Breve descripción del régimen legal para el trabajo infantil y adolescente doméstico en Guatemala: análisis de la legislación nacional e internacional

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO
PROGRAMA INTERNACIONAL PARA LA ERRADICACIÓN DEL TRABAJO INFANTIL

El Proyecto *Prevención y eliminación de las peores formas de trabajo infantil doméstico en América Central y República Dominicana de la OIT-IPEC,* plantea una acción integral en los niveles políticos, sociales, económicos y culturales:

Investigación: identificar las características, magnitud y consecuencias del trabajo infantil y adolescente doméstico.

Concientización y divulgación: informar, sensibilizar y movilizar a diferentes sectores sobre la problemática del trabajo infantil doméstico.

Creación de redes: crear redes para atender la problemática y garantizar los derechos de las trabajadoras infantiles domésticas.

Formulación de estrategias nacionales: diseñar estrategias para atender la problemática tanto en el nivel nacional como Subregional.

Normativa legal: revisar la normativa jurídica del país tomando en cuenta los derechos de niñas, niños y adolescentes y la dimensión de género del problema, así como la legislación internacional relevante.

Atención directa: propuestas de intervención para suministrar apoyo directo a las trabajadoras infantiles y adolescentes domésticas.

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO
PROGRAMA INTERNACIONAL PARA LA ERRADICACIÓN DEL TRABAJO INFANTIL

PROYECTO DESARROLLADO CON EL APOYO DEL GOBIERNO DE CANADÁ

¡ALTO AL TRABAJO INFANTIL DOMÉSTICO!

Breve descripción del régimen legal para el trabajo infantil y adolescente doméstico en Guatemala

Copyright © Organización Internacional del Trabajo 2005
Primera edición, 2005

Las publicaciones de la Oficina Internacional del Trabajo gozan de la protección de los derechos de propiedad intelectual, en virtud del protocolo 2 anexo a la Convención Universal sobre Derecho de Autor. No obstante, ciertos extractos breves de estas publicaciones pueden reproducirse sin autorización, con la condición de que se mencione la fuente. Para obtener los derechos de reproducción o de traducción deben formularse las correspondientes solicitudes a la Oficina de Publicaciones (Derechos de autor y licencias), Oficina Internacional del Trabajo, CH-1211 Ginebra 22, Suiza. Solicitudes que serán bien acogidas.

OIT – IPEC / Estudio elaborado por Alejandro Argueta

Breve descripción del régimen legal para el trabajo infantil y adolescente doméstico en Guatemala: análisis de la legislación nacional e internacional
San José, Costa Rica, Oficina Internacional del Trabajo, 2005.

Trabajo infantil, Trabajo doméstico, Joven trabajador, Legislación del trabajo, Aspecto jurídico, Guatemala, Cuadros estadísticos
14.02.2

ISBN 92-2-317732-4 (impreso)
ISBN 92-2-317733-2 (web pdf) Datos de catalogación de la OIT

Las denominaciones empleadas, en concordancia con la práctica seguida en las Naciones Unidas, y la forma en que aparecen presentados los datos en las publicaciones de la OIT no implican juicio alguno por parte de la Oficina Internacional del Trabajo sobre la condición jurídica de ninguno de los países, zonas o territorios citados o de sus autoridades, ni respecto de la delimitación de sus fronteras.

La responsabilidad de las opiniones expresadas en los artículos, estudios y otras colaboraciones firmados incumbe exclusivamente a sus autores, y su publicación no significa que la OIT las sancione. Las referencias a firmas, procesos o productos comerciales no implican aprobación alguna por la Oficina Internacional del Trabajo, y el hecho de que no se mencionen firmas, procesos o productos comerciales no implica desaprobación alguna.

Fotografías: Save The Children Noruega, Samuel Vargas- Punto y Balance y Luis Gamboa. Las fotografías utilizadas en este documento solamente tienen fines ilustrativos, se prohíbe su utilización o reproducción.

Este documento está disponible en formato electrónico en www.oit.or.cr/ipec/tid

Oficina Subregional IPEC en Costa Rica
Teléfono: (506) 280 - 7223
Fax: (506) 280 – 6991

Oficina IPEC en Guatemala
Teléfono (502) 2339 – 1227
Fax (502) 2339– 1231

Dirección de Previsión Social del Ministerio de Trabajo
Teléfono (502) 2422-2500
Fax: (502) 2422-2539

PROYECTO DESARROLLADO CON EL APOYO DEL GOBIERNO DE CANADÁ

Impreso en Guatemala.

TABLA DE CONTENIDOS

Siglas 06
Presentación 09
Introducción 12

Capítulo I 15
Análisis conceptual sobre la definición y caracterización del trabajo infantil y adolescente doméstico 15

Primera Parte. 17

La definición de trabajo infantil y adolescente doméstico..... 17

1. ¿Trabajo doméstico o trabajo en casa particular?..... 17

    1.1 El "Trabajo doméstico", expresión moderna de la servidumbre colonial del siglo XVII 20
    1.2 El proceso de paz como un necesario punto de partida 23
    1.3 La denominación "Trabajo en casa particular" como expresión de la lucha contra la discriminación, el racismo y la marginación social 26

2. Los modelos parentales de decisión, una equivocada referencia para la definición de la actividad laboral de los niños (as) y adolescentes en casa particular 29

3. ¿El trabajo de los niños (as) y adolescentes en casa particular constituye trabajo informal?..... 32

4. El concepto que recoge la legislación laboral guatemalteca sobre el trabajo doméstico 36

    4.1 Categoría de régimen especial para el "trabajo doméstico"..... 36
    4.2 Las particularidades del objeto del contrato de trabajo en el "trabajo doméstico"..... 38

Segunda parte 43

Caracterización del trabajo infantil y adolescente doméstico..... 43

1. Composición socio-económica del trabajo infantil y adolescente en casa particular 43

Capítulo II
El contrato individual de trabajo de los (as) trabajadores (as) en casa particular 50

1. La existencia del contrato de trabajo para los niños (as) y adolescentes que laboran en casa particular 50

2. El carácter subordinado del trabajo infantil y adolescente en casa particular 51

3. La forma del contrato de trabajo de casa particular..... 55

4. El asunto de la capacidad contractual de las personas menores de edad 57

5. La terminación del contrato de trabajo de casa particular 58

Capítulo III
Las normas internacionales de trabajo relativas a trabajo infantil y adolescente en casa particular..... 61

1. Importancia de revisar la validez jurídica de las NIT en el ordenamiento jurídico guatemalteco..... 61

2. ¿Cuáles son las NIT relacionadas con el trabajo infantil y adolescente en casa particular? 65

3. La validez de las NIT dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco 66

   3.1 La legitimación de las NIT frente al Estado de Guatemala 66

   3.2 La incorporación de las NIT sobre trabajo infantil y adolescente dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco 72

   3.3 ¿Cómo ingresan las NIT al ordenamiento guatemalteco?..... 73
   A. La adopción de un convenio de OIT..... 76
   B. La ratificación de un convenio de OIT..... 78

4. La aplicación de las NIT en el ordenamiento jurídico guatemalteco 78

Capítulo IV
Legislación nacional sobre trabajo infantil y adolescente en casa particular 84

1. La obligación del Estado de Guatemala de legislar para proteger a la niñez que labora en casa particular 84

2. Las NIT como parte de la legislación nacional 86

2.1 Convención sobre Derechos del Niño 86
2.2 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer 88
2.3 Convenio 138 de la OIT sobre la edad mínima para la admisión al empleo 89
2.4 Convenio 182 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil 91

3. El concepto de protección integral en la legislación guatemalteca 92

4. El interés superior del niño 96

5. La edad mínima para ingresar al empleo 98

6. El trabajo "doméstico", ¿puede ser legalmente definido como un trabajo peligroso para la niñez y la adolescencia? 101

7. La protección social al adolescente que labora en casa particular 104
7.1 Derechos laborales de los trabajadores de casa particular en Guatemala 104

Capítulo V
El sistema de mecanismos de protección 113

1. El sistema de sanciones como mecanismo de protección integral 114

2. La jurisdicción privativa de trabajo y previsión social 117

3. Los mecanismos de protección integral 119

Conclusiones y recomendaciones 122
I. Conclusiones 122
II. Recomendaciones 126
Bibliografía 128

SIGLAS UTILIZADAS

CACIF	Coordinadora de Asociaciones Comerciales Industriales y Financieras
CPR	Constitución Política de la República
CIT	Contrato Individual de Trabajo
CONALFA	Comité Nacional de Alfabetización
CENTRACAP	Centro de Atención a Trabajadoras de Casa Particular
CEACR	Comisión de Expertos para la Aplicación de Convenios y Resoluciones de la OIT
CIPRODENI	Coordinadora Institucional de Promoción por los Derechos de la Niñez
CT	Código de Trabajo
CC	Código Civil
CCO	Código de Comercio
CSJ	Corte Suprema de Justicia
CoCo	Corte de Constitucionalidad
CNPRIPA	Comisión Nacional para la Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil y la Protección del Trabajo Adolescente
CNNA	Comisión Nacional de la Niñez y la Adolescencia
DGPS	Dirección General de Previsión Social
ENCOVI	Encuesta Nacional de Condiciones de Vida

ENIGFRAM	Encuesta Nacional de Ingresos y Gastos Familiares
IDH	Informe de Desarrollo Humano
IGT	Inspección General de Trabajo
IPEC	Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil
INFOM	Instituto de Fomento Municipal
LPINA	Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia Decreto número 27-2003 del Congreso de la Republica de Guatemala
MINEDUC	Ministerio de Educación
MINTRAB	Ministerio de Trabajo y Previsión Social
NIT	Normas Internacionales de Trabajo
OIT	Oficina Internacional del Trabajo
ONG	Organizaciones No Gubernamentales
PDH	Procuraduría de Derechos Humanos
PGN	Procuraduría General de la Nación
PEA	Población Económicamente Activa
PNEA	Población No Económicamente Activa
PIB	Producto Interno Bruto
SOSEP	Secretaría de Obras Sociales de la Esposa del Presidente
TCP	Trabajo en Casa Particular

THA	Trabajo en Hogares Ajenos
TI	Trabajo Infantil
TID	Trabajo Infantil Doméstico
TD	Trabajo Doméstico
UNICEF	Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia

PRESENTACIÓN

El trabajo infantil y adolescente doméstico, es considerado una de las formas de explotación más generalizada, pero a la vez menos difundida y conocida. Por esta razón, todo esfuerzo que permite evidenciar el trabajo infantil doméstico y promover su erradicación, debe tener la máxima divulgación posible, a fin de alertar a las autoridades competentes, movilizar opiniones e impulsar acciones de quienes pueden colaborar, directa o indirectamente, en la prevención y eliminación de este flagelo en nuestra sociedad.

En este contexto, la Oficina Subregional de la OIT para Centroamérica, Panamá, República Dominicana y Haití y el Ministerio de Trabajo y Previsión Social de Guatemala, se complacen en presentar el estudio "Breve descripción del régimen legal para el trabajo infantil y adolescente doméstico en Guatemala", producto de un análisis de la legislación nacional e internacional en el tema de trabajo infantil doméstico.

Al igual que el resto de los países de la región, el trabajo infantil doméstico o de casa particular en Guatemala tiene una relación directa con la pobreza, principalmente en las áreas rurales y marginales, que ha legitimado la incorporación de niñas y niños a muy corta edad a esta actividad laboral, en condiciones desventajosas y muchas veces indignas; pero no deja de ser menos importante el papel que juegan los factores culturales para legitimar y tolerar esta actividad; la falta de alternativas educativas que no garantizan el acceso y permanencia en el sistema educativo; y la discriminación contra las mujeres.

En Guatemala, más de treinta y ocho mil niñas, niños y adolescentes que trabajan en casa particular o de terceros, realizan labores con elevados niveles de explotación, esclavitud e invisibilidad. Esta situación les obliga a renunciar al derecho constitucional del acceso a la educación y les expone a abusos de tipo sexual, depresiones psicológicas, angustia y desamor. Lo anterior pone en riesgo su integridad moral, mental y física, al ser expuestos (as) a trabajar jornadas extensas con descansos mínimos. Además, se limita su participación en actividades lúdicas,

recreativas y de socialización con otros niños, niñas y adolescentes de su edad.

El trabajo infantil doméstico es un fenómeno donde niños, niñas y adolescentes entre los siete y diecisiete años de edad son obligados a migrar de sus hogares y a insertarse al mundo laboral en condiciones de desventaja, riesgo, vulnerabilidad y desprotección. A menudo la actividad se presenta como una oferta de futuras oportunidades de educación, capacitación laboral o acceso a mejores empleos. Aunque esto difícilmente se concreta, el techo y la comida, muchas veces son atractivos suficientes para que las familias pobres perciban esta actividad como una alternativa de obtener ingresos y apoyar a la economía de sus hogares y colocan a sus hijas e hijos en hogares de terceros, ante la imposibilidad de poder satisfacer las necesidades básicas más elementales

En el marco legal, el trabajo de casa particular es uno de los más desprovistos de normativa; los y las empleadas domésticas no cuentan con los beneficios sociales y regulaciones que gozan otro tipo de trabajadores; esta situación se agrava con las personas menores de edad ya que la actividad, al darse en el marco del ámbito privado, propicia la violación sistemática de derechos. Este escenario nos debe de llamar a la reflexión y sobre todo a tomar medidas inmediatas que permitan garantizar sus derechos fundamentales.

En Guatemala, se ha avanzado en la puesta en práctica de acciones nacionales para la eliminación del trabajo infantil, así como en la adopción de marcos legales nacionales e internacionales. Pero todavía el trabajo infantil de casa particular no ocupa el lugar relevante que debería tener en la agenda social, lamentablemente aún se mantiene una percepción favorable ante esta actividad. Por esta razón, el Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), con el apoyo del Gobierno de Canadá y en el marco del Proyecto Subregional "Prevención y eliminación de las peores formas de trabajo infantil doméstico en América Central y República Dominica", ha impulsado estudios sobre el tema, particularmente de los aspectos jurídicos, los que han evidenciado contradicciones, limitaciones y vacíos en las legislaciones nacionales.

