

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Michele Tiraboschi (*Italia*)

Directores Científicos

Mark S. Anner (*Estados Unidos*), Pablo Arellano Ortiz (*Chile*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Jesús Cruz Villalón (*España*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi Garcia Viña (*España*), Adrián Goldin (*Argentina*), Julio Armando Grisolia (*Argentina*), Óscar Hernández (*Venezuela*), María Patricia Kurczyn Villalobos (*México*), Lourdes Mella Méndez (*España*), Antonio Ojeda Avilés (*España*), Barbara Palli (*Francia*), Juan Raso Delgue (*Uruguay*), Carlos Reynoso Castillo (*México*), Raúl G. Saco Barrios (*Perú*), Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*), Malcolm Sargeant (*Reino Unido*), Michele Tiraboschi (*Italia*), Anil Verma (*Canada*), Marcin Wujczyk (*Polonia*)

12

Comité Evaluador

Henar Alvarez Cuesta (*España*), Fernando Ballester Laguna (*España*), Francisco J. Barba (*España*), Ricardo Barona Betancourt (*Colombia*), Esther Carrizosa Prieto (*España*), M^a José Cervilla Garzón (*España*), Juan Escribano Gutiérrez (*España*), Rodrigo Garcia Schwarz (*Brasil*), José Luis Gil y Gil (*España*), Sandra Goldflus (*Uruguay*), Djamil Tony Kahale Carrillo (*España*), Gabriela Mendizábal Bermúdez (*México*), David Montoya Medina (*España*), María Ascensión Morales (*México*), Juan Manuel Moreno Díaz (*España*), Pilar Núñez-Cortés Contreras (*España*), Eleonora G. Peliza (*Argentina*), Salvador Perán Quesada (*España*), María Salas Porras (*España*), José Sánchez Pérez (*España*), Alma Elena Rueda (*México*), Esperanza Macarena Sierra Benítez (*España*)

Comité de Redacción

Omar Ernesto Castro Güiza (*Colombia*), Maria Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Silvia Fernández Martínez (*España*), Paulina Galicia (*México*), Noemi Monroy (*México*), Juan Pablo Mugnolo (*Argentina*), Lavinia Serrani (*Italia*), Carmen Solís Prieto (*España*), Marcela Vigna (*Uruguay*)

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (*ADAPT Technologies*)

Convenio sobre la protección de la maternidad 1919 (núm. 3)

Rebeca Karina APARICIO ALDANA*

RESUMEN: El presente artículo tiene como objeto un análisis de Convenio sobre protección de la maternidad, 1919 (núm. 3) en orden a determinar los alcances de su aplicación atendiendo a lo dispuesto en la Constitución y su valor inspirador en la legislación española.

Palabras clave: Mujer, embarazo, Convenio 1919, OIT.

SUMARIO: 1. Protección de los derechos fundamentales y dignidad de los trabajadores. 1.1. Derechos fundamentales contenidos en la Constitución Española. 1.2. Derechos comprendidos en el Capítulo III de la Constitución Española. 1.3. El olvido de las normas internacionales como medio de protección de la dignidad del trabajador y de sus derechos. 2. Convenio sobre la protección de la maternidad, 1919 (núm.3) aplicación y eficacia en España. 3. Inspiración para la regulación sobre derechos de la mujer. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

* Asesora de la Dirección General de Transparencia. Acceso a la Información Pública y Protección de Datos del Ministerio de Justicia (Perú).

Maternity Protection Convention 1919 (No. 3)

ABSTRACT: The purpose of this article is an analysis of the Maternity Protection Convention, 1919 (No. 3) in order to determine the scope of its application in accordance with the provisions of the Spanish Constitution and the inspiration that this agreement in Spanish legislation.

Key Words: Woman, pregnancy, 1919 Convention, ILO.

1. Protección de los derechos fundamentales y dignidad de los trabajadores

1.1. Derechos fundamentales contenidos en la Constitución Española

En sus orígenes históricos, el reconocimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores es visto como un conjunto de reivindicaciones sociales que sirven de instrumento efectivo para protegerlos frente a las lesiones provenientes del abuso de sus empleadores.

Tradicionalmente, los poderes públicos y los organismos internacionales reguladores tienen el deber de regular la relación jurídica laboral estableciendo normas «limitativas» del ejercicio de la libertad empresarial. De esta forma se garantiza que el trabajador, como individuo autónomo e igual a su empleador, sea respetado en su integridad en el ejercicio de sus libertades y en sus posesiones.

