curiosidades: en primer lugar distingue por género a niños y niñas; en segundo lugar hace la distinción de adolescentes a partir de los 12 y hasta los 18 años, lo cual haría que las referencias en las legislaciones de trabajo se modificaran para hablar de adolescentes y no de “menores” como se recoge en la LFT.⁷⁶

2. Ley de los derechos de las niñas y niños en el Distrito Federal

Esta ley también alude al interés social de sus disposiciones (artículo 1o.) y señala en el artículo 4o. que: “Este principio implica dar prioridad al bienestar de las niñas y niños ante cualquier otro interés que vaya en su perjuicio”.

Aun cuando se redacta como un pleonasma es importante que la norma explique en qué consiste

minos de “semanas” mientras que la LSS lo hace en “días”. La propia Constitución en el artículo 123, “A” frac. XI, se refiere a la jornada extraordinaria máxima de “tres horas diarias ni tres veces consecutivas” cuando el artículo 66 LFT se refiere a “tres horas diarias ni de tres veces en una semana”. Por estas razones es recomendable atender el tema, cómo lo propone en su obra López Ruiz, Miguel, Redacción legislativa, Senado de la República, LVIII Legislatura, noviembre 2002, México, *passim*.

⁷⁶ Artículo 22 LFT acerca de la jornada para menores. Hay una diferencia terminológica en los capítulos de garantías individuales y sociales de la propia Constitución.

ese interés. Por otra parte, en la misma fracción citada se señalan las acciones para su cumplimiento y entre ellas conviene citar el: “En la formulación y ejecución de políticas públicas relacionadas con las niñas y niños”.

Esta disposición se vincula con el establecimiento de guarderías como un servicio social para los padres y las madres que requieran el servicio durante sus jornadas laborales. Esta obligación se vincula también con la Ley para la protección de la niñez la que antes se hace referencia y que es de aplicación en la República.

X. DISCRIMINACIÓN POR MATERNIDAD

Discriminar, como se dice en el apartado correspondiente, es alterar la igualdad; incumplir o violar los derechos, que en este caso se circunscriben a los derivados de una condición fisiológica, la maternidad. Por ser una función sexual, esta clase de discriminación debe de considerarse *sexual* ya que sólo se causa en virtud de las condiciones biológicas del sexo femenino.

Existen diversas maneras de discriminar con motivo de la maternidad. Las referencias a éstas abarcan los conceptos de maternidad: gestación, parto,

puerperio, lactancia y responsabilidades familiares, como se analiza enseguida:

1. *El rechazo a la ocupación de un puesto determinado viola los derechos de igualdad de la mujer*

La exigencia de la presentación de un certificado médico o la obligación de someterse a un examen médico, con el fin de comprobar que la mujer no está embarazada, es una de las manifestaciones discriminatorias más graves que atentan en contra de la dignidad de la mujer como ser humano. Existen otras prácticas del empleador para corroborar mensualmente la no gravidez de las trabajadoras, con lo cual se corona la humillación más grave para la mujer. Esto se constituye como el atentado más dramático en contra de la dignidad femenina.

Otras discriminaciones pueden dirigirse a la limitación de los distintos derechos que surgen de la maternidad en su sentido amplio. Negar u obstaculizar a la madre el tiempo para alimentar a su hijo es una discriminación, como también lo es negar promociones con motivo de la *distracción* o pérdida de tiempo, por alimentar o atender al hijo.

Uno de los argumentos en que se pretende basar la defensa del empleador para no contratar mujeres

embarazadas se fundamenta en el derecho y la libertad que tiene para seleccionar a sus trabajadores. Al respecto convendría delimitar este derecho, el cual no se pondrá en duda.

El empleador tiene el absoluto derecho para determinar el perfil necesario de una persona (hombre o mujer) para ocupar un puesto. Salvo las excepciones en que el sexo sea indispensable para configurar ese perfil no puede hacerse la distinción para aceptar o rechazar trabajadores de uno u otro sexo.⁷⁷ En caso contrario estaría cometiéndose discriminación-directa o indirecta, o bien segregación.