Así, el documento que ahora se presenta sienta las bases para avanzar en el análisis del régimen jurídico que regula en Guatemala, a las personas menores de edad, tomando en consideración la distancia existente entre la norma y la realidad, en relación con el trabajo infantil en casa particular. El estudio describe las características más importantes del ordenamiento jurídico guatemalteco concerniente a trabajo infantil doméstico y a su vez plantea aspectos técnicos para su efectiva y correcta aplicación tanto de la ley nacional como internacional.

Asimismo, este estudio contribuye con el marco de acción para la Eliminación Progresiva del Trabajo Infantil y la Eliminación Inmediata de sus Peores Formas, brindando un acercamiento a la realidad que enfrentan miles de niños, niñas y adolescentes guatemaltecos, cuyas condiciones del trabajo les imposibilita el cumplimiento del derecho a la educación obligatoria, garantizada en la Constitución Política de la República de Guatemala.

Esperamos que el presente estudio brinde nuevos elementos para avanzar en la prevención y eliminación de las peores formas de trabajo infantil en el país y en la región.

Jorge Francisco Gallardo Flores
Ministro de Trabajo y Previsión Social
República de Guatemala

Guillermo Dema
Oficina Internacional del Trabajo
Coordinación Subregional del Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil para Centroamérica, Panamá, República Dominicana, Haití y México

INTRODUCCIÓN

Definitivamente la ley no tiene ese poder mágico de que, con su sola vigencia, puede solucionar los problemas sociales que pretende regular, a pesar de que muchas personas crean, con todo el poder de su fé o de su imaginación, que así es. Sin embargo la vigencia de un sistema jurídico diseñado para permitir la solución de los problemas sociales es, sin lugar a dudas, un elemento indispensable del cual no podemos prescindir.

El trabajo doméstico realizado por personas menores de edad es un problema social que nace y se expresa en todos los ámbitos de la sociedad guatemalteca.

Es intolerable que en pleno siglo XXI los adultos guatemaltecos justifiquen, a través de una serie de razonamientos y argumentos ambiguos, la contratación que realizan de un niño o niña menor de catorce años para que trabaje atendiendo las tareas domésticas de su hogar.

¿Cómo es posible que un adulto se levante en la mañana, se vista con su ropa limpia y bien planchada, desayune y se vaya a trabajar tranquilamente, cuando la ropa limpia que usa, la comida que ingirió y la casa limpia a la que regresará a descansar, ha sido lavada, cocinada y limpiada por una niña menor de catorce de años que trabaja para él y, muy probablemente, a la que no le paga, ni siquiera, el salario mínimo legal?, y si a eso agregamos que los padres de esa niña trabajadora piensan con toda certeza que el trabajo que su hija está realizando es una gran oportunidad de superación ya que por lo menos a su temprana edad ya encontró un trabajo.

El simple planteamiento de esta relación de patrono, niña trabajadora y padres de la trabajadora, nos aclara la profundidad y la dimensión del problema social que implica el trabajo infantil doméstico para la sociedad guatemalteca. Es un asunto de responsabilidad, principalmente de aquellas personas que tenemos la oportunidad de contribuir en algo para su solución.

La solución tiene que ser integral y un primer paso para la erradicación absoluta del trabajo infantil doméstico y para la mejor protección del adolescente que es trabajador

doméstico es precisamente la efectiva aplicación de la ley. Evidentemente la sola aplicación de la ley no solucionará este problema, pero constituye, como ya se indicó, un importante elemento de la solución.

Este pequeño trabajo tiene por objeto describir las características más importantes del ordenamiento jurídico que regula el trabajo infantil y adolescente doméstico en Guatemala. También plantea importantes aspectos técnicos para la efectiva y correcta aplicación de la ley, principalmente, los que se relacionan con la aplicación de la normativa internacional que regula el trabajo infantil.

El primer capítulo desarrolla dos aspectos: el primero trata sobre la definición de trabajo doméstico, haciendo énfasis en el análisis de las causas que determinan la necesidad del cambio de denominación por la de "trabajo en casa particular; el segundo constituye una caracterización de la situación económica y social del trabajo doméstico en Guatemala.

El segundo capítulo está constituido por el análisis respecto a la determinación de las particularidades técnicas de carácter jurídico que existen en torno al contrato individual de trabajo de las personas menores de edad que laboran como trabajadores doméstico o de casa particular.

El análisis relativo a la validez jurídica de las normas internaciones de trabajo que regulan el trabajo Infantil y Adolescente Doméstico se desarrolla en el capítulo tercero. Esta parte del documento trata de perfilar los aspectos esenciales de la actual situación con respecto a la legislación internacional la cual se caracteriza por la falta de aplicación.

El cuarto capítulo desarrolla los aspectos generales que determinan la estructura normativa nacional a través del análisis de las leyes que fueron compiladas. Se ha puesto especial énfasis en la nueva Ley de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia.

El capítulo V hace una descripción de los mecanismos de protección los que se presentan definidos como un sistema en donde se interrelacionan diferentes competencias administrativas y judiciales.

CAPÍTULO I

Análisis conceptual sobre la definición y caracterización del trabajo infantil y adolescente doméstico

Primera parte

La definición de trabajo infantil y adolescente doméstico

Para comprender las leyes y para aplicarlas correctamente es necesario tener un adecuado dominio de la definición del fenómeno social que la ley intenta regular. Sería imposible comprender y aplicar correctamente las disposiciones legales sobre homicidio si antes no se posee una adecuada definición de lo que es la vida, la muerte y la acción de que una persona le quite la vida a otra.

El trabajo doméstico o trabajo en casa particular constituye una actividad económica importante en, prácticamente, toda sociedad. En la actualidad es indiscutible que la mayoría de hogares urbanos necesitan contar con los servicios de una persona para atender el aseo de la casa o habitación, la preparación de alimentos, las actividades de lavandería y, a veces, el cuidado de niños. Esta actividad no presenta mayores complicaciones siempre y cuando exista una adecuada regulación legal de las condiciones de trabajo y sobre todo si se garantiza que la prestación de los servicios se realice por adultos.

Si el trabajo doméstico se realiza por adolescentes o por niños (as) entonces estamos frente a un panorama totalmente diferente a lo expuesto en el párrafo anterior, ya que la contratación de niños (as) para esta actividad es intolerable y la contratación de adolescentes para laborar como trabajadores domésticos o de casa particular exige una detallada y estricta regulación legal que garantice la adecuada protección de su integridad.

El problema es sencillo: el trabajo doméstico debe ser realizado por adultos ya que las particulares condiciones en que se realiza determinan un alto nivel de riesgo cuando se realiza por adolescentes, particularmente si se trata de mujeres menores de edad.

Por estos motivos es necesario definir con claridad el concepto de trabajo infantil o adolescente doméstico antes de conocer y analizar su regulación legal. Desde el punto de vista legal el trabajo doméstico infantil y adolescente implica lo siguiente:

1. Se trata de una contratación laboral en donde existe una persona adulta que es el empleador o patrono y un niño (a) o adolescente que es el trabajador (a). De esta forma se excluye del ámbito de la definición el trabajo que el niño (a) o adolescente realiza en su propia casa como una colaboración, que también es trabajo y que también puede entrañar una situación de explotación económica pero no es una relación o contrato laboral. En el trabajo doméstico realizado por niños (as) o adolescentes existe una relación o contrato individual de trabajo en los términos establecidos en los artículos, 18 y 19 del Código de Trabajo.

2. Los convenios y convenciones internacionales definen que el concepto niño (a) significa toda persona menor de dieciocho años de edad. Sin embargo para delimitar situaciones muy particulares en Guatemala se define como trabajo infantil al que realizan personas menores de catorce años y trabajo adolescente al que es realizado por personas de catorce a diecisiete años de edad.

Entonces se define como trabajo infantil doméstico a la contratación laboral de un niño (a), menor de catorce años de edad, para que realice tareas domésticas del hogar o habitación de su empleador; y trabajo adolescente doméstico a la contratación laboral de una persona, comprendida entre los catorce y diecisiete años de edad, para que realice tareas domésticas del hogar o habitación de su empleador.[1]

1 Oficina Internacional del Trabajo. ¿Ayudantes o esclavos? Comprender el trabajo infantil doméstico y como intervenir. , Ginebra, Suiza, 2004. Página 7.

Primera parte

La definición de trabajo infantil y adolescente doméstico

Para comprender las leyes y para aplicarlas correctamente es necesario tener un adecuado dominio de la definición del fenómeno social que la ley intenta regular. Sería imposible comprender y aplicar correctamente las disposiciones legales sobre homicidio si antes no se posee una adecuada definición de lo que es la vida, la muerte y la acción de que una persona le quite la vida a otra.

El trabajo doméstico o trabajo en casa particular constituye una actividad económica importante en, prácticamente, toda sociedad. En la actualidad es indiscutible que la mayoría de hogares urbanos necesitan contar con los servicios de una persona para atender el aseo de la casa o habitación, la preparación de alimentos, las actividades de lavandería y, a veces, el cuidado de niños. Esta actividad no presenta mayores complicaciones siempre y cuando exista una adecuada regulación legal de las condiciones de trabajo y sobre todo si se garantiza que la prestación de los servicios se realice por adultos.

Si el trabajo doméstico se realiza por adolescentes o por niños (as) entonces estamos frente a un panorama totalmente diferente a lo expuesto en el párrafo anterior, ya que la contratación de niños (as) para esta actividad es intolerable y la contratación de adolescentes para laborar como trabajadores domésticos o de casa particular exige una detallada y estricta regulación legal que garantice la adecuada protección de su integridad.

El problema es sencillo: el trabajo doméstico debe ser realizado por adultos ya que las particulares condiciones en que se realiza determinan un alto nivel de riesgo cuando se realiza por adolescentes, particularmente si se trata de mujeres menores de edad.

Superar la antigua definición de "trabajo doméstico" por la definición de "trabajo en casa particular" constituye uno de los objetivos más importantes del movimiento de la sociedad civil en la lucha en contra de la discriminación contra la mujer y contra el racismo.

Universalmente el concepto "doméstico" ha sido utilizado para calificar en forma particular el ámbito en el cual una persona realiza un trabajo de atención a las labores propias del hogar o habitación de otra persona. De esta forma el concepto de trabajo doméstico se diferencia, por el ámbito privado en el que se realiza, de otras modalidades de prestación de servicios personales subordinados, como el trabajo agrícola, el trabajo industrial, el trabajo marítimo, etc.

En el sentido descrito anteriormente la palabra "doméstico" tiene la función sintáctica de operar como un adjetivo.

Sin embargo, tal y como ocurre en Guatemala, la semántica de la palabra "doméstico" dentro del contexto del trabajo subordinado de una persona en el hogar de otra, sufrió una alteración por el uso más común de la palabra "doméstico", ya no como el adjetivo que califica el ámbito de ejecución del trabajo, sino como el sustantivo que identifica al "criado que sirve en una casa", significado aceptado por el diccionario de la Real Academia Española.

El cambio de adjetivo a sustantivo denota la connotación despectiva del concepto de trabajador doméstico, deformando su original función gramatical, la necesidad de expresar con toda su plenitud el sentido peyorativo que existe en las relaciones sociales que exigen que prevalezca la naturaleza servil con la cual es definida esta actividad laboral.

En Guatemala la identificación de la persona que labora en casa particular como "la doméstica" no es más que la indicación de un sustantivo a través del cual se

identifica generalmente a la mujer, generalmente indígena, generalmente pobre, que labora en la casa particular de una persona, atendiendo todas las actividades propias del hogar, laborando sin derecho a un límite de jornada, sin derecho a descanso semanal, recibiendo una remuneración por debajo del salario mínimo y soportando toda clase de atropellos a su dignidad, a su integridad e inclusive, soportando abusos de carácter sexual.

La identificación del trabajo que realiza una persona atendiendo las labores de un hogar como un "trabajo doméstico" no es inocente y en Guatemala adquiere un significado muy particular. ¿Cuál es el origen del calificativo doméstico?, ¿Por qué los guatemaltecos utilizamos con normalidad la práctica abreviatura de "la domestica"?.

"La doméstica", pronombre inequívoco de: mujer, indígena y que labora atendiendo nuestra casa, es una fórmula gramatical en donde se resume la conciencia de una historia de discriminación, racismo y pobreza que vive un gran sector de la población guatemalteca.

Es difícil imaginar, en Guatemala, que la anterior denominación pudiera ser el título de una telenovela en donde la protagonista fuese una mujer adulta, más bien utilizamos esa denominación para acentuar el carácter peyorativo de juicios cotidianos de valor, por ejemplo: "...aunque sea de doméstica me voy a trabajar; dijo la desempleada"; " ….fíjate que vi a la Marcela, de doméstica terminó trabajando en la capital; dijo la prima de Marcela que se casó con un comerciante de la cabecera departamental del pueblo de Marcela y de su prima"; "…una doméstica como la de Carlos quisiera yo; dijo Mauricio, vecino de Carlos, al finalizar la ceremonia religiosa del domingo en la iglesia de la colonia en donde viven".

Se presenta así, con toda su plenitud, una de las principales manifestaciones del racismo y de la discriminación social que caracteriza a la sociedad guatemalteca, la cual se encuentra cimentada en una

estructura altamente excluyente, en donde el "trabajo doméstico", como se le llama actualmente, representa un válido paradigma de la cultura de discriminación y racismo que se ha consolidado en la conciencia social guatemalteca desde el siglo XVII.

1.1 El "trabajo doméstico", expresión moderna de la servidumbre colonial del siglo XVII

Guatemala es una sociedad que históricamente se ha caracterizado por la "existencia de diversas formas violentas de exclusión" [4] que en la actualidad determinan la existencia de prácticas e ideologías que desarrollan y justifican el despojo total de oportunidades de desarrollo humano a diferentes grupos sociales, principalmente a los grupos étnicos (indígenas) y a la mujer. [5]

Es en la Época Colonial (S. XVII al S. XIX) cuando la "estratificación étnica"[6] de la sociedad guatemalteca se afianza con toda firmeza, expresándose en los diferentes niveles: económico, político, jurídico y social a través de la consolidación de la concepción criolla y ladina que justificó la servidumbre del hombre precolombino reducido a la categoría de "indio siervo". [7]

En esta época se define como "normal" que las personas indígenas laboren en condiciones inhumanas bajo el intensivo régimen de explotación económica que exige la organización de las actividades productivas y de la prestación de los servicios personales de orden doméstico.

