

*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<sup>a</sup> 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 (revisado) 1952 (núm. 103)

María Gema QUINTERO LIMA\*

---

**RESUMEN:** El Convenio n. 103 de 1952 revisa el Convenio n. 3 de 1919, relativo a la protección de la maternidad, para contemplar la protección de las mujeres empleadas en empresas industriales y en trabajos no industriales y agrícolas. Desde una perspectiva laboral, pero también sanitaria. La consideración del hecho biológico de la maternidad y el parto como entidades dignas de protección pública hacía que, en la esfera privada, en el marco de una relación jurídica *inter privatos*, el empleador fuera centro de imputación de ciertas obligaciones para promocionar la protección de la salud de la mujer trabajadora embarazada o que ha dado a luz. Así se perfila un derecho al descanso subsidiado y protegido, y un derecho a prestaciones sanitarias.

**Palabras clave:** Maternidad, embarazo, parto, lactancia, descanso, prestaciones.

**SUMARIO:** 1. Consideraciones previas. 2. El ámbito objetivo nuclear: la salud de la mujer trabajadora embarazada y que acaba de dar a luz. 2.1. Vertiente laboral. 2.1.1. La duración del periodo de descanso. 2.1.2. La garantía económica durante el descanso. 2.1.3. La protección contra el despido. 2.1.4. Otras herramientas jurídicas de protección. 2.2. Vertiente sanitaria. 3. Otros ámbitos de protección concéntricos. 3.1. La lactancia. 3.2. La protección del feto o del recién nacido. 4. Consideraciones finales.

---

\* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III de Madrid.

## Maternity Protection Convention (Revised) 1952 (No. 103)

---

**ABSTRACT:** Convention No. 103 of 1952 revises Convention No. 3 of 1919, concerning maternity protection, to provide for the protection of women employed in industrial enterprises and in non-industrial and agricultural work. From an employment perspective, but also from a health perspective. The consideration of the biological fact of maternity and childbirth as entities worthy of public protection meant that, in the private sphere, within the framework of a legal inter-private relationship, the employer was at the centre of the imputation of certain obligations to promote the protection of the health of pregnant workers or women who have given birth. This is how a right to subsidized and protected rest and a right to health benefits emerge.

*Key Words:* Maternity, pregnancy, childbirth, breastfeeding, rest, benefits.

## 1. Consideraciones previas

Antes de ahondar en el contenido del convenio objeto de esta contribución, es preciso llevar a cabo algunas consideraciones previas.

En primer lugar, entonces, es preciso llamar la atención sobre el hecho de que la protección de la maternidad resulta ser una materia sujeta a una intervención evolutiva por parte de la OIT. Así, en el haber convencional, se observa una intervención periódica, e irregular, referida a la maternidad. El Convenio 103 (en adelante C103), sobre la protección de la maternidad comporta una revisión, en 1952 de su antecesor, el Convenio 3 (en lo sucesivo C003) sobre la protección de la maternidad, en 1919, relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto<sup>1</sup>. Y a su vez, ha sido revisado en el año 2000<sup>2</sup> por el Convenio 183 (C183) sobre la protección de la maternidad. De suerte que los tres instrumentos, y sus respectivas recomendaciones<sup>3</sup>, habría de ser consideraciones como una unidad impropia. Ese carácter unitario impropio deriva, obviamente, del hecho de que se trata de tres instrumentos diferenciados y relativamente autónomos, sujetos al proceso de denuncia automática por ratificación del convenio revisor concordante, aunque nada obsta a una vigencia concomitante.

De esta forma, cabe, en un extremo, que haya Estados que hayan ratificado sucesivamente todos los convenios<sup>4</sup> y, en el otro extremo, que haya Estados que no han ratificado nunca ninguno<sup>5</sup>. En la zona intermedia, se abre una panoplia de posibilidades. Porque es plausible que: a) haya Estados que únicamente han procedido a ratificar el convenio 3 y no han procedido a ratificar las revisiones ulteriores; b) algunos Estados ratificaran los convenios 3 y 103, pero no la última revisión<sup>6</sup>; c) haya Estados que ratificaran el convenio 103, sin haber ratificado con anterioridad el convenio 3, pero que tampoco han asumido el convenio

---

<sup>1</sup> Entraba en vigor el 13 de junio de 1921.

<sup>2</sup> Con entrada en vigor el 7 de febrero de 2001.