La Constitución ha reconocido, de forma directa e indirecta, la existencia dentro de la relación laboral de dos tipos de derechos fundamentales pasibles de ser ejercidos por los trabajadores: Los específicos y los inespecíficos¹.

Los derechos laborales específicos son aquellos que, única y exclusivamente, pueden ser desarrollados dentro del ámbito de las relaciones laborales. Entre los principales derechos específicos tenemos: el derecho de remuneración, sindicalización y huelga. Por su parte, los derechos inespecíficos devienen de la condición de los trabajadores como sujetos esencialmente dignos y cuya titularidad no se pierde, ni se diluye, por su condición de empleados en una empresa, como, por ejemplo, los derechos a la libertad de expresión, integridad, libertad religiosa, entre otros.

Una delimitación adecuada de los derechos fundamentales de los trabajadores y empleadores no puede desconocer el contenido constitucionalmente declarado de los derechos de los que son titulares, ni los fines o criterios extraconstitucionales² que les dieron origen y que les dan sentido, ni mucho menos olvidar el carácter, no sólo subjetivo, sino

¹ M.C. PALOMEQUE LOPEZ, M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2007, p. 110.

² *Vid.* A.L. MARTÍNEZ PUJALTE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, prólogo A. OLLERO TASSARA, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 123.

institucional o prestacional de todo derecho fundamental.

La dimensión institucional o prestacional de los derechos fundamentales habilita a sus titulares a exigir estos derechos; pero, también, impone deberes a toda persona, pública o privada, que se encuentre vinculada o sujeta a los derechos fundamentales.

En el caso de las relaciones laborales, los poderes públicos, vinculados a los derechos fundamentales, deberán establecer mecanismos para promover, regular y proteger los derechos de los trabajadores y empresarios, derribando obstáculos que impidan su ejercicio. Por su parte, los particulares, sujetos a los derechos fundamentales, estarán impedidos de realizar acciones que los contradigan o vulneren.

La Constitución Española en su artículo 53.1.2 ha previsto diversos niveles de protección jurisdiccional que divide los derechos constitucionalmente reconocidos en dos grandes grupos:

- a) Los derechos protegidos a través del recurso de inconstitucionalidad que, además, gozan de la protección que otorga la garantía del respeto a su contenido esencial y vinculan directamente a todos los poderes públicos (artículo 53.1).
- b) Y aquellos que, contando con todas las garantías anteriormente mencionadas, permiten a sus titulares ejercer su tutela jurisdiccional, a través de un procedimiento ante los Tribunales ordinarios basado en el principio de preferencia y sumariedad siendo posible la interposición del recurso de amparo, ante el Tribunal Constitucional, una vez agotada la vía judicial ordinaria (artículo 53.2).

El primer grupo está conformado por los derechos contenidos en el capítulo II de la Constitución Española, es decir, los comprendidos del artículo 14 al 38. El goce de las prerrogativas del segundo grupo estará restringido a los derechos contenidos en los artículos 14 y 30.2 y toda la Sección 1 del Capítulo II del Título Primero de la norma constitucional.

Esta división ha generado un cruento debate sobre si se reconoce o no como derechos fundamentales a los contenidos en la Sección segunda del Capítulo II de la Constitución Española.

Consideramos que esta distinción procesal no es suficiente para descalificar a los artículos comprendidos en la sección antes mencionada como derechos fundamentales. La razón radica en que ambas secciones del capítulo II reconocen formas de desarrollo individual y social de las personas. La conjunción de estas dos secciones es expresión de la doble dimensionalidad, subjetiva e institucional, de los derechos contenidos en este capítulo lo que denota su naturaleza fundamental. Por ello, el artículo 53.1 de la Constitución Española beneficia con la garantía del respeto al

contenido esencial y la vinculación a los poderes públicos al conjunto los derechos comprendidos en el Capítulo II otorgándoles, a todos ellos, con esta protección constitucional y vinculación directa a los poderes del Estado, la calidad de derechos fundamentales³.