También ha tratado de definir como "normal" el constante trato indigno a sectores sociales indígenas y pobres los cuales entrañan infinidad de abusos y de

4 PNUD Informe de Desarrollo Humano 2000: "Guatemala la Fuerza Incluyente de Desarrollo Humano" Página 21.
5 Idem. Ant. Página 1
6 Idem. Ant. Página 1.
7 Pinto, Julio…. Discriminación y Racismo Olmedo España (compilador) Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en materia de Derechos Humanos –COPREDEH- Guatemala, agosto de 2003. Página 169.

discriminación, esto se evidencia con mayor relieve en el ámbito de la servidumbre doméstica.

Los criollos guatemaltecos de la sociedad colonial del siglo XVII eran educados, generación tras generación, con la idea de una total superioridad sobre el indígena. Desde esa época se trasmitía a los niños consejos o reglas de conducta como la siguiente:

> "a los indios, si bien es cierto que había que tenerlos a raya y patentizarles en todo momento su subordinación -¡consejo cotidiano de padres y abuelos!- no es menos cierto que a la casa llegaban siempre como portadores de algún beneficio", [8]

Estas frases denotaban el profundo desprecio con el que se trataba precisamente a las personas que constituían y constituyen una significativa mayoría dentro de la constitución de la base humana productiva de toda la sociedad guatemalteca.

En la actualidad los diferentes matices ideológicos que poseen algunos de los ladinos guatemaltecos con respecto al indígena han sido heredados desde la Época Colonial, ya que ni el proceso de independencia, ni la reforma liberal del siglo XIX y tampoco el proceso democrático de 1944, [9] lograron superar los prejuicios arraigados desde la Época Colonial, muy al contrario, estos paradigmas ideológicos se siguen ejerciendo, lamentablemente en la mayoría de los casos, con férrea disciplina, con el objeto de diferenciarse del indígena.

Esta situación de discriminación no siempre responde a una posición estrictamente racista ya que el trato desigual que se proyecta desde las distintas esferas sociales del ladino para el indígena a veces se fundamentan en la identificación de diferencias distintas al enfoque racial, como por ejemplo, la situación de pobreza.

8 De Fuentes y Guzmán, Francisco Antonio citado por Martínez, Severo La Patria del Criollo, Ensayo de interpretación de la realidad colonial guatemalteca. Fondo de Cultura Económica, México, Edición Especial, 2001. Página 16.
9 PNUD Ob. Cit. Página 1.

Es preciso identificar que las causas de la existencia de una ideología racista o excluyente del ladino guatemalteco con respecto al indígena no son producto únicamente del desarrollo histórico de la sociedad, es también producto de la ausencia o ineficacia de las políticas del Estado que tengan por objeto tutelar la igualdad de derechos y dignidad de las personas. [10]

La determinación de la responsabilidad del Estado de Guatemala frente a la omisión de políticas públicas que atiendan de forma eficiente el problema del racismo y de la discriminación, y en definitiva de la existencia de una estructura excluyente, representa un punto de partida para la revisión y análisis de la legislación que regula el trabajo infantil y adolescente doméstico en Guatemala, en vista de que en gran medida la causa del bajo nivel de cumplimiento y actualización de la legislación vigente responde a la ausencia de políticas públicas o a la falta de eficacia de las ya existentes.

De esta forma se puede concluir que la sustitución de la actual denominación legal de trabajo doméstico implica una connotación histórica que refuerza las prácticas excluyentes sobre el sector indígena, sobre todo de la mujer, ya que reproducen la ideología de servidumbre.

Por esa razón es que el proyecto de reforma legal[11] a través del cual se pretende la sustitución de la actual denominación legal del trabajo doméstico por el de trabajo en casa particular tiene, dentro del contexto histórico guatemalteco, una y muy particular relevancia histórico-social.

10 Morales, Gilberto y Solares, Jorge Discriminación y Racismo Olmedo España (compilador) Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en materia de Derechos Humanos –COPREDEH- Guatemala, agosto de 2003. Página 7.

11 Artículo 8 de la iniciativa de ley presentada por el Organismo Ejecutivo y registrada con el número 2857.

1.2 El proceso de paz como un necesario punto de partida

La coyuntura histórica que sirve de parámetro para marcar el inicio de la lucha contra la discriminación y el racismo es el contenido de los Acuerdos de Paz ya que estos constituyen una importante referencia al definir, en relación con el racismo, que:

> "Para superar la discriminación histórica hacia los pueblos indígenas, se requiere el concurso de todos los ciudadanos en la transformación de mentalidades, actitudes y comportamientos. Dicha transformación comienza por un reconocimiento claro por todos los guatemaltecos de la realidad de la discriminación racial, así como de la imperiosa necesidad de superarla para lograr una verdadera convivencia pacífica."[12]

En cuanto a la discriminación, el proceso de paz delimita la necesidad de erradicar las prácticas sociales que entrañan un trato diferente para ciertos segmentos o sectores socialmente identificables, entre los que se evidencian con mayor precisión cuando se trata de la mujer indígena, a la cual pertenecen casi la totalidad de "trabajadoras domésticas" de Guatemala, por ese motivo los Acuerdos de Paz definen que:

> "Se reconoce la particular vulnerabilidad e indefensión de la mujer indígena frente a la doble discriminación como mujer y como indígena, con el agravante de una situación social de particular pobreza y explotación." [13]

12 Acuerdo de IDENTIDAD Y DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS México, DF., 31 de marzo de 1995, punto II.1
13 Ídem. Ant. , punto B.1

Esta situación de discriminación supera el ámbito ideológico y trasciende a constituirse en un problema de carácter socio-económico que atenta con la posibilidad de impulsar en forma efectiva la política de desarrollo social y económico de Guatemala.

El proceso de paz dejó claramente definido que la discriminación y la marginación social constituyen una fuente permanente de conflicto e inestabilidad que obstaculiza y distorsiona el desarrollo social, económico, cultural y político del país. [14]

En lo que respecta a la marginación y discriminación de la mujer el Acuerdo Sobre Aspectos Socioeconómicos y Situación Agraria ha definido que es una obligación fundamental del Estado la eliminación de toda forma de discriminación en contra de la mujer, con el objeto de garantizar que éstas participen en forma activa en el desarrollo social y económico del país. [15]

Estos planteamientos constituyen una explicación básica de por qué la utilización del calificativo de "doméstico" al trabajo que realizan miles de mujeres en Guatemala implica un significativo contenido político y constituye un obstáculo ideológico que expresa, en forma muy particular, el carácter excluyente y racista de la sociedad guatemalteca.

De hecho el tema del trabajo doméstico atraviesa a todos los sectores sociales manifestando de esta forma el carácter estructural de la problemática que representa.

La discriminación y marginación de las personas que laboran como trabajadores y trabajadoras domésticas tiene lugar no solo en la elite económica de mayores ingresos, sino que, paradójicamente, sectores de trabajadores de ingresos medios y otros muy cercanos a los niveles de la pobreza, contratan a personas como

14 Acuerdo Sobre Aspectos Socioeconomicos y Situación Agraria, México, D. F. a 6 de mayo de 1996.
15 Ídem. Ant. Punto B.11.

trabajadores (as) domésticos (as) y otorgan a éstos un trato con el mismo nivel de discriminación y marginación social propio de sectores conservadores y oligárquicos.

La discriminación hacia las mujeres que laboran como "trabajadoras domésticas" constituye un eje transversal de la psicología social guatemalteca, dicha discriminación se sustenta principalmente por motivos de posición económica, ya que se identifica que la mayoría de mujeres laboran en esta actividad de forma marginal y como una medida desesperada para la obtención de ingresos. Es posible que esta discriminación y marginación se produzca incluso en relaciones laborales establecidas por trabajadoras domésticas contratadas por empleadores indígenas, en donde prevalece la discriminación, no por motivos de raza, pero muy marcada por motivos de situación económica.

Irma Velásquez Nimatuj, Socióloga e Investigadora, expresa claramente el conflicto que le provoca la falta de respuesta al siguiente cuestionamiento: ¿por qué muchas mujeres también "naturales" pero de pueblos cercanos rurales trabajan como empleadas domésticas en nuestras casas y en las casas de los ladinos de la ciudad en lugar de tener su propio negocio como lo hacíamos nosotros? [16]

La situación de vulnerabilidad de una mujer pobre e indígena es mucho más sensible cuando ésta es menor de edad y es totalmente reprochable si se traba de una niña menor de 14 años.

De esta manera se presenta con su plenitud la complejidad de este problema, la cual es producto de la existencia de condiciones de carácter económico ligadas a la situación de pobreza que viven miles de hogares guatemaltecos y de la estigmatización que la misma sociedad realiza con el objeto de agrupar a personas atendiendo a determinadas características sociales, económicas y raciales.

16 Velásquez Nimatuj, Irma Alicia La Pequeña Burguesía Indígena Comercial de Guatemala. . Litografía Nawal Wuj. Página 33.

1.3 La denominación “trabajo en casa particular” como expresión de la lucha contra la discriminación, el racismo y la marginación social

A partir de 1996 se empieza a utilizar con progresiva frecuencia la denominación de “trabajo en casa particular” en lugar de la tradicional denominación de “trabajo doméstico”.

Sin embargo el uso generalizado de la nueva denominación ha avanzado muy lentamente. El avance del uso del nuevo término se ha apreciado con mayor frecuencia en los diferentes estudios que instituciones nacionales y proyectos internacionales han realizado con respecto al trabajo doméstico de niños (as) y adolescentes.

Como era de esperarse, las personas que contratan a otras personas para que atiendan las labores propias de su hogar o habitación, se resisten a dejar que interiorice en ellos una concepción desprovista del sentimiento de superioridad y señorío que actualmente se produce al momento de contratar el trabajo de una empleada “doméstica”.

La mayor relevancia de la tendencia al cambio de denominación se puede apreciar en el desarrollo del movimiento social que ha tratado de realizar la sustitución de la vieja denominación en el plano jurídico.

En 1999 la Comisión de la Mujer, del Menor y de la Familia del Congreso de la República, impulsó un anteproyecto de Ley de Protección Social al Trabajo de Casa Particular, si bien la exposición de motivos no hizo alusión alguna a la necesidad del cambio de denominación, utilizó en forma decidida la concepción del “Trabajo en Casa Particular”. Este anteproyecto tuvo su origen en la iniciativa presentada por CENTRACAP.

Este anteproyecto de ley, fue presentado como iniciativa legislativa ante el Congreso de la República el 6 de mayo de 1999 bajo el código de identificación 2131, lamentablemente no fue aprobada. [17]

En octubre de 2002, las organizaciones de mujeres y de Derechos Humanos presentaron públicamente la propuesta de reformas al Código de Trabajo, en la que por primera vez se identifica con claridad la necesidad del cambio de denominación atendiendo al "carácter peyorativo del término doméstico" [18]

Como criterio general se ha aceptado que el Derecho constituye un elemento conservador del sistema social al que corresponde, no prevalece en éste el carácter reformador, de tal forma que normalmente, el Derecho, sigue los cambios sociales, no los guía. [19] Sin embargo llega un momento en que el impulso que provoca la necesidad de cambio conduce a que a pesar de realizarse en forma lenta, se logra hincar un cambio en la estructura jurídica que regula algún aspecto social concreto.

En el 2003, el Congreso de la República de Guatemala recibió la iniciativa de Ley del Organismo Ejecutivo en donde se propone la modificación de la denominación de "trabajo doméstico" con la que se identifica al Capítulo Cuarto, del Título Cuarto del Código de Trabajo, por la denominación de "trabajo en casa particular".

Esta iniciativa de reforma del Código de Trabajo representa la conclusión de los esfuerzos de la sociedad civil para incidir políticamente en la lucha contra la discriminación y la marginación social, especialmente de la mujer indígena, a través del cambio de denominación.

17 Los y las congresistas que presentaron esta iniciativa fueron: Rosalina Tuyuc, Nineth Montenegro, Olga Camey, Isaac Farchi.
18 Propuesta de Reforma al Código de Trabajo de Guatemala por Organizaciones de Mujeres y Derechos Humanos, octubre 2002, Página 26
19 Martínez Roldán Luis. Curso de Teoría del Derecho y Metodología Jurídica Editorial Ariel, España,1994, Página

Esta iniciativa de reforma legal también es importante por el hecho de que el Estado ha reconocido la importancia política y social del cambio de la denominación, al haber incluido este aspecto como parte de la estrategia de modernización normativa en materia laboral que el Organismo Ejecutivo inició en el año 2001.

De hecho el segundo considerando del decreto de la iniciativa de reforma reconoce lo siguiente:

> "Que todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos y que, en las normas que regulan relaciones laborales de las trabajadoras y trabajadores de casas particulares, aún subsisten desigualdades en relación con otros regímenes de trabajo, por lo que se hace igualmente necesario normar igualitariamente dichas relaciones".

El contenido concreto de la reforma que ha sido propuesta es el siguiente:

> Artículo 8. (Del decreto de reforma) La denominación "trabajo doméstico" del Capítulo Cuarto, Título Cuarto del Código de Trabajo se cambia por la de "Trabajo en Casa Particular".

> En todas las disposiciones del Código de Trabajo en que se aluda a "trabajador doméstico" "trabajadores domésticos" y "trabajo doméstico", se modifica tales menciones, respectivamente, por las de "trabajador en casa particular", "trabajadores en casa particular" y "trabajo en casa particular".

Lamentablemente el proceso de aprobación por parte del Congreso de la República se detuvo, faltando únicamente una lectura en el pleno para su aprobación definitiva, en noviembre de 2003. Sin embargo este hecho constituye el avance de mayor significación en el contexto

que se ha descrito y que marca la trascendencia para la sociedad guatemalteca del cambio de denominación.

2. Los modelos parentales de decisión, una equivocada referencia para la definición de la actividad laboral de los niños (as) y adolescentes en casa particular

El problema de la existencia de ambiguas y subjetivas definiciones sobre el trabajo en casa particular cuando se trata de personas menores de edad depende, en gran parte, de la explicación que los adultos elaboran con respecto a la causa por la cual se incorpora al trabajo en casa particular a niños (as) y adolescentes.

De hecho una de las explicaciones más generalizadas en las personas adultas tiene relación con los modelos parentales de decisión, los cuales distorsionan la definición objetiva del Trabajo Infantil y Adolescente en Casa Particular (TIACP).