<sup>3</sup> Se trataría, respectivamente, por orden cronológico, de la Recomendación R012 sobre la protección de la maternidad, protección, antes y después del parto, de las mujeres empleadas en la agricultura, de 1921 (adoptada en Ginebra, en la 3ª Reunión CIT de 15 de noviembre de 1921). En segundo lugar, de la Recomendación R095 sobre la protección de la maternidad de 1952 (adoptada en Ginebra, en la 35ª reunión CIT de 4 de junio de 1952). Por último, se trataría de la Recomendación R191 sobre la protección de la maternidad de 2000 (adoptada en Ginebra, en la 88ª reunión CIT de 15 de junio de 2000).

<sup>4</sup> Es el caso de Italia.

<sup>5</sup> Paradigmático es el caso de Estados Unidos.

<sup>6</sup> Sería por el ejemplo, el caso de España, Grecia o Uruguay.

revisor 183<sup>7</sup>; d) haya Estados que solo hayan ratificado el convenio 183, sin haber ratificado previamente a sus predecesores<sup>8</sup>.

Se trataría, entonces, de una triada enlazada de modo imperfecto, que ofrece estándares evolutivos diferenciados en lo que a niveles de exigencia de protección de la mujer trabajadora embarazada o que ha dado a luz se refiere.

En segundo lugar, se trata de un convenio condicionado, en su contenido y en su efectividad final por los distintos contextos ideológicos *amplo sensu* ligados a la consideración general del papel político, económico y social de la mujer. Y por ende está condicionado por las realidades y contextos referidos a la intervención femenina como activo laboral en los distintos sectores productivos del mercado de trabajo formalizado, desde una perspectiva nacional y global o internacional<sup>9</sup>.

O dicho en otros términos, la asimetría consustancial a los Ordenamientos jurídico-laborales predetermina los contenidos y la efectividad misma de los Convenios de la OIT. Y esa misma asimetría se hace más intensa, por un lado, atendiendo a las idiosincrasias (sobre el valor del trabajo, y sobre el valor del género femenino) nacionales, pero se estandarizarían a partir de los estándares internacionales (regionales y globales) que, paralelamente, abordan la protección de la mujer (genéricamente)<sup>10</sup>.

Por lo que respecta a la maternidad de un modo más concreto, y sin que sea un ejemplo aislado, se ha puesto de manifiesto la clarividencia de la Organización Internacional del Trabajo al abordar la protección de la maternidad, en 1919, y en 1952, mucho antes de que, el art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales planteara la protección de las madres, especialmente de las mujeres trabajadoras<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> Es el caso, por ejemplo, de Bolivia o Bahamas, que ratificaron el C103 en 1973 y en 2001, respectivamente.

<sup>8</sup> Un ejemplo lo ofrece Lituania.

<sup>9</sup> En 1952, tras la II Guerra Mundial, comienzan a mutar los mercados laborales de los países implicados en la contienda. Para feminizarse. Y las necesidades natalistas emergerían también. Algo que provoca la necesidad de proteger la maternidad de las mujeres trabajadoras.

<sup>10</sup> Desde el epicentro del Derecho Humano a la igualdad y la prohibición de discriminación por razón de sexo/genero, las Cuatro conferencias mundiales sobre la Mujer de Naciones Unidas se conforman como el marco universal, y se imbrican todos los instrumentos del sistema (Comisiones, Convenciones, Protocolos). Por lo que respecta al ámbito regional, la prohibición de discriminación, en el germen de las Comunidades Europeas también se encuentra presente como derecho fundamental.

<sup>11</sup> Se previa en 1966 que se «se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social». Aspectos todo ya contemplados en los convenios 102 y

Como consecuencia de lo anterior, de un modo más prosaico, la situación laboral de facto real de las mujeres acaba predeterminando la ratificación de los convenios por los distintos Estados. Para los que el Convenio 103, a lo que aquí interesa, en ocasiones, ha de ser no tanto un estándar normativo que cumplir desde la situación nacional concreta, sino un estándar cumplido y superado ya por la normativa nacional precedente<sup>12</sup>. No obstante esa constatación de la realidad fáctica de la dinámica de ratificación, bien es cierto que este convenio 103, obviamente, se desenvuelve con otro entendimiento de su función. Y por lo tanto, como estándar mínimo a cumplir, dibuja un esquema aplicativo dispositivo, sustentado en mínimo.

## **2. El ámbito objetivo nuclear: la salud de la mujer trabajadora embarazada y que acaba de dar a luz**

Con carácter general, el C103 tiene el objetivo de proceder a proteger la maternidad, no de cualquier mujer sino, obviamente de la mujer *empleada en empresas industriales y en trabajos no industriales y agrícolas* (art 1).

Si se observa, esto se traduciría en la exclusión tacita de las mujeres embarazadas que no sean trabajadoras (asalariadas) en el sentido del convenio. Exclusión que habría de ser integrada a través de los art. 8 y siguientes del convenio 102, sobre la seguridad social de 1952<sup>13</sup>.