En consecuencia, los derechos comprendidos dentro del capítulo II sección II, como, por ejemplo, el derecho al trabajo, a una remuneración suficiente (artículo 35) y la libertad de empresa (artículo 38) sí constituyen derechos fundamentales, no obstante, la protección constitucional de la que gozan no les permita acudir a un proceso sumario y preferente o a un recurso de amparo cuya pretensión consista en su directa defensa⁴; aunque siguen disfrutando de la garantía del contenido esencial, la vinculación a los poderes públicos y el recurso de inconstitucionalidad.

Otros derechos específicos de los trabajadores como: la libertad sindical (artículo 28.1) y huelga (artículo 28.2), sí gozan de la tutela jurisdiccional que otorga el artículo 53.2 de la Constitución por encontrarse dentro de su marco normativo.

Además, la relación laboral es un ámbito propicio para el ejercicio de los derechos fundamentales, incluyendo aquellos que se predicen de la generalidad de las personas, como, la libertad de expresión, integridad, honor, libertad religiosa, entre otros. La doctrina científica y jurisprudencial ha admitido como procedente el proceso ordinario sumario y preferente; y, si fuera el caso, la interposición de un recurso de amparo cuando los trabajadores aleguen la vulneración de alguno de estos derechos en el ámbito laboral, pues estos se encuentran protegidos por esta garantía, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53.2⁵.

1.2. Derechos comprendidos en el Capítulo III de la Constitución Española

Los derechos contenidos en el Capítulo III, denominados principios

³ Vid. A. ABA CATOIRA, *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, prólogo de J.A. PORTERO MOLINA, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 36-37; A. L. MARTÍNEZ PUJALTE, *La garantía del contenido esencial...*, *op. cit.*, pp. 172-180. Posiciones contrarias a esta postura: Vid. P. PÉREZ TREMPES, *Los derechos fundamentales*, en AA.VV., *Derecho Constitucional I: El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 143.

⁴ Al respecto Vid. L.M. CAMPS RUÍZ, *Notas sobre la eficacia de los preceptos constitucionales de contenido laboral*, en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, Secretaría de publicaciones de la Universidad de Valencia, Valencia, 1980, p. 141.

⁵ Vid. Artículos 177 a 184 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (RCL 2011\1845).

rectores de la política social y económica sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

Ello se debe a que no son exigibles judicialmente por disposición constitucional, mientras no cuenten con un desarrollo legislativo, por lo que carecen de dimensión subjetiva, aunque evidentemente constituyen manifestación de la dimensión objetiva o institucional del derecho fundamental a un trabajo digno. La carencia de una de las dos dimensiones, inherentes a todo derecho fundamental, hace de estos derechos no fundamentales y, en consecuencia, no gozarán de las garantías del respeto a su contenido esencial, ni tampoco vincularán a los poderes públicos⁶.

Ahora, aunque los poderes públicos no se vinculen a estos derechos, esto no implica que no se encuentren sujetos a los mismos. En virtud de lo establecido en el artículo 9.1 de la Constitución «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico».

La sujeción, a diferencia de la vinculación - que supone no sólo un deber de respeto, sino también de cumplir y hacer cumplir los derechos fundamentales - no implica el deber de potenciar el efectivo cumplimiento de los derechos fundamentales, sino, únicamente, genera la obligación de no realizar conductas que contradigan la norma constitucional⁷.

Así, si estos derechos han sido incorporados en la Constitución como principios rectores de la política social y económica; y, además, la norma constitucional señala expresamente la necesidad de su desarrollo legislativo, los derechos contenidos en el Capítulo III de la Constitución, obligan a los poderes públicos a reconocerlos legislativamente y a no regular en sentido contrario propiciando con ello el nacimiento de reales derechos subjetivos⁸.

En consecuencia, una vez generada la norma que reconoce legislativamente a los principios rectores, estos dejan de ser tal para

⁶ Al respecto *Vid.* A.L. MARTÍNEZ PUJALTE, *La garantía del contenido esencial...*, *op. cit.*, p. 170.

⁷ J.C. GAVARA DE CARA, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, prólogo de F. de Carreras, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 340.

⁸ *Vid.* P. CHARRO BAENA, *Derecho a vacaciones en el ámbito laboral: Origen, evolución histórica, sistema normativo y configuración jurídica del mismo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993, p. 150. En el mismo sentido: A. MONTOYA MELGAR, *El trabajo en la Constitución*, en A. SEMPERE NAVARRO Y RODRIGO MÁRTIN JIMÉNEZ (coords.), *El modelo social de la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, p. 49.

convertirse en reales derechos subjetivos. Esta transformación convierte en exigible la dimensión institucional de los derechos fundamentales que contienen los principios rectores vinculando, desde su regulación legislativa, a los poderes públicos.