Para comprender el contenido de los modelos parentales prevalecientes en Guatemala es necesario definir que las actividades que niños (as) y adolescentes realizan en casa particular constituye un trabajo.

Culturalmente se ha tratado de definir de diferente manera (actividades coadyuvantes, aprendizaje, colaboración, etc.) al trabajo de los niños (as) y adolescentes que se realiza a favor de adultos en casa particular.

Este tipo de definiciones constituyen un intento de justificar social y moralmente la utilización de niños y adolescentes en este tipo de actividad y también para justificar la evasión de responsabilidades jurídicas que derivan de la contratación, éstos para atender las actividades propias del hogar de un adulto.

Todas estas definiciones responden directamente a los modelos de elección parental, en donde los adultos deciden aceptar en forma racional y conciente, enviar a los niños y adolescentes a trabajar. La decisión de los

adultos se basa normalmente en factores económicos, por egoísmo o por ignorancia. [20]

Definitivamente el mayor condicionamiento de la decisión parental lo constituye el bajo ingreso familiar, de hecho en Guatemala el 73% de los niños que trabajan son pobres, [21] sin embargo muchos padres que no son de hogares pobres, considerar que es positivo enviar a sus hijos al trabajo, aún en detrimento de su educación escolar. Actualmente un 26.5% de los niños y el 37.1% de los y las adolescentes que trabajan provienen de hogares no pobres. [22]

De esta forma se evidencia que los factores culturales inciden poderosamente en el modelo de decisión parental y por ende en la construcción de definiciones que justifican la actividad laboral de niños y adolescentes, a través de las cuales los adultos piensan, con gran sinceridad, que el trabajo es beneficioso para sus propios hijos, sin que se den cuenta de los peligros que pueda implicar la actividad laboral de éstos. [23]

Los modelos de decisión parental varían de contenido en cuanto a su justificación, por ejemplo, los adultos de origen maya consideran que el trabajo de sus hijos en la agricultura tiene beneficios de carácter educativo, ya que permiten que el hijo imite al padre y desarrolle valores como la honradez. [24] Sin embargo el hecho de que los dirigentes mayas justifiquen culturalmente el trabajo infantil y adolescente bajo este modelo, no significa en absoluto que los riesgos que entraña esta actividad se asuman como necesarios para adquirir valores o para consolidar la relación padre – hijo (a).

Sin embargo, todas las definiciones que los adultos elaboran como reflejo de los modelos parentales que culturalmente condicionan la decisión de incorporar a

20 OIT Un futuro sin Trabajo Infantil, Informe Global, Conferencia Internacional del Trabajo, 2002. Página 56.
21 OIT-IPEC, INE Estudio Cualitativo sobre Trabajo Infantil en Guatemala, página 35.
22 OIT-IPEC, INE, Ob. Cit. Página 35.
23 OIT, Un mundo sin trabajo infantil……. Página 56.
24 OIT-IPEC, INE, Ob. Cit. Página 10.

niños (as) y adolescentes en las actividades laboral, son apreciaciones incorrectas.

El trabajo se define como un fenómeno exclusivamente humano, que consiste en la actividad física y mental a través de la cual una persona realiza una actividad preconcebida. [25]

En consecuencia la actividad de los niños en casa particular es trabajo, y al ser de carácter subordinado, merece la protección total por parte del Estado de Guatemala a través del sistema jurídico laboral.

El marco de protección legal a que se refiere este aspecto se delimita por el hecho de que el trabajo de personas menores a 14 años se encuentra prohibido por las leyes de la República de Guatemala, a través de la integración del Convenio 138 de la OIT con las disposiciones Constitucionales respectivas.

De ahí que el Trabajo Infantil y Adolescente en Casa Particular se encuentre prohibido para las personas menores a 14 años. Dicha prohibición tiene como sujeto activo al adulto que emplea a un niño, niña o adolescente, ya que la responsabilidad de su contratación recae directamente en éste.

Es importante aclarar que la responsabilidad de perfeccionar una relación laboral con niños menores de 14 años no se extingue por el hecho de estar prohibida su contratación y tampoco produce la nulidad de las obligaciones legales que nacen del perfeccionamiento de la relación laboral, eso quiere decir que, a pesar de ser una contratación prohibida por las leyes de la República, si se produce la prestación del servicio por el niño, niña o adolescente, entonces el adulto que lo ha contratado debe responder de todas las prestaciones laborales que determinan las leyes.

25 Montoya, Alfredo Derecho del Trabajo, Editorial Tecnos, 1994 Madrid, Página 29.

Para el siguiente estrato o sea los niños mayores de 14 años pero menores de 18 años, las leyes de la República de Guatemala ofrecen una gama de derechos y obligaciones que en principio debería velar por su protección.

Otro aspecto que incide en la decisión parental y cuyo contenido, lamentablemente, expresa el nivel de interiorización que los adultos han alcanzado con respecto al criterio racista de definir que las niñas indígenas son las que se dedican a este tipo de trabajo en mayor proporción a las niñas ladinas, es la afirmación de que una niña indígena pobre tiene una ventaja comparativa [26] sobre una niña ladina pobre, al poder dedicarse, sin problema de reproche, a laborar en casa particular.

De esta forma pareciera que el prejuicio racista de esteriotipar a las niñas indígenas como "trabajadoras domésticas" al final constituye una ventaja para éstas, ya que si se tratará de una niña ladina pobre que se contrata como "trabajadora doméstica", muy probablemente en el hogar de otras personas ladinas, entonces existiría un fuerte reproche moral, ¡Cómo la niña va a trabajar de "doméstica"! En cambio se asume como normal y sin ningún reproche moral, que la niña indígena trabaje como "doméstica" ya que, generalmente, el modelo parental está condicionado culturalmente a aceptar este destino en forma fatalista e inmutable.

3. ¿El trabajo de los niños (as) y adolescentes en casa particular, constituye trabajo informal?

Una significativa desviación en relación con la definición del trabajo infantil y adolescente en casa particular es la que trata de ubicarlo en el ámbito de la informalidad.

Existe en el ámbito guatemalteco una fuerte tendencia a ubicar en el sector de la informalidad a

26 A este respecto se desarrolla la concepción que el estereotipo cultural define al trabajo en casa particular como un horizonte ocupacional para las niñas indígenas. IPEC-OIT Trabajo infantil doméstico en Guatemala, lineamientos para una propuesta de intervención. Coordinación Subregional para América Central, República Dominicana, Haití y México. San José de Costa Rica, 2002. Página 42.

muchas relaciones de trabajo, entre éstas las que se definen actualmente como "trabajo doméstico".

La extensión del concepto de informalidad hacia diversos tipos de relaciones de trabajo se realiza con el objeto de justificar el incumplimiento de las obligaciones laborales que las leyes de trabajo y previsión social establecen para las y los empleadores.

Efectivamente es posible considerar que un niño, niña o adolescente pueda laborar dentro de la informalidad, siempre y cuando no se prevea el reconocimiento de la relación laboral. [27]

En el caso de Guatemala esto no es posible en vista de que el Código de Trabajo establece claramente el perfeccionamiento del CIT a través del inicio de la relación.

El artículo 19 del Código de Trabajo regula que:

> "Para que un contrato individual de trabajo exista y se perfeccione, basta con que se inicie la relación de trabajo, que es el hecho mismo de la prestación de los servicios o de la ejecución de la obra en las condiciones que indica el artículo precedente".

Esta disposición normativa hace imposible que se puede considerar dentro del concepto de "informalidad" a la relación de trabajo que se establece entre un trabajador o trabajadora de casa particular y la o el empleador. Esto sucede así por los siguientes motivos:

El Código de Trabajo de Guatemala establece que el contrato individual de trabajo existe y es perfecto desde el momento en que se inicia la relación, por lo tanto aunque el contrato de trabajo se haya perfeccionado en forma verbal, lo cual es legal, de todas formas el contrato existe y es perfecto, eso quiere decir que quedan perfectas todas las obligaciones y derechos que las leyes laborales establecen para la o el trabajador.

27 OIT, Un futuro sin trabajo infantil, informe Global, Conferencia Internacional del Trabajo. 2002

Se entiende por inicio de la relación de trabajo el hecho mismo de la prestación del servicio en las condiciones que establece el artículo 18 del Código de Trabajo, eso quiere decir que con el simple hecho de que una personas empiece a laborar a favor de otra, en forma subordinada y dependiente, en la propia casa del empleador y atendiendo las labores comunes al hogar, produce la perfección inmediata de su contrato individual de trabajo, aunque no haya firmado ningún documento o que solo haya trabajado un mes, una semana o un día.

Sin embargo a pesar de que no es posible, como se indicó, negar arbitrariamente el reconocimiento de la relación laboral para las personas que laboran en casa particular, existe un extendido criterio de que este trabajo que confunde su característica de invisibilidad y vulnerabilidad con informalidad, ya que no es lo mismo una actividad informal que una actividad oculta o subterránea.[28]

Inclusive la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (LPINA) Decreto número 27-2003 del Congreso de la República de Guatemala, establece dos normas que tratan de diferenciar entre un trabajador adolescente del sector formal y otro del sector informal:

> ARTÍCULO 64. Sector formal. Para los efectos de esta Ley, se entiende por adolescente trabajador del sector formal, al mayor de catorce años de edad, que tenga como patrono a un empleador individual o jurídico, o que labore para una empresa de acuerdo con las normas del Código de Comercio; en ambos casos, en virtud de una relación directa de subordinación y dependencia, dentro de un horario determinado y sujeto a un contrato individual de trabajo.

28 Trejos, Juan Diego El Trabajo Decente y el Sector Informal en los Países del Istmo Centroamericano, Oficina Internacional del Trabajo, Diciembre del 2001.

> ARTÍCULO 65. Sector informal. Para los efectos de esta Ley, se entiende por adolescente trabajador del sector informal al mayor de catorce años, que realiza actividades laborales por cuenta propia o para un patrono que desarrolla actividades comerciales sin sujetarse plenamente a la legislación tributaria y comercial del país, especialmente en lo que se refiere al registro, sede, contabilidad, entre otros elementos que caracterizan la formalidad del comerciante.

Este artículo 65 de la LPINA puede dar lugar a que los adolescentes que trabajan en casa particular puedan ser definidos dentro del sector informal, lo cual contradice a lo establecido en el artículo 19 del Código de Trabajo; además la definición del sector en donde labora el adolescente tiene muy pocos o ningún efecto práctico en la protección de sus derechos.

Por el contrario la definición normativa que diferencia a los sectores formales e informales profundiza la confusión en relación con el criterio de ubicar a ciertas relaciones de trabajo dentro del sector informal.

Legalmente toda persona que trabaja en casa particular para beneficio y en subordinación de otra, tiene garantizado el reconocimiento de su relación laboral a partir del momento en que empiece a laborar.

Muy aparte es que el empleador o empleadora no reconozca los derechos laborales de la persona que trabaja a su servicio, pero es importante dejar claro que el sistema normativo laboral de Guatemala reconoce la existencia y perfeccionamiento del contrato de trabajo desde el momento en que se empieza a trabajar.

4. El concepto que recoge la legislación laboral guatemalteca sobre el trabajo doméstico

4.1 Categoría de Régimen Especial para el "Trabajo Doméstico"

Para determinar el contenido de la conceptualización existente sobre "Trabajo Doméstico" en el régimen jurídico laboral es preciso desarrollar algunos aspectos generales.

El sistema normativo laboral de Guatemala regula al "trabajo doméstico" como un régimen especial, esto quiere decir que el Poder Legislativo del país decidió que el trabajo subordinado que una persona presta a favor de otra para atender las labores que son propias del hogar o habitación de ésta, debe regularse por disposiciones específicas cuyo propósito es configurar legalmente una actividad que presenta características particulares.

La definición de este régimen especial se produjo junto con la primera codificación laboral en Guatemala realizada en 1947. En esta época el Estado guatemalteco decidió estructurar un régimen laboral constitucional y ordinario inspirado en la corriente del Estado protector de los trabajadores, tendencia que inspiró a prácticamente todas las legislaciones latinoamericanas a partir de 1930 y a través del ejemplo de las legislaciones mexicana y chilena. [29]

Sin embargo a pesar de que la legislación laboral guatemalteca surgió como un sistema normativo técnicamente avanzado y tutelar de los trabajadores, existen algunas instituciones que fueron poco desarrolladas y sectores sociales que obtuvieron una limitada protección.

El régimen especial del trabajo doméstico es muestra de esta limitación en cuanto a la protección en términos muy generales que regula. La estructura

29 Bronstein, Arturo PASADO Y PRESENTE DE LA LEGISLACION LABORAL EN AMERICA LATINA, Organización Internacional del Trabajo, San José de Costa Rica, 1998.

normativa del "trabajo doméstico" atiende fundamentalmente al contexto histórico de 1947 que definió la causa del contrato de trabajo para esta actividad, esto significa que el Estado ha regulado una actividad laboral según las condiciones particulares existentes a mediados del siglo pasado.

Estas condiciones particulares que definen la causa de la contratación del "trabajo doméstico" se encuentran definas por el modelo de desarrollo industrial que prevalecía en ese momento histórico, en donde la incorporación de la mujer a las actividades laborales y el crecimiento de las zonas urbanas exigía que el sector laborante de clase media necesitara de una persona que atienda las labores del hogar. De esta manera el desarrollo económico alcanzado y previsto en esa época constituye el motivo por el cual el ordenamiento jurídico configuró dicho régimen especial.

Esta configuración jurídica responde únicamente a dicho contexto, por esa razón encontramos que la conceptualización del "trabajo doméstico" se encuentra limitada a la definición del objeto del contrato, la determinación de la composición del monto del salario, la precisión de algunas responsabilidades de las partes, sobre todo en caso de enfermedad y el régimen de terminación del contrato de trabajo. Por lo demás esta modalidad de relación laboral se rige por el ordenamiento común u ordinario en materia laboral.

Por ese motivo actualmente la conceptualización jurídica del "trabajo doméstico" constituye un régimen que no responde a los nuevos requerimientos que actualmente definen las modernas relaciones de servicios personales subordinados en casa particular.