Por lo que respecta a las mujeres trabajadoras protegidas, en el C103 se hace un diseño omnicompreensivo del colectivo, para incluir: Primero: a las mujeres que prestan servicios en empresas industriales públicas y privadas de cualquier rama (art. 1.2). Es más, realiza una enumeración de sectores productivos tradicionalmente masculinizados (minas, canteras, empresas de manufactura cualesquiera, incluyendo las de buques, electricidad, obras

---

103 de la OIT.

<sup>12</sup> De hecho, las últimas campañas de la OIT así lo ponen de manifiesto. Como la Campaña de ratificación del Centenario, *Uno cada Uno*. Laos bajos niveles de ratificación de los convenios guardan relación con la distancia que se mantiene aún entre las legislaciones nacionales y los estándares internacionales, que inhiben a los Estado de comprometerse internacionalmente; a menos que ya cuenten con un estándar superior, o que tengan una verdadera voluntad inminente de alcanzarlo a partir de la ratificación.

<sup>13</sup> En él se preveía, en el esquema archi-complejo de convenio de Norma Mínima (compuesto de excepciones imbricadas a disposición de los Estados) la prestación de asistencia sanitaria de familiares de sujetos protegidos por esta contingencia para supuestos de embarazo, parto y sus consecuencias. Lo que provocaba, por simplificar, la protección como derecho derivado de la salud de la esposa, o hija del varón trabajador asegurado en los términos estándares previstos en las legislaciones nacionales.

de ingeniería civil, etc.) en lo que puede resultar de aplicación lo previsto convencionalmente. Segundo, a las mujeres empleadas en trabajos no industriales, lo que comprende los trabajos efectuados en las empresas y los servicios públicos o privados<sup>14</sup>, y, tercero, a las mujeres empleadas en trabajos agrícolas<sup>15</sup>.

Ahora bien, como viene siendo habitual, ese diseño de protección deseable maximizado inicial, queda constreñido por las facultades concedidas a los Estados de prever excepciones nacionales a la aplicación respecto de ciertas categorías de trabajadoras (art. 7 C103)<sup>16</sup>.

De este modo, se produce una apertura significativa del campo de delimitación subjetiva de la acción protectora del convenio, respecto de su predecesor. Que había omitido de su radio de acción el trabajo de las mujeres en el campo<sup>17</sup>; aunque, bien es cierto, la Recomendación 12 de 1921 se dedicó entonces al diseño del estándar de protección antes y después del parto de las mujeres empleadas en la agricultura.

El Convenio 183 procederá después a terminar de abrir el ámbito subjetivo de protección, para referirse a todas las mujeres empleadas, incluyendo a las formas de trabajo atípico dependiente, sin perjuicio de las facultades de exclusión de los Estados (art. 2).

El convenio 103, entonces, protege a ese colectivo amplio de mujeres, desde una perspectiva de protección fisiológica de la mujer que, como consecuencia de la intersección de su faceta de madre gestante y de trabajadora, puede sufrir daños en su salud.

---

<sup>14</sup> Trabajos no industriales y servicios referidos a: «(a) los establecimientos comerciales;(b) los servicios de correos y telecomunicaciones; (c) los establecimientos y servicios administrativos cuyo personal efectúe principalmente trabajos de oficina; (d) las empresas de periódicos; (e) los hoteles, pensiones, restaurantes, círculos, cafés y otros establecimientos análogos; (f) los establecimientos dedicados al tratamiento u hospitalización de enfermos, lisiados o indigentes y los orfanatos; (g) los teatros y otros lugares públicos de diversión; (h) el trabajo doméstico asalariado efectuado en hogares privados, así como cualesquiera otros trabajos no industriales a los que la autoridad competente decida aplicar las disposiciones del Convenio» (art. 1.3 C103).

<sup>15</sup> Lo que comprende «todos los trabajos ejecutados en las empresas agrícolas, comprendidas las plantaciones y las grandes empresas agrícolas industrializadas» (art. 1.4 C103).

<sup>16</sup> Todo Miembro de la OIT que ratifique el presente Convenio podrá, mediante una declaración anexa a su ratificación, prever excepciones en la aplicación del Convenio con respecto a: a) ciertas categorías de trabajos no industriales; b) los trabajos ejecutados en las empresas agrícolas, salvo aquellos ejecutados en las plantaciones; c) el trabajo doméstico asalariado efectuado en hogares privados; d) las mujeres asalariadas que trabajan en su domicilio; e) las empresas de transporte por mar de personas y mercancías.