La regulación legislativa de un principio rector obliga a los poderes públicos a realizar actuaciones efectivas para su adecuada materialización. Esto hace posible que derechos, como el derecho al trabajo digno, se desarrollen materialmente a partir de la legislación de principios rectores como: la regulación de políticas para la mejora del nivel de empleo⁹; o la protección de la familia que se traduce, en el ámbito laboral, en acciones efectivas para la conciliación de la vida familiar y laboral; o que el derecho a la no discriminación se concrete, en las relaciones laborales, a través de normas dirigidas a desarrollar el principio de inserción laboral de los discapacitados¹⁰ o de igualdad entre mujeres y hombres, la protección socio laboral de víctimas de violencia de género¹¹, entre otras¹².

1.3. El olvido de las normas internacionales como medio de protección de la dignidad del trabajador y de sus derechos

No cabe duda de que el respeto incondicionado a la persona del trabajador asienta sus raíces en la dignidad del ser humano y, por ello, los bienes que se manifiestan en su condición persona, en la praxis de la relación laboral, deben ser protegidos.

Para ello resulta absolutamente necesario tener en cuenta lo establecido en los artículos 96 y 10.2 de la Constitución Española. El primero establece que «Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno»; el segundo dispone que la Declaración Universal de los

⁹ Al respecto: *Vid.* Real Decreto Ley 4/2013 de 22 de febrero de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y creación de empleo.

¹⁰ Un estudio profundo sobre el tema de las relaciones laborales y personas con discapacidad en: F. VALDÉS DAL RÉ (Dir.), J. LAHERA FORTEZA (Coord.), *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Biblioteca Nueva, Fundación Francisco Largo Caballero, Fundación Once, Fundación Ortega y Gasset, Madrid, 2005.

¹¹ Un análisis interesante sobre la protección de las víctimas de violencia de género en el ámbito laboral en: D. CARRASCOSA BERMEJO, *Análisis crítico de los derechos laborales y de Seguridad Social de las víctimas de violencia de género: una aproximación práctica*, en *Revista de Derecho Social*, 2011, n. 55, pp. 59-84.

¹² Un estudio completo sobre políticas socio laborales en: A. SEMPERE NAVARRO, Y. CANO GALÁN, P. CHARRO BAENA, C. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, *Políticas Sociolaborales*, Eunat, Pamplona, 2001.

Derechos Humanos, y, los demás Tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por España sirven para interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades que la Constitución reconoce¹³.

Por su parte, la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros acuerdos internacionales, en su artículo 31 señala: «Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional».

En el ámbito laboral, la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, refuerza e impulsa la idea de una interpretación de los derechos fundamentales a la luz de los textos internacionales al establecer, en su artículo 219.2, como nuevo motivo para interponer un recurso de casación para la unificación de doctrina en materia de derechos y libertades, la posibilidad de alegar como doctrina de contradicción la establecida en las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁴. De esta manera, tanto el Convenio, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resultan ser fundamento y referencia principal y necesaria al momento de interpretar los derechos fundamentales y solucionar los problemas que sobre los mismos «no puedan ser resueltos con puros remedios constitucionales»¹⁵.

En este sentido, todos los derechos y libertades reconocidos constitucionalmente, independientemente de su lugar de ubicación en el texto constitucional, deben ser interpretados de conformidad con la Declaración Universal y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, con los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España sobre esta materia, y teniendo en cuenta las resoluciones del Tribunal Europeo

¹³ Existe, por lo tanto, una obligación hermenéutica de interpretar los derechos fundamentales basándose en el sistema convencional europeo y en otras declaraciones, como, por ejemplo, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2000, adaptando el contenido de los derechos fundamentales a lo resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a fin de alcanzar una universalidad y coherencia en la interpretación de estos derechos. *Vid.* STC 91/2000, de 30 de marzo, fundamento jurídico 7 (RTC 2000\91).

¹⁴ *Vid.* J.L. GOÑI SEIN, [*Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿Necesidad de una reformulación?*](#), Ponencia presentada en el XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, celebradas en Pamplona del 29 al 30 de mayo de 2014. p. 16.