Esta situación es sensiblemente perceptible en el caso de que el "trabajo doméstico" se preste por un adolescente o por un niño o niña, ya que la actual configuración jurídica no ha tomado en cuenta el concepto de la Protección Integral de la persona menor de edad

frente a situación de riesgo físico y moral que se producen en este tipo de actividad laboral.

El Código de Trabajo de Guatemala no define el concepto de "trabajo doméstico", más bien, realiza una descripción de los elementos que constituye el objeto del contrato del trabajador doméstico:

> Artículo 161. Trabajadores domésticos son los que se dedican en forma habitual y continua a labores de aseos, asistencia y demás propias de un hogar o de otro sitio de residencia o habitación particular, que no importen lucro o negocio para el patrono.

De esta forma el régimen normativo laboral guatemalteco asume que la connotación de "doméstico" se utiliza únicamente con el propósito de calificar el ámbito particular (el hogar o casa particular de un tercero) en el cual se desarrolla la relación de trabajo, por esta razón la definición de esta modalidad de contrato o relación de trabajo se define como un régimen especial.

La normativa laboral vigente, con respecto del trabajo doméstico no ofrece una protección integral que evite las situaciones de riesgo que son propias de esta actividad cuando la misma es realizada por niños (as) o adolescentes.

De tal suerte que para obtener una protección integral se debe realizar un proceso de integración normativa internacional con algunas disposiciones nacionales de carácter general que protegen y tutelan a la niñez y a la adolescencia.

4.2 Las particularidades del objeto del contrato de trabajo en el "Trabajo Doméstico"

Para definir una idea lo más completa posible sobre la conceptualización que el sistema jurídico guatemalteco tiene sobre este tipo de actividad laboral

hay que determinar dos aspectos: a) el objeto del contrato de trabajo bajo este régimen legal y b) que el análisis se realiza en relación con el trabajo que ejecutan los adolescentes y no los niños (as), ya que la contratación de estos se encuentra absolutamente prohibida por la ley.

El objeto del contrato de trabajo en casa particular que en la legislación laboral guatemalteca se denomina trabajo doméstico, comprende el cambio de prestaciones personales entre la persona que presta el servicio y la persona que lo emplea.

El objeto del contrato de trabajo hace referencia las obligaciones básicas de ambas partes dentro de la relación laboral, para el empleador es pagar el salario y para el trabajador o trabajadora es prestar el servicio pactado.

Las condiciones mínimas de ambas obligaciones son definidas por la ley con el carácter de orden público. Cualquier otra condición puede ser pactada entre las partes siempre que no alteren las condiciones obligatorias que la ley establece.

De esta cuenta resulta que para el "trabajo doméstico" el objeto del contrato de trabajo se define de la siguiente manera:

Para el empleador: la obligación de pagar un salario por el servicio prestado. La determinación de esta obligación no constituye prácticamente ningún problema.[30]

Sin embargo frente a la posibilidad de la contratación de una persona menor de edad, de un adolescente, el Código de Trabajo de Guatemala carece de una regulación en donde se obligue al empleador a respetar la integridad física y moral del o la adolescente

30 Más adelante se definirá las características de la composición de éste salario y el derecho a un salario mínimo.

que le presta servicios, aumentando de esta forma la posibilidad de constituir la situación de vulnerabilidad.

Para obtener una protección legal adecuada es preciso realizar, como se indicó anteriormente, una integración legal principalmente de Normas Internacionales de Trabajo (NIT).

Para el trabajador o trabajadora: la definición de la obligación de prestar sus servicios encara un problema de cierta gravedad. Resulta que el Código de Trabajo define en el artículo 161, un listado de actividades que pueden constituir el objeto de la prestación laboral, sin embargo este listado es bastante ambiguo y subjetivo, lo que puede producir un aumento en la condición de vulnerabilidad del menor trabajador.

El Código de Trabajo carece de una definición de aspectos que deberían tomarse en cuenta para determinar las necesarias limitaciones a la intensidad del trabajo, con el propósito de que el objeto de la prestación sea posible en el entendido de que debería tomarse como referente la protección integral de la condición de niño o (a) de la persona que presta el servicio.

De esta forma la determinación del objeto de la prestación se encuentra regulada con demasiada amplitud lo cual provoca un aumento de la falta de protección integral del adolescente que labora como “trabajador doméstico”.

Las características establecidas en el artículo 161 del Código de Trabajo para la prestación del servicio o para la realización del trabajo son las siguientes:

La habitualidad y continuidad: Esta redundancia hace referencia a que la prestación del servicio personal por parte del trabajador se debe realizar sin interrupción, en forma constante y perseverante en las actividades propias de la atención del hogar familiar de una tercera persona. La idea de esta continuidad como característica esencial de la prestación del servicio es diferenciar el

contrato de trabajo doméstico (o de casa particular) de una relación esporádica en donde no se establece un vínculo permanente.

Atención de actividades de aseo, asistencia y demás propias de un hogar: Esta parte describe el contenido de las actividades que la persona que presta el servicio se compromete a realizar. Esta definición es muy general, comprende por aseo la limpieza del hogar sin determinar con precisión los límites que le corresponden; de la misma forma comprende la asistencia en el hogar entendiendo ésta la ayuda o apoyo auxiliar a los miembros del hogar, esto significa que el o la trabajadora de casa particular no es responsable totalmente de la atención del hogar, ya que su responsabilidad se delimite como asistencia; y finalmente la legislación guatemalteca describe que corresponde a este contrato la atención de todas las actividades que sean propias de un hogar, entendiendo por hogar la casa o habitación de la persona que contrata el servicio.

La condición de no existir ánimo de lucro en el lugar de trabajo: Esta condición es muy importante ya que permite diferenciar a una persona que realiza actividades similares a las descritas anteriormente con un trabajador de casa particular. De hecho la determinación de la aplicación de este régimen especial se establece a través del examen del lugar que se atenderá en la prestación del servicio, si de alguna manera este lugar (casa, vivienda, local) importa una actividad lucrativa para la persona que emplea el servicio entonces la relación de trabajo se regulará según las disposiciones generales del Código de Trabajo.

Estas obligaciones se delimitan al perfeccionarse el contrato de trabajo a través del pacto expreso entre las partes.

Si por cualquier circunstancia las partes no delimitan el contenido específico de las condiciones para la realización del trabajo o la indicación precisa del modo o forma de desempeño de las labores de limpieza y

asistencia del hogar, entonces el trabajador de casa particular queda obligado únicamente a lo que sus capacidades físicas e intelectuales le permitan realizar, según lo establece el artículo 21 del Código de Trabajo.

El contenido del artículo 21 del Código de Trabajo es significativo cuando el trabajador de casa particular es un adolescente, en vista de que normalmente los empleadores realizan la contratación sin especificar las condiciones de la prestación del servicio, posteriormente exigen al trabajador la realización de las actividades bajo exigencias que no les son posibles realizar, por lo tanto no puede hacérsele responsable a éste por la imposibilidad de su realización o por el resultado deficiente.

El concepto que prevalece sobre el "trabajo doméstico" en el sistema normativo laboral guatemalteco es anticuado y produce una marcada desprotección a la adolescencia que labora en esta actividad, lo cual constituye un fuerte obstáculo para implementar acciones con carácter de protección integral en vista de que para la aplicación de ésta es preciso integrar el contenido de diferentes cuerpos normativos, particularmente los convenios de orden internacional.

Segunda parte

Caracterización del trabajo infantil y adolescente doméstico

1. Composición socio-económica del trabajo infantil y adolescente en casa particular

En Guatemala laboran en casa particular un total de 38, 878 personas menores de edad que se encuentran comprendidas entre los 5 y 17 años. Estos niños y adolescentes representan el 4.15% de todos los niños y adolescentes que se han incorporado a la vida laboral en forma temprana, los cuales ascienden a un total de 937,530, quienes constituyen el 20% de la población total (adulta y menor de edad) que tiene una ocupación en toda Guatemala. [31]

Esto quiere decir que de cada cinco personas que tiene un trabajo en Guatemala, una es un niño (a) o un adolescente.

Estos indicadores demuestran lo agudo del problema infantil y adolescente en Guatemala, sobre todo si se tiene presente que del total de personas menores de edad que laboran actualmente en Guatemala, el 55% (por lo tanto la mayoría) se encuentran comprendidas entre los 5 y 14 años de edad. Paradójicamente la contratación de personas menores de 14 años se encuentra prohibida por la ley.

Esto significa que en Guatemala de cada 10 personas que tienen un empleo, una de ellas es un niño o niña comprendidos entre 5 y 14 años.

Estas proporciones se manifiestan de manera más sensible cuando se aborda los aspectos cuantitativos del trabajo infantil y adolescente doméstico, según las mismas fuentes consultadas, por ejemplo:

31 La fuente para realizar esta proporción esta constituida por los siguientes instrumentos:
- Instituto Nacional de Estadística, Gobierno de Guatemala, Programa MECOVI –ENEI 2002.
- INE-OIT Estudio Cualitativo sobre el Trabajo Infantil en Guatemala, Informe Final, Página 30.

El 3% de todas las personas que tienen un empleo en Guatemala se dedica al trabajo doméstico, aproximadamente este total corresponde a 129,840 personas. De este total, resulta que, aproximadamente, el 30% son personas menores de edad comprendidas entre los 5 y 17 años.

De ahí que podamos afirmar que de cada 10 personas que se dedican al servicio doméstico, tres son menores de edad y 7 son adultos.

La relevancia de estos indicadores y proporciones radica en dos aspectos:

1. Evidencian que el trabajo infantil en lugar de disminuir ha aumentado considerablemente y que la proporción de personas menores de edad que laboran en el trabajo doméstico es mayor a la proporción de personas adultas que se dedican a esta actividad, demostrando que el "trabajo doméstico" es una actividad marginal en la cual se prefiere, por parte de los empleadores, la contratación de personas menores de edad.

2. Conceptual y legalmente no es lo mismo el "trabajo doméstico o en casa particular" al trabajo "familiar o en casa propia", por lo tanto los indicadores expuestos anteriormente reflejan el número de relaciones labores individuales que existen dentro de esta actividad. Esto es relevante en vista de que al ser relaciones o contratos individuales de trabajo necesariamente en sus diversas fases y consecuencias se rigen por las leyes laborales del país. Esto denota un importante aspecto cuantitativo relativo a la trascendencia que tiene la efectividad del ordenamiento jurídico laboral, en otras palabras, nos permite tomar dimensión del número de personas que se ven afectadas por la falta de eficacia del sistema normativo laboral.

En términos generales las características de este colectivo laboral responden a las tendencias globales del trabajo infantil y adolescente en Guatemala las cuales pueden sintetizarse en lo siguiente:

Condiciones de Actividad de los Menores de 5 a 17 años

Menores	Total	PEA	PEA (%)	Trabajadores	Desempleados	Subempleados
TOTAL	4,006,108	947,321	23.6	937,530	9,791	103,1116
5 a 14 años	3,225,382	523,972	16.2	519,503	4,469	44,530
15 a 17 años	780,726	423,349	54.2	418,027	5,322	58,586

Fuente: Estudio cualitativo sobre TI en Guatemala, informe final. Página 30

- El 50% de las personas menores de edad que trabajan, no estudian.
- El 53% abandono la escuela en el nivel primario.
- El 50% de los que trabajan no se inscribió en el presente ciclo escolar.
- El 35% no se inscribió por motivo de trabajo
- El 39% se encuentran en pobreza extrema.
- El 56% labora en actividades agrícolas.
- El 40% labora en condiciones de remuneración.
- Un 5% labora para terceros y no recibe remuneración.
- El 34% es contratado por el sector privado.
- El 1% es contratado por el sector público.
- El 4.1% labora en casa particular ajena.
- El 81% del tiempo diario de las personas menores de edad que trabajan lo destina a las actividades

laborales. Esto demuestra lo prolongado de las jornadas de trabajo.

- Solo el 14% de las personas menores de edad que trabajan dedican una parte del tiempo libre al estudio. [32]

Las siguientes características sobre la complejidad del problema:

El ámbito cultural: se encuentra determinado por la existencia de una serie de prejuicios culturales que apuntalan la estructura de discriminación y racismo, que alimentan una infinidad de justificaciones ideológicas que tratan de convencer a la colectividad de la conveniencia social sobre la incorporación de niños (as) y adolescentes al "trabajo doméstico o de casa particular". Estos prejuicios se expresan en:

Los modelos parentales, tal y como se indicó anteriormente, se encuentran condicionados por el hecho de considerar conveniente el trabajo de las personas menores de edad.

El estereotipo étnico: Se concibe como normal la circunstancia que la mayoría de personas menores de edad que laboran en el "trabajo doméstico" son indígenas y provienen, principalmente, del área rural de Guatemala, las cuales constituyen zonas de expulsión migratoria.

Discriminación por motivo de género: El 91% de los niños y adolescentes que en Guatemala laboran dentro del "trabajo doméstico" son mujeres. Esto demuestra la existencia de un importante estereotipo cultural que determina que la mujer debe dedicarse a este tipo de actividades que constituyen una ocupación marginal y definen el perfil de la mujer adulta.

Particularidad de la relación de trabajo: El ámbito íntimo en el que se desenvuelve la relación de trabajo

32 Fuente: Estudio cualitativo sobre TI en Guatemala, informe final. Página 37-41

marca una significativa situación de riesgo, esto deriva a que el empleador define una relación cuasi-familiar, que sin llegar a serlo, puede constituir el campo fértil para situaciones de abuso físico, psicológico y sexual, y/o provocar graves situaciones de marginación. La relación de trabajo en casa particular se caracteriza principalmente por lo especial y delicado del ámbito de su desarrollo, lo cual se determina por el espacio de intimidad y familiaridad que determinada el hogar familiar de la persona empleadora.

En este contexto se produce una relación "sui generis" entre la persona que presta el servicio y la persona que lo emplea, con mucho más especialidad cuando la personas que trabaja es menor de edad.

Las características que se establecen en la publicación de OIT-IPEC [33] sobre Trabajo Infantil Doméstico en Guatemala, sobre lineamientos estratégicos para una propuesta de intervención son las siguientes:

- Constituye una lógica de subsistencia: haciendo referencia a que el involucramiento de niños y adolescentes en el trabajo de casa particular constituye una opción de subsistencia económica del grupo familiar.