<sup>17</sup> En el que contemplaba únicamente la protección de mujeres empleadas «en empresas industriales o comerciales, públicas o privadas» en los términos concretados en su art 1.



Esto explica que en el convenio 103 se articulen diferentes mecanismos jurídicos para procurar la protección de la salud de la mujer trabajadora embarazada que ha de alumbrar al cabo del proceso de gestación. Unos son mecanismos propios de la vertiente laboral, y otros propios de la vertiente sanitaria.

## **2.1. Vertiente laboral**

Desde la vertiente de la relación laboral de la trabajadora embarazada, el primer y más potente mecanismo jurídico para proteger la salud de la mujer trabajadora en la vertiente laboral es el derecho al descanso.

En la medida en que el proceso fisiológico pueda verse afectado por el desarrollo de la prestación laboral, y eso puede perjudicar con distintas relaciones causa-efecto a la integridad física de la mujer embarazada o que acaba de alumbrar, se ha diseñado el descanso como un derecho de duración significativa. Que se proyecta en dos direcciones: durante un periodo posterior al parto, que resulta obligatorio (de 6 semanas), y un periodo facultativo (de seis semanas también) que puede disfrutarse con anterioridad o con posterioridad al parto.

Para que el derecho al descanso pueda desplegar los efectos precisos para proteger eficazmente la salud de la mujer trabajadora, para que pueda ser un descanso efectivo, se articula en torno a tres garantías: 1) el descanso por maternidad resulta ser una causa legítima de suspensión del contrato, 2) se trata de una suspensión subsidiada, 3) el hecho de disfrutar de ese descanso no puede ser nunca una causa lícita que justifique ningún tipo de despido de la trabajadora por el empresario.

### **2.1.1. La duración del periodo de descanso**

Para que resulte ser un descanso efectivo que cumplan con la finalidad de proteger la salud de la mujer trabajadora embarazada y/o que ha dado a luz, en el C103 se prevé que ha de durar, por lo menos, doce semanas (art 3.1); periodo que siempre podrá ser mejorado por las legislaciones nacionales. Al menos seis semanas de ese periodo han de ser disfrutadas después del parto. Si bien cabe que el periodo obligatorio se amplíe por la legislación nacional.

Junto a este descanso previo al parto y posterior al parto, en el C103 se prevén otros dos tipos de descanso, que mantienen la finalidad originaria de protección de la salud, pero que incorporan un matiz mórbido. En el

sentido de que obliga a que se contemplen dos tipos de periodos de descanso suplementario para los supuestos en que se produzca una enfermedad consecuencia del embarazo, de un lado, y/o una enfermedad que sea consecuencia del parto. En esos dos supuestos, previa objetivación de la situación patológica mediante certificado médico, esas doce semanas inicialmente previstas habrían de ser ampliadas suplementariamente, pero siempre que no superen el límite fijado por la autoridad competente (art. 3.5 y 3.6). La traducción efectiva de este tipo de previsiones quedaba entonces subordinada a la acción nacional particular, sin compromiso cuantitativo alguno.

En el C183 que lo ha revisado, ese periodo mínimo se incrementa a catorce semanas (art.4), y se categoriza ya no como mero descanso, sino como licencia de maternidad<sup>18</sup>. Al mismo tiempo, junto a la protección de las situaciones patológicas ligadas al embarazo y el parto, se contemplan supuestos de protección de los riesgos no actualizados ni materializados para la salud.

### **2.1.2. La garantía económica durante el descanso**

La previsión del derecho al descanso, a ausentarse del trabajo en los supuestos de embarazo y parto que se diseñan no serían efectivo si se circunscribieran al mero derecho a la inactividad.

O dicho de otro modo, para que el descanso pueda ser efectivo, el convenio diseña un derecho al descanso subsidiado, De forma que suspensión del contrato por maternidad no traduzca el esquema general de la suspensión contractual, a saber la de que la interrupción de la obligación de prestar servicios lleva aneja la interrupción de abonar la remuneración por parte del empresario.

Para ello se prevé que la mujer que se ausente del trabajo durante los periodos previstos de descanso, tendrán derecho a prestaciones en dinero, que tengan la finalidad de garantizar los recursos suficientes para la manutención de la mujer y de su hijo en buenas condiciones de higiene y de acuerdo con un nivel de vida adecuado (art. 4.2).

Ese esquema de descanso subsidiado se diseña en un contexto de aseguramiento colectivo, porque, expresamente, se establece que el empresario en ningún caso podrá estar personalmente obligado a costear

---

<sup>18</sup> Que la recomendación 191, 2000, continua ampliando. De un parte, prevé que se haya de prolongar, al menos, hasta dieciocho semanas por lo menos. Y aun mas en caso de parto múltiple (apdo. 1 (1) y (2)).

esas prestaciones (art. 4.8)<sup>19</sup>.