¹⁵ J. GARCÍA ROCA, *Diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales constitucionales, en la construcción de un orden público europeo*, en *Teoría y Realidad Constitucional*, 2012, n. 30, p. 187.

de Derechos Humanos¹⁶. Este canon hermenéutico garantiza el respeto y protección, por parte de los poderes públicos, de los derechos constitucionalmente reconocidos, pues la interpretación acorde a los tratados y pronunciamientos internacionales supone, por ejemplo, que los órganos jurisdiccionales tiendan a conseguir, al momento de resolver, su máxima efectividad¹⁷.

2. Convenio sobre la protección de la maternidad, 1919 (núm. 3) aplicación y eficacia en España

A través de este convenio se regulan diferentes medidas relativas al empleo de las mujeres, antes y después del parto, y fue ratificado por el Gobierno de España el 4 de julio de 1923 y aún continúa en vigencia.

Este tratado pone especial énfasis en la situación de la mujer embarazada en empresas industriales y comerciales, regulando derechos como: el descanso pre y post natal, el subsidio por maternidad, el permiso de lactancia y la nulidad de despido.

Así, el artículo 3 del referido convenio señala que todas las empresas industriales, públicas o privadas, o en sus dependencias, con excepción de las empresas que sólo estén empleados los miembros de una misma familia, la mujer:

- a. No estará autorizada para trabajar durante un período de seis semanas después del parto;
- b. Tendrá derecho a abandonar el trabajo mediante la presentación de un certificado que declare que el parto sobrevendrá probablemente al término de seis semanas;
- c. Recibirá, durante todo el periodo que permanezca ausente en virtud de los apartados a. y b., prestaciones suficientes para la manutención y la del hijo en buenas condiciones de higiene; dichas prestaciones, cuyo importen será fijado por la autoridad competente en cada país, será satisfecha por el tesoro público o se pagará por un sistema de seguro. La mujer tendrá además derecho a la asistencia gratuita de un médico o de una comadrona. El error médico o de la comadrona en el cálculo de la fecha de parto no podrá impedir que la mujer reciba las prestaciones a que tiene

¹⁶ Es importante a este respecto tener en cuenta la novísima Ley 25/2014, de 27 de noviembre de 2014, de Tratados y otros acuerdos internacionales.

¹⁷ En este sentido: A. SEMPERE NAVARRO, *Régimen Jurídico de las vacaciones periódicas retribuidas*, en *Revista de Política Social*, 1981, n. 130 y 131, p. 111. Posición en contrario C. MOLERO MANGLANO, *El sistema normativo*, Colex, Madrid, 1987, pp. 130-131.

derecho, desde la fecha del certificado médico hasta la fecha en que sobrevenga el parto.

- d. Tendrá derecho en todo caso, si amamanta a su hijo, a dos descansos de media hora para permitir la lactancia.

Por su parte, el artículo 4 señala: “Cuando la mujer esté ausente de su trabajo, en virtud de los apartados a. y b. del artículo 3 de este convenio, o cuando permanezca ausente de su trabajo por un periodo mayor a consecuencia de una enfermedad, que de acuerdo con un certificado médico esté motivada por el embarazo o el parto, será ilegal que hasta que su ausencia haya excedido de un período máximo fijado por la autoridad competente de cada país, su empleador le comunique su despido durante dicha ausencia o se lo comunique de suerte que el plazo estipulado en el aviso expire durante la mencionada ausencia».

Cabe recordar, que esta norma es anterior a la Constitución de 1978, por lo que el reconocimiento de estos derechos a nivel constitucional encontraría su sustento en lo dispuesto en el artículo 39 de la Constitución Española¹⁸ que vela por la protección de la familia que se traduce, en el ámbito laboral, como ya hemos dicho, en acciones efectivas para la conciliación de la vida familiar y laboral; o que el derecho a la no discriminación se concrete, en las relaciones laborales, a través de normas dirigidas a impedir que la mujer embarazada sea discriminada debido a su condición.

Ahora, es importante advertir que el Tribunal Constitucional ha rechazado en reiteradas ocasiones que el artículo 10.2 de la Constitución Española constitucionalice las normas internacionales sobre derechos humanos¹⁹. Así, por sí solas, las normas internacionales no pueden ser invocadas como fundamento jurídico directo de un recurso de amparo. Por el contrario, este deberá fundamentarse en una disposición constitucional

¹⁸ Artículo 39 de la Constitución Española:

- «1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.
2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.
3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.
4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos».