- Es invisible: Las condiciones de aislamiento en la que opera este tipo de actividad determinan que sea muy difícil establecer un control institucional en relación con las condiciones en que se trabaja, aumentando de esta manera la posibilidad de abusos físicos, sexuales y psicológicos sobre los niños y adolescentes trabajadores. Por esta razón es que esta actividad es considerada como una de las peores formas de trabajo infantil.

33 OIT-IPEC Trabajo Infantil Doméstico en Guatemala, Lineamientos para una propuesta de intervención. Página 78

- Se desarrolla en un marco de pobreza: Como se indicó anteriormente el perfil de las y los trabajadores de casa particular presenta un origen, en su mayoría, de hogares pobres o en situación de extrema pobreza, lo cual aumenta la posibilidad de vulneración de sus derechos al carecer de recursos suficientes para acceder a los mecanismo de protección.

Fomenta una situación permanente de desvalorización: Esta actividad laboral se encuentra condicionada culturalmente a dos expresiones clásicas de discriminación: a) Etnia y b) Sexo: la mayor parte esta constituida por niñas o adolescentes. De esta manera se condiciona culturalmente a establecer a este tipo de trabajo, caracterizado por las difíciles y peligrosas condiciones en las que se realiza, a un grupo de personas, lo cual fomenta un continuo estado de desvalorización de la dignidad humana. Por esta razón algunas caracteristicas del trabajo infantil, doméstico podrian ser consideradas como una de las peores formas de trabajo infantil debido a que por sus condiciones es probable que produzca un daño en la salud, la seguridad o la moralidad de los niños. [34]

La profunda impunidad laboral: El desconocimiento de los derechos de las personas menores de edad que laboran dentro del "trabajo doméstico", asegura el mantenimiento de la problemática descrita en los párrafos anteriores.

34 El informe sobre prácticas de Derechos Humanos en Guatemala para el año 2002, elaborado por la Embajada de Estados Unidos de Norteamérica establece que: " ….la debilidad de los inspectores de trabajo, los fallos en el sistema judicial, la pobreza, la herencia de la represión violenta de activistas laborales durante el conflicto armado interno, el clima de impunidad, y la profunda hostilidad arraigada del establecimiento de negocios hacia las asociaciones independientes y autónomas restringieron el ejercicio de los derechos laborales".

CAPÍTULO II

El contrato individual de trabajo de los (as) trabajadores (as) en casa particular

1. La existencia del contrato de trabajo para los niños (as) y adolescentes que laboran en casa particular

Antes de iniciar el análisis correspondiente al sistema normativo que configura el trabajo doméstico infantil y adolescente en Guatemala es preciso aclarar un tema, que por su relevancia, no puede ser dejado de lado, a pesar que su contenido es de carácter general.

Resulta que dentro del ámbito académico e inclusive en el ámbito institucional, se ha arraigado la idea de que para el trabajador doméstico o de casa particular no existe un contrato de trabajo propiamente dicho, sobre todo si la persona que va a trabajar es menor de edad.

Se ha llegado a afirmar que la falta de un contrato produce una mayor vulnerabilidad de los derechos del niño, niña o adolescente que labora en el "trabajo doméstico". [35]

Sin embargo esto merece un estudio más detallado, ya que de hecho sí existe un contrato de trabajo cuando un niño, niña o adolescente presta sus servicios a un adulto en casa particular. No se trata de justificar la contratación de personas menores de 14 años, sino de aclarar ciertos aspectos técnicos que son fundamentales para la comprensión y análisis legal de este tema.

Como se indicó en el primer capítulo de este estudio, en la legislación laboral guatemalteca se reconoce que el simple inicio de una relación de trabajo es suficiente para determinar la existencia y perfeccionamiento del contrato, (artículo 19 del Código de Trabajo).

Es común asociar los conceptos de contrato y relación de trabajo como sinónimos. A través de ese uso indistinto se ha llegado a considerar que las categorías referidas describen el mismo asunto, pero esa apreciación constituye un error.

35 OIT-IPEC Trabajo Infantil Doméstico en Guatemala, Lineamientos para una propuesta de intervención. Página 49

Para establecer el contenido de la relación jurídica laboral entre dos personas, en este caso entre un adulto y un niño, niña o adolescente, una de ellas patrono y el otro trabajador, se debe ubicar primero, el origen de dicha relación: un contrato o la simple relación de trabajo.

En efecto el Código de Trabajo usa en forma reiterada e indistinta ambas categorías por ejemplo: al definir la situación jurídica de una persona como patrono o trabajador como consecuencia indistinta de la existencia de un contrato o relación de trabajo. (Artículo 2 del Código de Trabajo)

Una relación jurídica puede ser definida como la relación social entre dos o más personas la cual produce efectos o consecuencias jurídicas debido a que el Derecho Objetivo (ordenamiento jurídico) reconoce o regula dicha relación. [36]

Desde el punto de vista laboral, la relación jurídica vendría a ser el vínculo jurídico y económico a través del cual una persona presta sus servicios por cuenta de otra persona la cual retribuye dicha prestación.

Por esta razón el simple hecho de que un adulto permita que en su casa particular labore un niño (a) o adolescente perfecciona la existencia del contrato de trabajo y por lo tanto permite la exigencia legal del cumplimiento de las obligaciones laborales que derivan del contrato de trabajo; sin que esto pueda significar la justificación del trabajo de una persona menor de 14 años.

2. El carácter subordinado del trabajo infantil y adolescente en casa particular

La definición de OIT-IPEC sobre Trabajo Infantil y Adolescente en Casa Particular se fundamenta en la idea de la subordinación [37] del niño, niña o adolescente

36 Díez-Picazo y Gullón: INSTITUCIONES DEL DERECHO CIVIL, Editorial Tecnos, Madrid, 1995, Pág. 141.
37 OIT-IPEC Trabajo Infantil Doméstico en Guatemala, Lineamientos para una propuesta de intervención. Página 39

a un adulto que lo contrata en los términos expuestos anteriormente.

La idea de subordinación en el ámbito jurídico laboral corresponde al carácter dependiente del que trabaja a favor de otro.

Por esta razón el término de trabajo infantil y adolescente en casa particular se diferencia cualitativamente del trabajo que realizan los niños o niñas en su propio hogar.

Con el objeto de delimitar los elementos de un contrato o relación de trabajo se presenta el siguiente cuadro:

- Vínculo económico-jurídico: Esto quiere decir que el trabajador o trabajadora en casa particular consiente en prestar sus servicios personales a favor del hogar familiar de una tercera persona, respondiendo a motivos de carácter económico, no a una relación de familia o de amistad en donde lo que se realiza es una colaboración. En una relación o contrato laboral ambos sujetos de la relación laboral obtienen beneficios de carácter económico.

  El aspecto jurídico se establece por el contenido jurídico que determina la definición de poderes y deberes regulados por el derecho y que ambas partes pueden ejercer y deben cumplir. En concreto se trata de una relación que sirve de fundamento para el nacimiento de derechos subjetivos y obligaciones de carácter personal.

- Prestación personal del servicio: Esto quiere decir que la persona que se compromete a prestar el servicio lo hace en forma personal, sin que exista la posibilidad de su sustitución por otra.

- Dependencia continuada: Significa que la persona

empleadora está obligada a proporcionarle al trabajador o trabajadora todos los instrumentos y útiles que sean necesarios para atender las actividades propias de un hogar, por lo tanto el trabajador se encuentra dependiente de que le hagan entrega, a lo largo de toda la relación (continuidad), de estos instrumentos o útiles, de lo contrario le es imposible prestar sus servicios.

- Dirección: Es una característica muy importante de la relación o contrato de trabajo que significa que la persona empleadora tiene el poder jurídico de dirigir al trabajador en la ejecución de sus labores, determinando la forma y el modo de su realización.

- Retribución: Un aspecto básico del contrato individual de trabajo por el cual el trabajador presta sus servicios a cambio del pago de una cantidad de dinero, eso quiere decir que el trabajo que realiza no es gratuito. Esto marca una significativa diferencia con el trabajo en casa particular propia en donde no existe remuneración.

Podemos concluir en lo siguiente:

- Para los niños menores de 14 años:

- Las actividades que realizan en la casa particular de un adulto constituyen un trabajo. No puede definirse que es simplemente una actividad de colaboración o una actividad en donde se le esta educando, ayudando etc.

Permitir que una persona menor de 14 años trabaje en la casa particular de un adulto es una situación prohibida por el régimen legal guatemalteco . En el momento que el Estado de Guatemala constate que una persona adulta a realizado o perfeccionado una contratación de esta naturaleza se deberá imponer la multa establecida en el artículo 272.b, a la persona adulta

que resulte responsable de dicha contratación, [38] además se pueden tomar todas las medidas de protección de la integridad del niño o niña en caso de riesgo a su condición física, sexual o psicológica.[39]

- A pesar de ser una actividad prohibida, si se llegase a realizar, tal y como sucede actualmente, entonces el contrato de trabajo es nulo de pleno derecho, no puede existir; sin embargo dicha nulidad no tiene efectos al pasado, eso significa que el trabajo que ya realizó el niño o niña produce el perfeccionamiento de todas las obligaciones laborales que el adulto empleador por mandato legal debe cumplir. De esta manera se deberá proteger al niño o niña de seguir prestando este servicio prohibido por la ley, se deberá exigir o condenar al empleador (a) al pago de las prestaciones laborales correspondientes y se le deberá imponer la multa indicada anteriormente por haber realizado o permitido una contratación prohibida.

- Para las personas mayores de 14 años y menores de 18 años:

- Las actividades que realizan en la casa particular de un adulto constituyen un trabajo.

- Aunque el adulto que los contrata no celebre un documento, la contratación es válida y obliga a éste a cumplir con todas las obligaciones laborales que establece el régimen legal de la República de Guatemala.

- El adolescente queda protegido en su integridad a través de las disposiciones establecidas en el convenio 138 de la OIT, en los artículos 148 y 149,

38 Por esta razón el fortalecimiento de la función de Inspección de Trabajo ya que solo a través de una inspección eficiente y de la implementación de una política nacional de inspección de trabajo para determinar los hogares de adultos donde se realiza, en forma prohibida, el trabajo infantil "doméstico" o de casa particular.

39 Según el sistema de protección se establece la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. Decreto número 27-2003. del Conrgreso de la República de Guatemala.

del Código de Trabajo y por todos los mecanismos que establece la Ley de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia.

3. La forma del contrato de trabajo de casa particular

En la legislación laboral guatemalteca (artículo 27 del Código de Trabajo) el contrato de trabajo doméstico (o de casa particular) puede perfeccionarse a través de la celebración verbal de éste, esto significa que a diferencia de los demás contratos de trabajo que deben obligatoriamente ser celebrados por escrito.

La única obligación de la persona que contrata es la de otorgar una constancia escrita que especifique lo siguiente:

La fecha de inicio de la relación de trabajo, lo cual es un dato importante para establecer el cálculo de las prestaciones laborales.

El monto del salario devengado: Esto constituye un dato de significativa trascendencia. Resulta que en este tipo de contrato de trabajo se presume, salvo prueba en contrario, que el monto total del salario incluye la habitación y la manutención del trabajador, según el artículo 162 del Código de Trabajo. En consecuencia la tarjeta o constancia escrita debe establecer si el salario devengado se ha pactado solo en dinero, ya que de lo contrario, sin esta indicación se presume que incluye el monto de las prestaciones indicadas.

Cuando el contrato de trabajo se perfecciona en forma verbal el empleador(a) no se encuentra obligado a registrar el contrato de trabajo ante la Dirección General de Trabajo, de esta forma el trabajo doméstico queda un tanto al margen del conocimiento inmediato por parte de las autoridades de trabajo ya que ha diferencia de los contratos de trabajo por escrito existe la obligación de su registro.

Esta situación puede llegar a constituir una facilidad para ocultar de la relación laboral de la persona menor de edad.

De hecho es una grieta legal que produce desprotección, debería existir la obligación de que cada vez que se contrate a una persona menor de edad para laborar dentro del "Trabajo Doméstico" a excepción del régimen general contenido en el artículo 27 del Código de Trabajo, debería obligarse al empleador a suscribir un contrato por escrito y por ende registrarlo ante las autoridades de trabajo.

El único mecanismo de control administrativo que puede existir relacionado con el perfeccionamiento del contrato de trabajo, es la obligación de mantener un registro certificado de la edad del trabajador, según lo establece el convenio 138 de la OIT, que determina en el artículo 9.3 lo siguiente:

> "La legislación nacional o la autoridad competente prescribirá los registros u otros documentos que el empleador deberá llevar y tener a disposición de la autoridad competente. Estos registros deberán indicar el nombre y apellidos y la edad o fecha de nacimiento, debidamente certificados siempre que sea posible, de todas las personas menores de dieciocho años empleadas por él o que trabajen para él".

Sin embargo la aplicación de esta disposición derivada de un convenio internacional exige que los funcionarios públicos atiendan a la aplicación directa de las NIT.

4. El Asunto de la capacidad contractual de las personas menores de edad

Con cierta frecuencia se ha confundido el tema de la capacidad contractual de las personas menores de edad para perfeccionar un contrato de trabajo con el tema de la edad mínima para la admisión al empleo (tema que se desarrollará en capítulos posteriores).

Es conveniente precisar algunos aspectos sobre la capacidad relativa de ejercicios que el Código de Trabajo de Guatemala reconoce para las personas comprendidas entre los 14 y 17 años.

El artículo 30 del Código de Trabajo de Guatemala establece que una persona menor de 18 años pero mayor de 14 puede contratar su trabajo por sí misma, sin necesidad de que comparezca su representante legal, además puede recibir su remuneración y disponer libremente de ella, así como ejercer personalmente cualquier derecho que derive de su relación laboral.

Por el contrario una persona menor de 14 años de edad, si bien se a permitido la admisión al empleo en condiciones especiales y de carácter excepcional, no se le reconoce capacidad relativa de ejercicio, eso significa que en todos los actos de la vida de la relación laboral que sostiene (excepto el hecho de trabajar) debe actuar a través de su representante legal.

Este sistema legal, cuyo origen se remonta al siglo XIX en Europa, permite facilitar la contratación de los adolescentes, facilitando la incorporación de los mismos al sistema laboral al otorgarles la capacidad relativa de ejercicio para perfeccionar su propio contrato de trabajo, puede producir en el caso del trabajador doméstico menor de edad la posibilidad de favorecer situaciones de riesgo.