Por otra parte, puede ocurrir que una vez que el empleador define el perfil requerido para un puesto,

77 La ley holandesa prohíbe por medio de disposiciones de la Ley de Trato Igualitario (1989) y del Código Civil (artículo 1637) la discriminación por sexo para la contratación, la remuneración, la formación, la promoción y el despido. Hace referencia a la *discriminación directa*, es decir, la concerniente al embarazo, al parto o a la maternidad. Esta ley reconoce la posibilidad de contratar a personas de uno u otro sexo en los siguientes casos:

a) Cuando el sexo es determinante para el ejercicio de una profesión o de formación profesional (actores).

b) si con el hecho de privilegiar a las mujeres les permite recuperar el tiempo por su participación tardía (discriminación positiva);

c) para proteger a las mujeres, en caso de embarazo o maternidad, de ciertas actividades nocivas para los niños;

d) para ejercer actividades profesionales en otros Estados miembros o no de la Unión Europea, si las leyes del país correspondiente reservan esas actividades para un sexo determinante;

e) para las actividades profesionales en el ejército, designadas por el ministro de la Defensa.

sea el sindicato, el que deba proponer al personal para ocupar las vacantes o las plazas de nueva creación si así lo estipula su contrato colectivo. El sindicato, por lo tanto, puede ser el causante de acciones de discriminación, por lo que la exigencia de la igualdad debe hacerse también realidad en el seno de los sindicatos, y esta es un área que suele no tratarse hasta ahora en virtud del escudo de la autonomía sindical. Esta situación no puede permanecer intocable y debe exigirse que en los estatutos se establezca la igualdad de oportunidades para afiliados de ambos sexos, tanto para acceder a los puestos de trabajo como para participar en las actividades sindicales.

Otro de los argumentos de los empleadores para no contratar trabajadoras embarazadas, se basa en los artículos 101, 102 y 103 LSS que determinan la exigencia del mínimo de treinta cotizaciones semanales en el periodo de un año antes de la fecha en que debe recibir el subsidio como ya se dijo. El incumplimiento de la trabajadora en el cumplimiento del mínimo de cotizaciones para tener derecho a dicho pago (equivalente al salario), hace recaer dicha responsabilidad en el empleador, obligado en este sentido tanto por la LSS, como por la fracción V del artículo 170 LFT. Por lo tanto, hay una poderosa razón de carácter económico, independiente de otras como pueden ser las molestias que se ocasio-

na al empleador al tener que hacer movimientos de personal o contratar trabajadores interinos. Sin embargo, puede asegurarse que la razón económica es la más importante.

Sin duda habría que reflexionar sobre la posibilidad de que la trabajadora busque el empleo con el solo propósito de recibir la atención médica y el salario durante la licencia de maternidad como ocurre con los fraudes al IMSS, afiliando como beneficiarios a personas que no tienen derecho. Uno de los ejemplos es el registro de los nietos como hijos. Ahora bien, sin restringir los derechos de las trabajadoras es necesario crear reglamentos que impidan obtener servicios o disfrutar prestaciones a las cuales no tengan derecho, porque va en detrimento de la calidad de prestaciones para los derechohabientes, pero a la vez, es indispensable imponer sanciones importantes para impedir la discriminación.

Por otra parte, debe reflexionarse sobre la obligación que tienen los empleadores de mantener el centro de trabajo libre de enfermedades y de ofrecer un ambiente higiénico y seguro, para lo cual se justifica la exigencia de exámenes médicos a los aspirantes a ocupar un puesto de trabajo, que en principio, podrá negarse si se diagnostican padecimientos contagiosos en el aspirante. Esta circunstancia obliga a regular con cautela la negativa del empleo para evitar que se constituya en un problema de discrimi-

minación como ocurre con los afectados con el síndrome de VIH.

Respecto de las trabajadoras, es evidente que los exámenes médicos no pueden suprimirse ante la prevención de riesgos durante el embarazo o bien por que las actividades a desempeñar puedan dañar el organismo femenino y ocasionar trastornos en los procesos de gestación.

La facilidad para detectar y diagnosticar en el laboratorio el embarazo en sus primeras semanas, así como hacer diagnósticos genéticos resulta un inconveniente para la trabajadora. Frente a esta circunstancia deben crearse medidas de protección: una de ellas podría ser evitar que la información sobre maternidad sea reportada en los certificados médicos generales solicitados por el empleador y exigir que estos sean expedidos por instituciones oficiales de seguridad social como el IMSS, e incluir en los reglamentos la prohibición de diagnosticar el embarazo, sin consentimiento de la mujer, aun a petición del empleador o del sindicato. El embarazo debe considerarse propio de la intimidad y no puede ser divulgado antes de que físicamente sea evidente, salvo la autorización de la madre.

Una de las formas de combatir esta discriminación es demandando al empleador, y en su caso al sindicato, la instalación en el puesto de trabajo solicitado y dejarle a éste la prueba de la carga, quien

deberá entonces justificar la razón para no admitir o contratar a la trabajadora, aunque lo releve de tal responsabilidad el hecho de que sea el sindicato el que deba proponer o designar a los trabajadores.