¹⁹ Por todas: *Vid.* STC 76/1982, de 14 de diciembre, fundamento jurídico 5º. Al respecto: A. FERNÁNDEZ TOMÁS, *La válida celebración y la incorporación de los tratados en la jurisprudencia constitucional española*, en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al Profesor Manuel Díez de Velasco*, 1993, Tecnos, Madrid, p. 353 y ss.

enunciadora del derecho supuestamente vulnerado (arts. 53.2 CE y 49.1 LOTC)²⁰. Esto significa que el artículo 10.2 de la Constitución Española no ha otorgado rango constitucional a los derechos y libertades reconocidos por los tratados internacionales si los mismos no se encuentran también proclamados por la Carta Magna española²¹.

Esto resulta de suma importancia porque el contenido del Convenio materia de análisis no desarrolla un derecho fundamental reconocido como tal en la Constitución Española, sino en un principio rector de la política social y económica, que, como ya dijimos, sólo supone para el Estado una obligación sujeción. Por ello, pese a la ratificación de este Convenio y de que, en el Derecho interno español, la recepción de los tratados internacionales sea automática e inmediata, luego de su publicación oficial, por lo que estos devienen en fuente directa del Derecho, no podría afirmarse que los derechos contenidos en el convenio en cuestión dejan de ser principios rectores para obtener el rango de derechos fundamentales.

Ahora, la calidad de principios rectores supuso para el Gobierno Español, el desarrollo prioritario de los medios para efectiva realización de estos derechos partiendo de su regulación legal, como veremos más adelante.

3. Inspiración para la regulación sobre los derechos de la mujer

Como ya dijimos, el convenio materia de este artículo regula los siguientes derechos: el descanso pre y post natal, el subsidio por maternidad, el permiso de lactancia y la nulidad de despido. En específico el Convenio señala que la mujer:

- a. No estará autorizada para trabajar durante un período de seis semanas después del parto;
- b. Tendrá derecho a abandonar el trabajo mediante la presentación de un certificado que declare que el parto sobrevendrá probablemente al término de seis semanas;
- c. Recibirá, durante todo el periodo que permanezca ausente en

²⁰ STC 120/1990, de 27 de junio, fundamento jurídico 3º; y STC 56/2003, de 24 de marzo, fundamento jurídico 1º y QUINTERO SARAVIA, G.M., «Las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno: el caso de la Constitución. La Constitución como fuente de Derecho Internacional», *Revista de Derecho Político*, Nº 45, 1999, pp. 69-104.

²¹ R. PANIAGUA REDONDO, *La recepción, publicación y rango normativo de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico español*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1991, vol. 90, n. 4, pp. 924-925.

virtud de los apartados a. y b., prestaciones suficientes para la manutención y la del hijo en buenas condiciones de higiene; dichas prestaciones, cuyo importen será fijado por la autoridad competente en cada país, será satisfecha por el tesoro público o se pagará por un sistema de seguro. La mujer tendrá además derecho a la asistencia gratuita de un médico o de una comadrona. El error médico o de la comadrona en el cálculo de la fecha de parto no podrá impedir que la mujer reciba las prestaciones a que tiene derecho, desde la fecha del certificado médico hasta la fecha en que sobrevenga el parto.

- d. Tendrá derecho en todo caso, si amamanta a su hijo, a dos descansos de media hora para permitir la lactancia.

Además indica que: “Cuando la mujer esté ausente de su trabajo, en virtud de los apartados a. y b. del artículo 3 de este convenio, o cuando permanezca ausente de su trabajo por un periodo mayor a consecuencia de una enfermedad, que de acuerdo con un certificado médico esté motivada por el embarazo o el parto, será ilegal que hasta que su ausencia haya excedido de un período máximo fijado por la autoridad competente de cada país, su empleador le comunique su despido durante dicha ausencia o se lo comunique de suerte que el plazo estipulado en el aviso expire durante la mencionada ausencia».

Todos estos derechos se encuentran actualmente reconocidos legislativamente. Las principales normas que regulan estos beneficios son: el Estatuto de los Trabajadores, la Ley General de Seguridad Social y su reglamento RD 295/2009, entre otras disposiciones normativas.