Esa prohibición, por el contrario, no exime al empresario de contribuir a costear, mediante un esquema de seguro social obligatorio, las eventuales prestaciones a las que las trabajadoras protegidas puedan tener derecho (art. 7). En este sentido, se prevé que sean solo los empleadores los que contribuyan al esquema de aseguramiento obligatorio, o lo hagan conjuntamente con los trabajadores, pero en todo caso de un modo neutro, es decir, sin atender al número de hombres o mujeres empleados en la empresa. Lo que no deja de ser una garantía de eventuales efectos de discriminación a la inversa, o de efectos reflejos perjudiciales de la política de protección del trabajo femenino para el empleo de las mujeres.

En estos casos, el C103 no fija cuantía alguna en la que se deba traducir el subsidio durante el descanso establecido. Sino que, solamente, fijan una regla mínima que pretende garantizar la protección suficiente y adecuada. De esta forma, se prevé, en el art 4.6, que cuando el cálculo de la prestación se haya de hacer atendiendo a un principio de contribución previa, el resultado de la formula no puede llevar a una cuantía inferior a dos tercios de la base tomada en consideración (lo que se traduciría en una prestación de, como mínimo, un 66,66% de la base reguladora, se entiende)<sup>20</sup>.

Junto al esquema de seguro obligatorio puro, en el convenio, se prevé que desde esquema de asistencia pública paralelos al sistema asegurativo, los Estados han de procurar *prestaciones adecuadas* (sin concretar cuáles, ni de qué tipo ni cuantía) a aquellas mujeres que no reúnan las condiciones previstas por la normativa reguladora del seguro obligatorio.

O dicho de otro modo, el convenio compromete a una protección no estrictamente contributiva, sino también asistencial. Obligación que, resulta comprometedora para los Estados en términos financieros<sup>21</sup>. Algo

---

<sup>19</sup> La misma previsión de contempla en el C183 (art. 6.8). si bien se prevé la excepción de que el empleador si puede estar obligado a costear directamente las prestaciones pecuniarias cuando así estuviera previsto antes de 2000 en la legislación o practica nacional, o cuando se acuerde tripartitamente con posterioridad a esa fecha por gobiernos y organizaciones representativas de trabajadores y empresarios.

<sup>20</sup> Esa misma ratio, curiosamente, se mantiene en el art. 6 del C183, a pesar de que la R095 sobre protección de la maternidad de 1952 ya prevenía que las prestaciones deberían ser equivalentes a un cien por cien (100%) de las ganancias anteriores de la trabajadora.

<sup>21</sup> En España ha sido muy reciente el diseño de prestaciones económicas no estrictamente contributivas para los supuestos de maternidad. Y se ha limitado a la cobertura subsidiada de las seis semanas de descanso obligatorio. En efecto en el supuesto especial de prestación de maternidad previsto en el art. 181 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley

que, evidentemente se ha de enmarcar en la libertad configuradora de la protección. De suerte que el modo en el que se articule esa protección queda indefinido, totalmente subordinado al diseño nacional.

### 2.1.3. La protección contra el despido

Junto a las anteriores cautelas, se prevé en el art. 6 una garantía frente al despido. Que en sus términos literales resulta ciertamente limitada. Así, se prevé la ilegalidad del despido que el empresario pretenda comunicar durante los periodos de ausencia por ejercicio del derecho al descanso, o que se haga efectivo durante dicho periodo. En el buen entendido que dentro de ese derecho se engloban todas las materializaciones vinculadas directa o indirectamente al embarazo y al parto, y que incluyen, entonces, los periodos de descanso por enfermedades vinculadas a los hechos biológicos. De facto, esto se traduce en un blindaje contra el despido que, al menos, protege a la mujer trabajadora durante las doce semanas del descanso mínimo fijado en le art. 3.2 C103.

Este elemento de protección del empleo de la mujer que ejercita al derecho al descanso, se matiza enseguida – con las limitaciones aplicativas evidentes atendiendo al tipo de instrumento – en la Recomendación 95 sobre la protección de la maternidad (1952). En varias direcciones. En una primera, para indicar el *dies a quo* de la obligación de no comunicar el despido, que coincide con el momento en el que al empresario le haya sido notificado mediante certificado medico el embarazo de la mujer. En otra dirección, el periodo de garantía se habría de prolongar, al menos, hasta un mes después de la terminación del descanso. En una tercera dirección, paralelamente, la R095 no posibilita a partir de la garantía del art.6 del C103 un blindaje absoluto de la mujer trabajadora embarazada o que ha dado a luz. Antes al contrario, admite que sí se pueden considerar justas causas de extinción del contrato de la trabajadora la concurrencia de varias situaciones, tales como: la comisión de una falta grave (causas disciplinarias), la cesación de actividades de la empresa (causas económicas) o la terminación del contrato (extinción por advenimiento del plazo inicialmente pactado. En este sentido el Convenio 183 realiza una delimitación omnicomprendensiva de las causas para un despido justo, y establece la prohibición de que el empleador pueda despedir (durante el