2. El impedimento de ascensos

Cuando la trabajadora no es ascendida teniendo derecho a ello, o se le excluye de la capacitación o adiestramiento tiene derecho a exigir por vía legal el cumplimiento, con base en las normas sobre capacitación y derecho de preferencias (artículo 153-A LFT).

3. Despido con motivo del embarazo

El despido con motivo de la maternidad o de las responsabilidades familiares es ilícito. Cualquier despido injustificado es improcedente y da lugar a ejercitar acción legal en contra del empleador para exigir la reinstalación o el pago de la indemnización correspondiente (artículos 48, 49 y 50 LFT), quedando a su cargo la prueba para demostrar la justificación legal de la rescisión de la relación laboral. Es obvio que el despido motivado por el embarazo se lleve a cabo de manera indirecta, pretextando cualesquiera de las causales a que se refiere

el artículo 47 LFT. Ningún empleador expresaría su decisión de manera directa. Otra forma que puede presentarse es la presión sobre la trabajadora para obligarla, por ejemplo, a cambiar de actividades o a continuar en ellas, siendo perjudiciales para su salud o la del producto; no ubicarla en otras faenas como lo indica la ley o ejercer cualquier otro tipo de presión, con lo cual también se configura la discriminación indirecta.

La trabajadora puede combatir esta discriminación con fundamento en el derecho a ejercer distintas acciones, a través de las cuales pueda exigir tanto su reubicación como el cambio de actividades o funciones, de acuerdo a sus habilidades o capacitación; así como para que se cumplan las normas de higiene y seguridad contenidas en leyes, reglamentos y normas técnicas de salud. La presión que se ejerza en la trabajadora para obligarla a renunciar a su puesto de trabajo, configura una conducta discriminatoria. Si la trabajadora prefiere rescindir la relación de trabajo debe exigir el pago de indemnización en términos de ley equiparándola a un despido injustificado o bien, si ya ha sido despedida y así convenga a sus intereses reclamar su reinstalación. Esta protección legal sanciona la rescisión arbitraria y en consecuencia injustificada que evidentemente utiliza el empleador ante la ausencia de causas jus-

tificadas para rescindir la relación laboral de la mujer embarazada.

Es muy importante considerar la posibilidad de que sea por medio de la conciliación, como medio directo como se resuelvan estos conflictos, y que en su tramitación, pueda insistirse en la formación de criterios de responsabilidad social para ambos sexos respecto a la integración y conducción de una sociedad igualitaria, más sana y más justa. La injusticia que provoca la discriminación significa que la maternidad es también responsabilidad de los hombres.

En los juicios en contra de las dos formas de discriminación analizadas puede tener mayor éxito la demanda por rescisión injustificada al haber normas específicas que relevan de responsabilidad al empleador, lo que permite exigirle al mismo, como carga de la prueba, el fundamento de la causal especificada por el artículo 47 LFT que invoque procesalmente. Otro asunto es, la dificultad que existe en la aportación de pruebas para el cumplimiento efectivo de las normas laborales, y para ello baste el ejemplo de cómo ha de demostrarse la “probidad” a que se refiere la fracción II de la disposición citada. Tales medios probatorios son todavía más difíciles tratándose del rechazo en la contratación u ocupación del puesto en que habrá que fundamentar la demanda procesal en causas análogas a alguna o

algunas de las marcadas en la disposición citada (artículo 47, fracción XV LFT) y, recurrir a los derechos de preferencia, si es el caso (artículo 154, LFT). Por ello se sugiere incluir como causal de rescisión, el despido basado en cualquier forma de discriminación y preferentemente especificar la maternidad.

Si al empleador se le exigiera dar contestación a la no aceptación de una persona que solicita un puesto de trabajo, por escrito y con el señalamiento de la causa, podría favorecer a un o una trabajadora rechazada por cualquier motivo de discriminación.

Otra medida que podría ser muy útil es la prohibición del despido durante la maternidad, durante la licencia de la misma y durante los seis meses posteriores a la fecha en que concluya el periodo de licencia, a no ser que exista una causa verdaderamente grave, que a juicio de la Junta de Conciliación y Arbitraje se considere intolerable o constituya un abuso evidente por parte de la trabajadora. Podría considerarse como base para esta disposición el artículo 161 LFT, que limita las posibilidades para despedir justificadamente a un trabajador con más de veinte años de antigüedad, lo cual sólo puede ocurrir por causas verdaderamente graves.