Así, por ejemplo, la madre tiene derecho a dieciséis semanas de baja por maternidad, pudiendo disfrutar de diez semanas durante el embarazo, el resto, las seis semanas restantes tiene necesariamente que disfrutarlas después del parto²², tal como lo recoge el Convenio. Este derecho, además, se amplía, actualmente, si se trata de un parto múltiple, en dos semanas más por cada hijo, a partir del segundo y le es aplicable también a la adopción, acogimiento familiar y tutela.

Asimismo, si el bebé fallece, la madre podrá continuar con el permiso de maternidad por parto hasta concluir las dieciséis semanas.

Se puede ampliar el permiso de maternidad durante el tiempo que el bebé permanezca hospitalizado y hasta un máximo de trece semanas más, en los casos de parto prematuro y de recién nacidos que precisen hospitalización superior a siete días a continuación del parto.

²² D.M., CAIRÓS BARRETO, *Seguridad y salud de la trabajadora embarazada, de parto reciente o en periodo de lactancia*, en *Lan Harremanak*, 2010, tomo II, n. 23, pp. 93-94.

El permiso por maternidad se amplía en dos semanas más para los supuestos de discapacidad del hijo, o del menor adoptado o acogido.

Es importante, además, tener en cuenta que las trabajadoras autónomas también podrán optar a la baja por maternidad. En este caso necesitará al menos haber cotizado ciento ochenta días en los últimos siete años, o trescientos sesenta días a lo largo de toda su vida laboral (en el caso de mayores de 26 años). Las menores de 21 no necesitarán haber cotizado nada, mientras que las mujeres entre los 21 y los 26 años deben haber cotizado al menos noventa días en los últimos siete años.

En estos casos, al igual que en los anteriores, se contempla maternidad, adopción y acogimiento de menores.

Durante el tiempo que dure la baja por maternidad las mujeres embarazadas tendrán derecho a la prestación por maternidad cuya cuantía ascenderá al 100 % de la base reguladora, para ello se deberá contar con los siguientes requisitos:

- a. Si se trata de persona menor de 21 años en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, no se exigirá un mínimo de cotización.
- b. Si se encuentra entre 21 y 26 años de edad en la fecha del parto o de la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, el periodo mínimo de cotización exigido será de noventa días cotizados dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso, o, alternativamente, de 180 días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha.
- c. Si la trabajadora es mayor de 26 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, el periodo mínimo de cotización exigida será de 180 días cotizados dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso, o, alternativamente, de 360 días cotizados a lo largo de su vida laboral con anterioridad a esta última fecha.

El Sistema Nacional de Salud brinda atención médica a todas las personas, financiada por la Seguridad Social, incluyendo entre otros, los servicios de atención a las mujeres: a) el seguimiento de cuidado y salud del embarazo. b) la preparación para el parto, c) visita al médico durante el primer mes después del parto

Con respecto al derecho de licencia por lactancia resulta interesante el reciente Real Decreto-ley 6/2019, que regula el permiso para el cuidado

del lactante cuya duración es de nueve meses. Una trabajadora tendrá derecho a un descanso de una hora (o dos medias horas) o a una reducción de su jornada en 30 minutos a tal efecto. Este permiso también podrá acumularse en días completos según lo estipulado en el convenio colectivo correspondiente o conforme a lo acordado entre la trabajadora y su empresa. El permiso para el cuidado del lactante pueden disfrutarlo ambos progenitores. En este caso, podrán hacerlo hasta que el bebé cumpla doce meses. Sin embargo, implica una reducción de la parte proporcional del salario.

En lo que se refiere a la ilegalidad del despido, la legislación española protege a la mujer en gestación desde el primer día de embarazo, independientemente de si ha comunicado o no su estado al empleador y hasta nueve meses después del parto. La protección contra el despido supone que la relación laboral no puede ser extinta unilateralmente por el empleador por motivo del embarazo, porque ello resultaría discriminatorio, de tal forma que, de producirse el despido, la empresa deberá demostrar que su causa no tiene origen en el embarazo, pues de lo contrario el despido será nulo.