---

General de la Seguridad Social (LGSS), se prevé una prestación económica de una cuantía diferenciada del supuesto general (art. 177 LGSS) como consecuencia de que la trabajadora no cumple el requisito de carencia fijado (en ninguna de las previsiones atendiendo a la edad de la asegurada).

periodo de licencia o en el periodo ulterior que se fije por la legislación nacional) por cualquier motivo que este relacionado con el embarazo, el nacimiento del hijo, sus consecuencias o la lactancia. (art 8.1 C183). Lo más relevante a estos efectos, es que se fija la inversión de la carga de la prueba, y es el empresario el que habría de probar que el despido no está relacionado con el embarazo y las circunstancias análogas.

Con independencia de las limitaciones que entrañen las previsiones de la recomendación, es cierto que señala vías de desarrollo de la protección de la mujer trabajadora embarazada. Así, la garantía, al menos surge desde la comunicación al empresario del embarazo con la certificación médica. Pero habilita a que las legislaciones nacionales protejan desde el mero conocimiento del estado de gestación (al margen de que haya sido o no comunicado directamente por la interesada), sin que se pueda exigir la documentación médica con carácter general<sup>22</sup>; y habilita a que se proteja durante un periodo posterior al disfrute de los descansos.

#### 2.1.4. Otras herramientas jurídicas de protección

En orden a dotar de efectividad al derecho al descanso, más allá del C103, en la R05 se previeron en 1952 otras herramientas jurídicas de protección laboral de la mujer trabajadora embarazada o que ha alumbrado. De una parte, se previó un derecho al reingreso en el mismo puesto (el texto indica «trabajo»), o en un puesto equivalente con la misma remuneración al menos (apartado 4 IV.3 R095).

A lo anterior, se le vinculaba una especificación: la interrupción laboral no podría suponer que se perdiera la antigüedad en la empresa, sino que, por

---

<sup>22</sup> Tanto menos cuando se pueden vulnerar derechos fundamentales ligados a la intimidad, por ejemplo. En España, la regulación de la Protección de Datos Personales (Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales) limita seriamente las facultades empresariales de exigir cierto tipo de documentación, especialmente la ligada a estados de salud/embarazo. Y en la órbita comunitaria hace lo propio el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), así como de la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo.

el contrario, la trabajadora que hubiera disfrutado del descanso, tendría derecho a mantener esa antigüedad (apartado 4 IV.3 R095). Lo que no deja de ser una garantía añadida a los derechos remuneratorios ligados a la vinculación previa con la empresa.

La protección de la salud de la mujer trabajadora embarazada se entendió abordable más allá del derecho al descanso inminentemente ligado al parto. De ahí que se comiencen a fraguar algunas herramientas de tutela del estado de gestación en sentido amplio.

En esta vis expansiva de la idea de protección de la maternidad habría que contextualizar la prohibición del trabajo nocturno y de las horas extraordinarias apartado 5 (I) R095. Además, como se verá más adelante, a la salud de la madre se vincula enseguida otro bien jurídico digno de protección, como sería la salud del feto o del hijo. Lo que produce la apertura hacia la protección ya no solo del embarazo/parto, sino de las situaciones de riesgo para el desarrollo del proceso de gestación.

## 2.2. Vertiente sanitaria

El otro haz de la protección de la maternidad en el Convenio 103 lo constituye la protección sanitaria.

Así, se prevé el derecho de las mujeres trabajadoras a que, durante los periodos de ausencia del trabajo, tengan derecho a prestaciones médicas<sup>23</sup>, concedidas en virtud de un seguro social obligatorio<sup>24</sup> o a cargo de fondos de la asistencia pública<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> El art. 4.3, después de prever las prestaciones en dinero, establece que «las prestaciones médicas deberán comprender la asistencia durante el embarazo, la asistencia durante el parto y la asistencia puerperal, prestada por una comadrona diplomada o por un médico, y la hospitalización, cuando ello fuere necesario; la libre elección del médico y la libre elección entre un hospital público o privado deberán ser respetadas».