El estado tiene la obligación de garantizar a las trabajadoras el respeto y el cumplimiento de sus derechos de igualdad; de prevenir, combatir y en su

caso sancionar la discriminación en cualquiera de sus manifestaciones. Es conveniente establecer medidas que eviten entre las trabajadoras la confusión para recurrir en la defensa de sus derechos a distintas autoridades, como eran hasta ahora las comisiones de derechos humanos, que solamente pueden orientar a la persona interesada y canalizarla a las instancias laborales, lo cual ocurre de manera inmediata, por lo menos ante la Comisión Nacional de los Derechos Humanos para evitar la prescripción de la acción que se intente ejercitar. Ese riesgo puede ocurrir con la creación de los consejos para prevenir la discriminación, ya que entre sus atribuciones, de acuerdo con el artículo 20, fracción IX, podrán investigar “presuntos actos y prácticas discriminatorias en el ámbito de su competencia” y la fracción X, “Tutelar los derechos de los individuos o grupos objeto de discriminación mediante asesoría y orientación en los términos de este ordenamiento”. Que en caso de conocer una reclamación sobre una discriminación por maternidad, sólo podrá intentar la conciliación, que en caso de fracasar habrá alargado un problema que pudiese inclusive provocar la prescripción de la acción para quien fuera resuelto, con fuerza obligatoria, por las Juntas de Conciliación y Arbitraje.

El compromiso de adoptar las medidas necesarias está implícito en los convenios ratificados que

se citan antes. Destacan el convenio número 111 de la OIT y la Convención de Eliminación de todas las formas de Discriminación en contra de la Mujer.⁷⁸ No hay que olvidar que la legislación mexicana desde 1917 fue una de las más avanzadas al reconocer los derechos de maternidad, pero sin duda requiere ser revisada y adaptada a las condiciones actuales para que logren que la madre conserve su puesto de trabajo y disfrute, en general, de igualdad laboral.

En el Anexo de propuestas se refieren algunas medidas que han sido legisladas en otros países para combatir este tipo de discriminación, las cuales, sin duda no pueden ser calcadas, pero su utilidad puede aprovecharse en la medida en que se adapten al sistema jurídico del país receptor y a la idiosincrasia de la sociedad destinataria. La legislación alemana, por ejemplo, contiene disposiciones expresas que prohíben despedir a las trabajadoras durante su embarazo y hasta por cuatro meses después del parto, salvo el cierre de la empresa, pero no permite desaparecer sólo el puesto de trabajo que ocupa la mujer, con algunas excepciones.⁷⁹ En el mismo sentido se encuentra la ley holandesa que

78 Véase núm. III, 3 y 4.

79 Kaufmann, Otto *et al.*, *Le droit social en Allemagne*, collection Lamy Europe, 1991, pp. 146 y 147.

prohíbe el despido de la trabajadora durante la licencia de maternidad (que incluye tiempo del embarazo, antes del parto seis semanas y licencia por parto, por diez semanas a partir de éste).⁸⁰

XI. ACCIONES LEGALES EN CONTRA DE LA DISCRIMINACIÓN POR MATERNIDAD

En el desarrollo de los puntos anteriores se hicieron las anotaciones respectivas a las formas de proceder en defensa de los derechos laborales. Queda sólo recordar las disposiciones constitucionales, internacionales y reglamentarias para fundamentar el ejercicio de las acciones que, como también se indica antes, en algunos casos la prueba será de mayor complejidad y debe recaer en el empleador toda vez que cuenta con más elementos para su configuración y/o presentación.

La base legal esencial es el derecho a la igualdad, por lo que habrá que considerarse válido para esta sección lo ya expuesto en la primera parte de este estudio referido al hostigamiento sexual. Se fundamenta igualmente en los artículos 1o. y 4o. constitucionales; en las normas internacionales citadas en el capítulo IV, número 3, con particular importancia el Convenio

80 Lambiek, Berends y Wesselius, Jaqueline, *Le droit social aux Pays-Bas*, collection Lamy Europe, 1991, pp. 63 y 167.

núm. 111 de la OIT y la Convención de Eliminación de todas las formas de Discriminación para la Mujer, por sus afirmaciones acerca del rechazo por maternidad y conceptos que no se prevén en la legislación mexicana, así como en las disposiciones de la Ley Federal del Trabajo y del Seguro Social principalmente los artículos: 3o., 5o., 31, 47, 154 y 164 a 172 LFT y los artículos 11, 12, 84, 85, 88, 94, 101 y 102 LSS, sobre el seguro de maternidad.