4. Conclusiones

1. La Constitución española reconoce como derechos fundamentales artículos 14 y 30.2 y toda la Sección 1 del Capítulo II del Título Primero de la norma constitucional; así como también, a la Sección segunda del Capítulo II, dado que la propia norma constitucional le reconoce a estos la garantía del contenido esencial y la vinculación a los poderes públicos.
2. Los derechos contenidos en el Capítulo III, son principios rectores de la política social y económica dado que son exigibles judicialmente por disposición constitucional, mientras no cuenten con un desarrollo legislativo, por lo que carecen de dimensión subjetiva.
3. El Convenio materia de análisis no desarrolla un derecho fundamental reconocido como tal en la Constitución Española, sino en un principio rector de la política social y económica, lo que supone para el Estado una obligación sujeción.
4. La calidad de principio rector supuso para el Gobierno Español, el desarrollo prioritario de los medios para efectiva realización de los derechos contenidos en el convenio a través de la regulación legal. Por lo que el convenio 1919 (núm. 3) de la OIT sirvió de

inspiración para las normas que sobre este tema ha desarrollado la legislación española, como, por ejemplo, el descanso pre y post natal, el subsidio por maternidad, el permiso de lactancia y la nulidad de despido.

5. Bibliografía

ABA CATOIRA A., *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, prólogo de J.A. PORTERO MOLINA, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999

CAIRÓS BARRETO D.M., *Seguridad y salud de la trabajadora embarazada, de parto reciente o en periodo de lactancia*, en *Lan Harremanak*, 2010, tomo II, n. 23

CAMPS RUÍZ, L.M., *Notas sobre la eficacia de los preceptos constitucionales de contenido laboral*, en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, Secretaría de publicaciones de la Universidad de Valencia, Valencia, 1980

CARRASCOSA BERMEJO D., *Análisis crítico de los derechos laborales y de Seguridad Social de las víctimas de violencia de género: una aproximación práctica*, en *Revista de Derecho Social*, 2011, n. 55

CHARRO BAENA P., *Derecho a vacaciones en el ámbito laboral: Origen, evolución histórica, sistema normativo y configuración jurídica del mismo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1993

FERNÁNDEZ TOMÁS A., *La válida celebración y la incorporación de los tratados en la jurisprudencia constitucional española*, en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al Profesor Manuel Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993

GARCÍA ROCA J., *Diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales constitucionales, en la construcción de un orden público europeo*, en *Teoría y Realidad Constitucional*, 2012, n. 30

GAVARA DE CARA J.C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, prólogo de F. DE CARRERAS, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994

GOÑI SEIN J.L., *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual: ¿Necesidad de una reformulación?*, Ponencia presentada en el XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, celebradas en Pamplona del 29 al 30 de mayo de 2014

MARTÍNEZ PUJALTE A.L., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, prólogo A. OLLERO TASSARA, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997

MOLERO MANGLANO C., *El sistema normativo*, Colex, Madrid, 1987

MONTOYA MELGAR A., *El trabajo en la Constitución*, en A. SEMPERE NAVARRO Y R. MÁRTIN JIMÉNEZ (coords.), *El modelo social de la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003

PALOMEQUE LOPEZ M.C., ÁLVAREZ DE LA ROSA M., *Derecho del Trabajo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2007

PANIAGUA REDONDO R., *La recepción, publicación y rango normativo de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico español*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1991, vol. 90, n. 4

PÉREZ TREMP S., *Los derechos fundamentales*, en AA.VV., *Derecho Constitucional I: El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002

QUINTERO SARAVIA G., *Las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno: el caso de la Constitución. La Constitución como fuente de Derecho Internacional*, en *Revista de Derecho Político*, 1999, n. 45

SEMPERE NAVARRO A., *Régimen Jurídico de las vacaciones periódicas retribuidas*, en *Revista de Política Social*, 1981, n. 130 y 131

SEMPERE NAVARRO A., CANO GALÁN Y., CHARRO BAENA P., SAN MARTÍN MAZZUCCONI C., *Políticas Sociolaborales*, Eunate, Pamplona, 2001

VALDÉS DAL RÉ F. (dir.), LAHERA FORTEZA, J. (coord.), *Relaciones laborales de las personas con discapacidad*, Biblioteca Nueva, Fundación Francisco Largo Caballero, Fundación Once, Fundación Ortega y Gasset, Madrid, 2005

Red Internacional de ADAPT



ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternacional.it



ADAPTInternacional.it

Construyendo juntos el futuro del trabajo