En efecto si conjugamos la facilidad con la que puede una adolescente perfeccionar su contrato individual de trabajo en ejercicio de la capacidad relativa que le otorga la ley, con la posibilidad de que dicho contrato

puede perfeccionarse en forma verbal, entones se esta produciendo una situación perfecta de riesgo, la relación laboral puede quedar oculta ante los ojos de las autoridades y, muy probablemente, ante el control de los propios padres, tutores o representantes de la adolescente.

5. La Terminación del contrato de trabajo de casa particular.

El régimen especial relativo al trabajo doméstico se caracteriza en la legislación laboral guatemalteca por expresar un alto grado de discriminación.

El establecimiento de causas justas que facultan al empleador(a) a dar por terminado el contrato sin responsabilidad de su parte, es expresión del trato diferente que al trabajador de casa particular se le proporciona por parte de la legislación.

El artículo 165 y 166 del Código de Trabajo establece una serie de supuestos vinculados con la enfermedad del trabajador que permiten la terminación del contrato sin responsabilidad del empleador(a), estos son los siguientes:

La enfermedad infecto-contagiosa que padezca el trabajador cuando ésta no haya sido adquirida por el contagio en el hogar del empleador(a) siempre y cuando no existan medidas para su prevención.

Cualquier enfermedad que dure más de una semana faculta al empleador a despedir en forma directa siempre que no desee suspender la relación de trabajo, quedando obligado a pagar una indemnización que nunca puede ser superior al pago de cuatro meses de salario, con lo cual queda desprotegido el derecho de antigüedad del trabajador. Esta es una disposición que atenta directamente con la estabilidad de trabajo ya que en cualquier otro caso opera inmediatamente la suspensión parcial y luego total del contrato de trabajo, mientras que en este régimen la suspensión del contrato es una opción que decide unilateralmente del empleador(a).

Finalmente la imputación al trabajador de faltar el respeto o la desidia en el cumplimiento de sus obligaciones, constituye una causa de terminación del contrato de trabajo sin responsabilidad del empleador.

CAPÍTULO III

Las normas internacionales de trabajo relativas a trabajo infantil y adolescente en casa particular

1. Importancia de revisar la validez jurídica de las NIT en el ordenamiento jurídico guatemalteco

Además, es necesario tener siempre presente que la mayor eficacia que puedan alcanzar los diferentes esfuerzos que desde la perspectiva de la doctrina de la Protección Integral de la Niñez se realizan con el propósito fundamental de tutelar el interés superior del niño, se encuentran determinadas por la efectiva aplicación del contenido de las NIT que configuran a estas política.

La claridad que se alcance en el medio jurídico guatemalteco con respecto a la técnica de aplicación de las NIT, constituye un objetivo estratégico en la erradicación del trabajo infantil y en la protección integral de los adolescentes trabajadores.

Las Normas Internacionales de Trabajo (NIT) constituyen un importante instrumento para lograr la cooperación pacífica entre naciones y son producto del consenso de la voluntad de los Estados soberanos de crear un ordenamiento jurídico común para la regulación universal de los diferentes asuntos relacionados con el trabajo.

La internacionalización del Derecho del Trabajo inicia desde finales del siglo XIX a través de una serie de conferencias y congresos que se realizaron en diferentes ciudades de Europa y de los Estados Unidos de Norte América en el período comprendido entre 1877 a 1906. Desde el inicio de estos encuentros internacionales la protección del trabajo de las personas menores de edad fue una preocupación que se evidenció con notable relevancia.

La historia ha determinado que el punto de partida básico para la estructuración del Derecho Internacional de Trabajo lo constituye la creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1919, la cual quedó contenida en la Parte XIII del Tratado de Versalles.

En el preámbulo de la Constitución de la OIT, se establecen los principios ideológicos básicos que inspiran todas las actividades de esta organización, principalmente la creación de NIT, estos principios giran alrededor del reconocimiento de tres ideas básicas:

- Que la paz universal y permanente solo pueden basarse en la justicia social,

- Que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales y que es urgente mejorar dichas condiciones trabajo;

- Que si un Estado no cumple con adoptar un régimen de trabajo "realmente humano" esta omisión se constituye en un obstáculo para los esfuerzos de otras naciones que sí lo hacen.

Desde la creación de la OIT la erradicación del trabajo infantil y la protección de la adolescencia trabajadora fue reconocida como una de las principales prioridades para el mejoramiento de las condiciones de trabajo que imperan en las naciones del mundo. Esta preocupación fue ratificada en la Declaración de Filadelfia en 1944 a través de la reafirmación de los principios ideológicos de la OIT con el objeto de que éstos inspiren las diferentes políticas de los miembros de la organización, y para el efecto la declaración reafirmó que es obligación de la OIT, fomentar programas que permitan en todos los países del mundo la protección de la infancia y garantizar por igual las oportunidades de educación.

Dentro de este contexto uno de los principales problemas sociales abordados por la actividad normativa de la OIT ha sido la abolición en el mundo del trabajo infantil, preocupación expresada a través de la adopción de dos convenios de carácter fundamental, el 138 relativo

a la edad mínima para la admisión del empleo y el 182 relativo a la eliminación de las peores formas de trabajo infantil, cada uno de estos convenios es complementado con una recomendación para su aplicación.

La piedra angular de la creación y aplicación de las NIT es la soberanía del Estado, en el caso de Guatemala la Constitución Política de la República define en los artículos 140 y 141 que el Estado de Guatemala es soberano y que dicha soberanía radica en el pueblo de Guatemala quien la delega para su ejercicio en los tres poderes del Estado, con lo cual se otorga legitimidad y capacidad al Estado de Guatemala para participar en la adopción y aplicación de NIT según el procedimiento que establece la propia Constitución.

La importancia del presupuesto de soberanía es relevante en cuanto que todo Estado soberano participa como órgano de creación de las NIT y a la vez es el encargado de cumplir en su territorio las obligaciones que emanan de los instrumentos normativos internacionales, [40] por lo que sin el consentimiento del Estado no podrían producirse, adoptarse y aplicarse en Guatemala ninguna NIT.

Por lo tanto, al existir el consentimiento del Estado de Guatemala con respecto a la adopción y aplicación de NIT se presume que dicha voluntad emana directamente del poder soberano del pueblo y que el Estado de Guatemala se obliga según el principio de "Pacta sunt servanda" que determina que el cumplimiento del contenido de los tratados y convenios internacionales debería ser de buena fe. [41]

40 La concepción del doble papel del Estado dentro de la dinámica del Derecho Internacional del Trabajo es considerada como la teoría de mayor aceptación con respecto a la explicación del origen y aplicación efectiva de tratados y convenios internacionales. Esta teoría es conocida como el desdoblamiento funcional del Estado en el orden internacional, sobre esto: Montoya M. Alfredo, Derecho del Trabajo, Editorial Tecnos España, 1994, páginas 191-192.

41 Artículo 26 de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados.

Sin embargo la aplicación efectiva de estas NIT tropieza con significativos obstáculos que ponen en riesgo las posibilidades de desarrollo social y económico de Guatemala y hacen dudar sobre la responsabilidad de las autoridades competentes que deben velar por su aplicación.

Por esta razón en mayo de 2002 el encuentro tripartito subregional de las delegaciones de Centro América y República Dominicana auspiciado por OIT, adoptaron la declaración conocida como Acuerdo de Santo Domingo en donde se acuerda una agenda laboral en la cual se definió en el punto 2 el cumplimiento de que cada de su propia legislación laboral de acuerdo a los convenios fundamentales identificados en la declaración de 1998, en los que la erradicación progresiva de las peores formas de trabajo infantil constituye una de sus temas prioritarios.

A pesar de estos esfuerzos la falta de cumplimiento de las NIT que concretan los compromisos internacionales del Estado de Guatemala en materia de trabajo y específicamente en relación con el problema del trabajo de personas menores de edad y la erradicación progresiva de sus peores formas, ha llegado a tal extremo que se presentó una denuncia para que Guatemala sea excluida del Sistema General de Preferencias Arancelarias. [42]

Además el escaso desarrollo del programa y de las políticas de erradicación progresiva del trabajo infantil en Guatemala ha llamado la atención internacional la cual ha sido recogida en diferentes informes y estudios.[43]

Dentro de las observaciones de incumplimiento de los convenios fundamentales relativos al problema del trabajo infantil destaca la observación realizada por la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales

42 Ver: la sección de conclusiones de: Petition To Remove Guatemala From The List Of Beneficiary Developing Countries Under The Generalized System Of Preferences ("GSP").SUBMITTED BY: American Federation Of Labor And Congress Of Industrial Organizations (AFL-CIO) diciembre, 2002
43 Ver: U.S. Department of State, Country Report on Human Rights Practices 2002.

Libres (CIOSL), de fecha 10 de enero de 2002 y que fue conocida por la 73ª reunión de la CEACR de OIT en el 2002 y en el 2005. En dicha observación se detalla con precisión los aspectos más relevantes del incumplimiento del Convenio 138 por parte del Gobierno de Guatemala.

2. ¿Cuáles son las NIT relacionadas con el trabajo infantil y adolescente en casa particular?

Las NIT que regulan el trabajo infantil y adolescente en casa particular se encuentran comprendidas en una serie de tratados, convenios, declaraciones y protocolos las cuales pueden ser agrupadas en dos categorías:

- NIT de carácter general:

    - Declaración Universal de Derechos Humanos
    - Declaración de los Derechos del Niño
    - Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
    - Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
    - Convención Americana sobre Derechos Humanos
    - Convenio 169 de la OIT
    - Convenio sobre la Discriminación Racial

- NIT de carácter específico.

    - Convenio 138 y Recomendación Nº 146/73.
    - Convenio 182 y Recomendación Nº 190/99
    - Convención sobre los Derechos del Niño.
    - Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.
    - Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Estas NIT de carácter específico servirán de base para el análisis relativo a la validez de éstas normas dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, debido a que son los instrumentos de aplicación particular para el problema del trabajo infantil y adolescente en casa particular; los otros instrumentos constituyen una referencia de carácter general.

3. La válidez de las NIT dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco

Cuando un Estado es parte de un tratado o convenio internacional se presume que se ha obligado con libertad de consentimiento y buena fe, procurando por todos los medios a su alcance el cumplimiento de sus compromisos.

Como se indicó en la introducción de esta sección, Guatemala, tiene graves problemas con respecto al cumplimiento de sus compromisos internacionales que derivan de los instrumentos normativos que ha ratificado.

Esta situación se debe a diferentes aspectos de orden jurídico, político y cultural, y existen diferentes argumentación que tratan de justificar la falta de cumplimiento de las NIT, especialmente las relativas a trabajo infantil.

A continuación se detallan algunos aspectos de carácter técnico-jurídico que pueden orientar la definición de las causas que inciden en el incumplimiento.

3.1 La legitimación de las NIT frente al Estado de Guatemala

En diferentes sectores de la sociedad guatemalteca existen diferentes prejuicios de carácter político y cultural con los cuales se pretenden justificar la falta de legitimación de las NIT y por lo tanto de su validez dentro del ordenamiento jurídico interno.

Uno de estos prejuicios es el que considera que la adopción de tratados y convenios internacionales por parte del Estado de Guatemala son producto de una condescendencia del gobierno frente a las organizaciones internacionales, con el propósito de obtener el beneplácito de estos. Con este argumento se pretende restar legitimidad al compromiso jurídico y político del Estado dentro del contexto de la comunidad internacional.

Esta afirmación se ha realizado con base a un conocimiento desajustado del contexto político internacional y de las condicionantes estructurales de orden nacional que determina la participación del Estado de Guatemala en la adopción de tratados y convenios internacionales.

¿Por qué razón tiene que participar Guatemala en la suscripción de estos instrumentos normativos de carácter internacional?

Para tener un conocimiento ajustado a la realidad en cuanto a la necesidad del Estado de Guatemala, de participar en adopción de las convenciones y convenios internacionales relativos al trabajo infantil y adolescente en casa particular es preciso aclarar la naturaleza jurídica de estos instrumentos.

Las normas internacionales de trabajo (NIT) que provienen de convenciones o convenios tienen la naturaleza jurídica de tratados. [44] Consisten en acuerdos de voluntades entre Estados soberanos con el objeto de regular jurídicamente aspectos de interés común; estos acuerdos pueden ser celebrados entre Estados o adoptarse en la asamblea o conferencia de organismos internacionales, dándole la categoría de acuerdos supranacionales. [45]

44 Von Potobsky, Geraldo Los Convenios De La Oit:¿Una Nueva Dimension En El Orden Jurídico Interno?, Revista Interncional de Trabajo, 1998. Página 1.
45 Montoya M., Alfredo Ob. Cit. Página 195.

A partir de la terminación de la segunda guerra mundial, Guatemala no puede quedar al margen de la expansión de la concepción del respeto universal de los Derechos Humanos. Por un lado Guatemala enfrenta la necesidad de orientar su desarrollo en armonía y relación con los pueblos de las Naciones Unidas y al ser parte de este organismo, el Estado de Guatemala, se compromete a respetar la dignidad de las personas con el objetivo de superar las injusticias sociales que constituyen una amenaza de la paz y de la armonía universal entre las naciones.

De esta cuenta es que Guatemala ratifica convenciones internacionales, como la que protege los derechos de la niñez y la que protege a la mujer contra todas las formas de discriminación.

Por otro lado, Guatemala es miembro de la OIT y según el artículo 1 de la Constitución de esta organización todo miembro se ha obligado a cumplir las obligaciones que emanan de la Constitución de la OIT. De ahí que el Estado de Guatemala como miembro de la OIT debe cumplir con todas estas obligaciones, entre estas la de ratificar los convenios que la conferencia internacional haya adoptado, inclusive, dicha obligación se encuentra condicionada a ser cumplida en un plazo perentorio. [46]

Además los convenios 138 y 182 de la OIT forman parte del conjunto de convenios que conforman los compromisos de la Declaración de la OIT, sobre principios y derechos fundamentales en el trabajo (adoptada en 1998) y constituyen la base jurídica universal para la erradicación efectiva del trabajo infantil.

Todos los miembros de la OIT tienen la obligación de dar seguimiento a los compromisos que se establecen en dicha declaración, empezando por ratificar los convenios fundamentales.