<sup>24</sup> Esta previsión, sería integrable con lo dispuesto en el art. 10.1 del Convenio 102, de Norma Mínima de Seguridad Social (las prestaciones deberán comprender, por lo menos: en caso de embarazo, parto y sus consecuencias; 1) la asistencia prenatal, la asistencia durante el parto y la asistencia puerperal prestada por un médico o por una comadrona diplomada; 2) la hospitalización, cuando fuere necesaria).

<sup>25</sup> Cuando la trabajadora no cumpliera con las condiciones establecidas en el ámbito asegurativo. De hecho, en el art. 11 del Convenio 102 se preveía la posibilidad de que se pudieran exigir periodos de calificación para acceder a las prestaciones sanitarias incluidas en el art. 10 arriba indicado. A contrario, eso se podría traducir en la desprotección de aquellas trabajadoras que no pudieran acreditar el requisito contributivo. El Convenio 103 entonces, prevé un marco de protección más allá del Convenio 102, para comprometer la asistencia médica de las mujeres trabajadoras embarazadas al margen del esquema del seguro social.

### 3. Otros ámbitos de protección concéntricos

#### 3.1. La lactancia

Si una mujer lacta a su hijo, tendrá derecho a interrumpir su trabajo para amamantar durante uno o varios periodos al día. Ahora bien, el Convenio 103 no establece la duración de los periodos, que habrán de ser determinados por las legislaciones nacionales (art. 5.1 C103)<sup>26</sup>.

En este caso, a diferencia del descanso por embarazo y/o parto, no se trata de un derecho subsidiado. Se trata de un derecho simple a la interrupción de la prestación laboral. Sin embargo, se prevé que, si la legislación nacional o la concertación colectiva lo establecen, nada obsta a que esos periodos de lactancia puedan ser considerados tiempo de trabajo y, por lo tanto, puedan ser remunerados (art. 5.2 C103).

Parece que se tratara de un derecho de menos potencia, en el que la salud de la trabajadora no está implicada y, por lo tanto, el carácter dispositivo de la protección es mayor.

Ulteriormente, en el Convenio 183 la protección de las madres lactantes ha encontrado mayor recorrido. De forma que se prevén dos modalidades de disfrute del derecho a lactar (mediante una o varias interrupciones al día, o mediante una reducción diaria del tiempo de trabajo (art. 10.1 del C183)<sup>27</sup>. Y se ha comprometido que esos periodos si hayan de ser contabilizados como tiempo de trabajo y, en consecuencia, hayan de ser remunerados (art. 10.2 del C183).

#### 3.2. La protección de feto o del recién nacido

Si se observa, desde la acción convencional de la OIT, la protección de la maternidad ha tenido una *vis expansiva* considerable. Se han puesto de manifiesto al hilo del núcleo que constituye la protección de la salud de la

---

<sup>26</sup> La Recomendación 95 prevé que se trate, al menos de una hora y media diaria, que se pueda distribuir de la forma más acorde a las necesidades de la madre y del recién nacido. Además, se prevé que deberían preverse instalaciones para proceder a la lactancia en condiciones de higiene adecuadas (apartado 3).

<sup>27</sup> En la recomendación 191 se ha incorporado un derecho a la individualización/adaptación de los periodos a las necesidades particulares del lactante y de la madre, sobre la base de indicaciones medicas o certificados análogos a los estrictamente médicos (apartado 7).

trabajadora embarazada o que acaba de dar a luz. Sin embargo, paralelamente, se vincula enseguida, primero tímidamente, y después de modo más evidente, la pretensión de proteger también la vida del embrión/feto y del recién nacido.

En efecto, nuclearmente era insoluble la protección derivada del feto y del recién nacido cuando se diseña el derecho al descanso de la trabajadora embarazada y/o que ha alumbrado. Sin embargo, se perfila como objetivo específico cuando se prevé obligaciones para el empleador que se traducen en el derecho de la trabajadora al cambio de trabajo cuando el suyo se comprueba que resulta peligroso para el desarrollo de proceso de gestación (apdo. 5(4) R095). Es más, al margen de tipo de actividad, se hace extensivo ese mismo derecho a supuestos individuales en los que, mediante certificado médico, se considere preciso un cambio de trabajo para evitar un perjuicio para la salud de la madre y del hijo (apdo. 5(5) R095).

Así, en los supuestos en los que la autoridad competente considere que ciertos trabajos sean peligrosos<sup>28</sup> para el embarazo, se prevé un derecho de la mujer trabajadora a ser transferida, sin reducción del salario, a otro trabajo (*rectius* puesto) que no sea perjudicial para su estado de gestación.

Esto no deja de ser sino una previsión incipiente de prevención de riesgos laborales respecto de un colectivo especialmente sensible como es de la mujer embarazada.

Más allá del embarazo, incluso, tras el parto, se prevén situaciones de protección de la lactancia en supuestos de trabajos peligrosos; de suerte que el cambio de trabajo se puede prolongar, cuando la mujer trabajadora lacte, durante tres meses después de la finalización del periodo de descanso (apdo. 5 R095).

Estas previsiones fueron el punto de partida en el año 2000 de la incorporación de obligaciones para los Estados de proceder a la evaluación de todo riesgo para la mujer embarazada o lactante y la de su hijo en el lugar de trabajo (apdo. 6 (1) R191). De forma que se diseña el triple peldaño protección de acciones subsidiarias (eliminación del riesgo, en su defecto, cambio de puesto; en su defecto, licencia remunerada (apdo. 6 (2) R191)).

Y más allá de la salud del feto/hijo, para conformar un concepto amplio de protección de la maternidad se incluía en la esfera concéntrica del convenio 103 la tutela de la relación materno-filial a través de la promoción de la lactancia. Se hacía a partir de la conexión tenue con la

---

<sup>28</sup> Y se presumen ciertos trabajos explícitamente como trabajos peligrosos para la salud de la mujer y la de su hijo/feto (apdo. 5(3) R095).



salud de madre e hijo. Algo que se replica en el Convenio 183.

Ulteriormente, en torno a esa idea relacional, se produce un cambio de paradigma, para diseñar nuevos tipos de licencia tras el nacimiento de hijo (apartado 10 R191). El cambio sustancial se produce desde el momento en que el sujeto del derecho no va a ser la madre trabajadora, sino el padre trabajador del recién nacido, en los supuestos de muerte de aquélla, o de enfermedad u hospitalización de la madre que impida el cuidado del hijo. (apartado 10 (1) y (2) R191).

Pero el avance más moderno se produce con la previsión de licencias parentales remuneradas más allá del periodo de descanso, para sendos progenitores.

#### 4. Consideraciones finales

Por razones ligadas a las características de esta contribución, no es preciso extender mucho el discurso en torno al convenio 103. Pero sirvan varias reflexiones breves y genéricas.

Respecto de la maternidad, el convenio 103 pone de manifiesto el modo en el que la Organización Internacional del Trabajo se erige como un motor clarividente del avance progresista de la protección del Trabajo, desde una óptica omnicomprendensiva, y con efectos polimorfos. Uno de ellos, sería el de la protección de la mujer. De su salud (contra la mortalidad femenina antes, durante y después del parto), y de su condición de trabajadora en sentido estricto.

En efecto, en 1952, tras la etapa bélica que provocaría la incorporación masiva de las mujeres al mercado de trabajo, antes de que la protección de la maternidad se predicara como elemento esencial de la protección contra la discriminación laboral de las mujeres, la OIT ya diseña un modelo postmoderno de instrumentos de tutela de la mujer trabajadora. En la que se después se habrían de inspirar no sólo los Estados Ratificantes, sino también algunas Entidades supranacionales. Así, el Derecho Social Comunitario ha podido tomar en consideración los esquemas convencionales de 1919, 1952 y 2000 y de las recomendaciones vinculadas Y viceversa, la OIT se ha retroalimentado de las previsiones comunitarias para diseñar modelos globales de protección expansiva de la maternidad ligada al hecho biológico<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> Se hace evidente la influencia de en el Convenio 183 y su recomendación, de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva

No obstante esa vis expansiva, paradójicamente, no deja de constituir una limitación general con mucha incidencia, el hecho de que los Estados Ratificantes puedan siempre establecer excepciones aplicativas respecto de ciertas categorías de trabajadoras. Se entre todas, cabe señalar a las trabajadoras de servicio doméstico, que suelen ser un colectivo recurrentemente excluido. Sirva, sin más, acudir al comentario sobre el Convenio 189 que se incorpora en esta obra.

En síntesis, instituciones como el riesgo durante el embarazo y la lactancia, el derecho derivado de maternidad para los progenitores, los permisos parentales remunerados, son realidades ya previstas en el Convenio 103 y sus afines; que en algunos Estados se incorpora a finales del siglo XX o en el siglo XXI, si bien ya estaban anticipados en la Normativa Internacional del Trabajo. Pareciera que el texto acabara de ser redactado/aprobado en la actualidad inminente, cuando, en realidad, cuenta con ya varias décadas...

---

específica con arreglo al art. 16.1 de la Directiva 89/391/CEE), retoma esquemas ya previstos.

# 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](http://www.adapt.it).

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a [redaccion@adaptinternacional.it](mailto:redaccion@adaptinternacional.it)



**ADAPT**Internacional.it

*Construyendo juntos el futuro del trabajo*