46 Artículo 19.5 de la Constitución de la OIT.

En todo caso el Estado de Guatemala puede ser objeto de denuncia ante el Consejo de Administración de la OIT en caso de no ratificar los convenios adoptados por la Conferencia Internacional, tal y como lo establece el artículo 30 de la Constitución de la OIT.

Por lo tanto, la ratificación de los convenios y tratados internacionales por parte del Estado de Guatemala constituye el cumplimiento mínimo frente a una serie de obligaciones de carácter internacional.

Otro prejuicio con relación a la legitimación de las NIT con respecto al Trabajo Infantil y que ha ganado mucho terreno en las discusiones que al respecto se sostiene con los diferentes sectores de la sociedad, es el que afirma que la adopción de los convenios de la OIT relativos a la erradicación del Trabajo Infantil responde a políticas de gobierno impulsadas por funcionarios que carecen de legitimación.

Esta afirmación pasa por alto el hecho de que una de las principales características de las NIT adoptadas por la OIT, es que las mismas son creadas y administradas en forma tripartita.

Cada Estado miembro de la OIT participa en las Conferencias Internacionales en donde se adoptan los convenios y resoluciones a través de una delegación que se compone según el artículo 3.1 de la Constitución de la OIT por: "de cuatro representantes de cada uno de los Miembros, dos de los cuales serán delegados del gobierno y los otros dos representarán, respectivamente, a los empleadores y a los trabajadores de cada uno de los Miembros".

Estos delegados tienen "plenos poderes" [47] y los mismos son calificados por la Conferencia General de la

47 Según el artículo 2 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados se reconocen " Plenos poderes. 1. Para la adopción la autenticación del texto de un tratado, para manifestar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado, se considerará que una persona representa a un Estado: .....c) los representantes acreditados por los Estados ante una conferencia internacional o ante una organización internacional o uno de sus órganos, para la adopción del texto de un tratado en tal conferencia. Organización u órgano.

OIT, artículo 3.9 de la Constitución de la OIT, esto quiere decir que al momento en que el Estado de Guatemala acredita a los delegados para que participen en la Conferencia Internacional de la OIT les está legitimando para que tomen la decisión que consideren pertinente según el sector que representan.

En consecuencia, los convenios y recomendaciones de la OIT tiene la particular características que en su adopción participan los representantes de los empleadores y de los trabajadores de Guatemala, quienes a pesar de tener la libertad de votar individualmente a favor o en contra de la adopción de un convenio, legitiman con su participación [48] la aceptación del compromiso si es que la Conferencia Internacional finalmente adopta el instrumento.

En ocasiones se ha planteado la afirmación extrema de descalificar la legitimidad del representante no gubernamental que participa en la Conferencia Internacional, sin embargo esto es relativo en vista de que los puntos de la agenda de cada conferencia es conocida por los delgados en forma anticipada, lo cual le permite plantear alguna oposición con respecto a algún tema en particular. Artículo 16 de la Constitución de la OIT:

> "Cada uno de los gobiernos de los Miembros tendrá derecho a oponerse a la inscripción de una o varias cuestiones propuestas en el orden del día de la reunión. Los motivos que justifiquen dicha oposición deberán ser expuestos en una nota dirigida al Director General, quien deberá comunicarla a los Miembros de la Organización."

48 Un aspecto de relevancia es que si uno de los delegados no gubernamentales (trabajadores o empleadores) no asiste a la conferencia, el otro puede participar en la misma pero no puede votar. Artículo 4.2 de la Constitución de la OIT.

En consecuencia la adopción de un convenio o de una recomendación de la OIT, en este caso concreto, relativa a la erradicación efectiva del trabajo infantil tiene total legitimidad frente al Estado de Guatemala, ya que el procedimiento tripartito de su adopción y la integración de las delegaciones de cada Estado miembro le proporcionan dicha validez.

Sin embargo para que el convenio sea válido desde el punto de vista jurídico deberá ser ratificado por el Estado de Guatemala, ya que la propia Constitución de la OIT así lo exige según el artículo 19.5. [49]

Finalmente otro prejuicio que trata de restar legitimidad a los convenios fundamentales relacionados con la erradicación del trabajo infantil, es aquel que afirma que el contenido de dichos convenios no se ajusta al contexto socioeconómico, político y cultural de Guatemala.

Con este argumento se pretende justificar el mantenimiento de una estructura jurídica e institucional que privilegie al sector empleador la incorporación de niños a las actividades laborales. Esta afirmación deja de un lado el hecho de que los convenios de OIT relativos a trabajo infantil, como todos los demás convenios, son adoptados considerando las particularidades de cada país que es miembro de la organización.

Según el artículo 19.2 de la Constitución de la OIT los convenios no son adoptados arbitrariamente hay una adecuación local, esto nos sirve para el argumento de que no son aplicables por razón a que están descontextualizados. Esta disposición regula que:

49 Esto tiene relación con la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados la cual establece en el artículo 14. Consentimiento en obligarse por un tratado manifestado mediante la ratificación, la aceptación o la aprobación. I. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestara mediante la ratificación: a) cuando el tratado disponga que tal consentimiento debe manifestarse mediante la ratificación;

> "Al elaborar cualquier convenio o recomendación de aplicación general, la Conferencia deberá tener en cuenta aquellos países donde el clima, el desarrollo incompleto de la organización industrial u otras circunstancias particulares hagan esencialmente diferentes las condiciones de trabajo, y deberá proponer las modificaciones que considere necesarias de acuerdo con las condiciones peculiares de dichos países."

3.2 La incorporación de las NIT sobre trabajo infantil y adolescente dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco

Se ha discutido con mucha pasión cual es la eficacia de las NIT dentro del ordenamiento jurídico de Guatemala. Obviamente la discusión se matiza en forma sobresaliente por las personas que afirman que dichas normas no pueden ser aplicadas directamente en el medio guatemalteco. Esta posición se opone al reconocimiento de la tendencia generalizada desde mediados del siglo XX de reconocer la primacía del derecho internacional sobre el ordenamiento jurídico nacional, principalmente con relación a la preeminencia de las disposiciones relativas a Derechos Humanos.

Para aclarar esta discusión es preciso tomar en cuenta lo siguiente:

1. Las NIT tienen naturaleza de convenios o tratados de Derechos Humanos ya que se refieren a derechos fundamentales de naturaleza económica y social.

La adquisición de un compromiso internacional a través de la ratificación de un convenio genera obligaciones y derechos a lo interno del país. La aplicación efectiva del contenido de las NIT constituye un compromiso del Estado de Guatemala desde el momento en que es parte de un convenio o tratado internacional.

La adquisición de un compromiso internacional a través de la ratificación de un convenio genera obligaciones y derechos a lo interno del país, su incumplimiento acarrea una significativa responsabilidad por parte del Estado de Guatemala. [50]

Es así como la proyección del contenido de las NIT relativas a trabajo infantil y adolescente en casa particular al ordenamiento interno es consecuencia de una relación dinámica con el derecho internacional público de trabajo.

3.3 ¿Cómo ingresan las NIT al ordenamiento guatemalteco?

La incorporación o recepción de estas NIT en el ordenamiento jurídico guatemalteco se explica a través del tradicional planteamiento de la teoría monista y la dualista.

Según el primer planteamiento no existe diferencia entre el orden jurídico internacional y el interno, por lo tanto, "una vez se ratifica un instrumento internacional, su contenido pasa a ser parte del ordenamiento interno en forma automática", [51] sin necesidad de que se emita una ley especial para su aplicación.

Según la teoría dualista existe una separación entre el orden jurídico internacional y el interno, por lo tanto no basta con la ratificación del instrumento normativo internacional ya que es preciso realizar un "acto formal de incorporación"[52] con el cual se crea una

50 En cuanto a esta responsabilidad es importante precisar que según el artículo 26 de la Convención de Viena sobre Derecho los Tratados, "todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe" y cada Estado parte de estos tiene la obligación de no frustrar el objeto y el fin de los instrumentos internacionales, según el artículo 18 de la misma Convención.

En el caso particular de los convenios de OIT el Estado de Guatemala tiene la obligación de cumplir con las disposiciones de las NIT contenidas en los convenios adoptados por la organización en cuanto que su calidad de miembro le obliga a dicho cumplimiento, además existe la posibilidad que otros Estados miembros o cualquier organización profesional de empleadores o trabajadores reclame ante el Consejo de Administración la actitud omisiva de algún Estado que no adopte medidas para el cumplimiento satisfactorio, dentro de su jurisdicción. Artículo 24 de la Constitución de la OIT.
51 Von Potobsky, Geraldo Ob. Cit. Página 5.
52 Idem. Ant. Página 5

estructura normativa que haga compatible el cumplimiento del convenio o tratado.

Esta discusión es muy importante ya que su solución justifica la posición de diferentes operadores de justicia (judiciales y administrativos –Inspección de Trabajo-), en vista de que en sus resoluciones y actuaciones omiten utilizar las NIT que protegen a la adolescencia trabajadora o que prohíben el trabajo de niños, argumentando de que a pesar que un convenio o tratado se encuentra ratificado, al no existir una ley que lo desarrolle no se puede aplicar directamente.

El planteamiento de algunos de los operadores de justicia laboral, descrito anteriormente constituye un artificio para evitar la aplicación del contenido de los instrumentos internacionales, ya que en Guatemala se reconoce la teoría monista, por lo tanto, el acto de ratificación de un convenio de tratado obliga a su aplicación automática.

Normalmente se ha acostumbrado explicar el ingreso o adopción de las NIT a través del artículo 46 de la Constitución Política de la República, lo cual ha generado la polémica si pueden prevalecer los convenios y tratados internacionales sobre la propia Constitución Política de la República. [53]

Sin embargo esta disyuntiva no es aplicable en materia de NIT, en vista de que la propia Constitución Política de la República regula su adopción y su incorporación al derecho interno en forma automática.

El artículo 102. de la Constitución Política de la República establece como acto de introducción el hecho

53 A este respecto María Castells en Algunas Fuentes del Derecho Colectivo del Trabajo en Guatemala, compilación del Seminario de Actualización, Derecho Colectivo del Trabajo. Minugua. Guatemala, 2000, Página 53, establece que esta polémica se encuentra muy difundida en Guatemala, en donde se trata de restar eficacia a los instrumentos normativos internacionales en materia de Derechos Humanos con respecto la supremacía de la Constitución Política de la República prevalece sobre cualquier otra norma, por lo cual es preciso que en caso de duda respecto a la constitucionalidad de un tratado o convenio debería consultarse a la Corte de Constitucionalidad para que se pronuncie al respecto.

de la ratificación del instrumentos y condiciona su aplicación automática al simple hecho de que le contenido del instrumento internacional otorgue mejores condiciones a los trabajadores del país.

De cumplirse con estas dos condiciones, la ratificación y el establecimiento de mejores condiciones de trabajo, automáticamente el contenido del tratado o convenio pasa a ser el nuevo derecho social mínimo.

Esta incorporación automática de las NIT responde al reconocimiento del principio de la norma más favorable contenido en el artículo 106 de la Constitución Política de la República, en cuanto que una vez ha sido ratificado el instrumento internacional entonces, sí su contenido es más favorable que el de las disposiciones internas vigentes, entonces procede su aplicación inmediata.

Por esta razón es que no se puede alegar el origen internacional de estas normas como un obstáculo para su aplicación. Tampoco se puede argumentar que no es posible la aplicación de estos instrumentos internacionales en vista de que la legislación interna establece disposiciones contrarias a su contenido, en vista de que si son contradictorias debería prevalecer la más favorable para los trabajadores y trabajadoras. [54]

Este puede ser el caso del tema de la edad mínima para la admisión al empleo, ya que el artículo 150 del Código de Trabajo permite la contratación de personas menores a 14 años a través de un sistema que no reúne las condiciones previstas por el convenio 138 de OIT, para permitir la admisión del empleo de personas menores de 14 años, por lo tanto deberían prevalecer las disposición del convenio sobre las del Código de Trabajo, en vista de que aquellas contienen una mejor protección del niño lo cual constituye una mejor condición de trabajo.

54 Especialmente por que la propia Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados en el artículo 42 establece que "La validez de un tratado o del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado no podrá ser impugnada sino mediante la aplicación de la presente Convención".

Los operadores de justicia laboral al oponerse a la aplicación de las NIT ratificadas por el Estado de Guatemala y que contienen mejores condiciones de trabajo, bajo el argumento de que contradicen el ordenamiento interno, están tergiversando el reconocimiento monista que realiza la Constitución Política de la República y adoptan en forma arbitraria una posición dualista, que puede llegar a constituir una omisión del Estado de Guatemala con respecto a la obligación de garantizar la eficacia de los compromisos internacionales adoptados en los tratados y convenios.

Para aclarar un poco más la incorporación de las normas internacionales vale la pena analizar brevemente la adopción de las mismas, su ratificación y su aplicación.

a. La adopción de un Convenio de la OIT

La legitimación del Estado de Guatemala para participar en la adopción de convenios y tratados internacionales o regionales relativos a trabajo se encuentra condicionada a que dichos instrumentos deben otorgar mejores protecciones o condiciones a los trabajadores y trabajadoras en Guatemala, según lo establece el primer párrafo del artículo 102.t de la Constitución Política de la República. De esta manera se presupone que al momento de adoptar un compromiso internacional se realiza con la intención de mejorar la situación laboral de los trabajadores.

La participación del Estado de Guatemala en la adopción de estos instrumentos internacionales puede realizarse entre Estados o ante "organismo internacionales" [55] de carácter supranacional como es el caso de la OIT.

La adopción de un convenio de la OIT se realiza a través de la aprobación del mismo por parte, de por lo menos las dos terceras partes de los delegados que asistan a la Conferencia Internacional. La aprobación del instrumento se realiza según el orden que le corresponda

55 Se entiende por "organización internacional" una organización intergubernamental, artículo 2.i de la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados.

en la agenda que previamente ha establecido el Consejo de Administración de la organización y que es puesta en conocimiento de las delegaciones con la debida anticipación.

Cada Estado participará con los respectivos delegados gubernamentales y no gubernamentales, los cuales tienen libertad de voto. Estos delegados al ser designados por el gobierno de Guatemala adquieren "plenos poderes" [56] para votar a favor o en contra de la adopción del convenio propuesto en la Conferencia Internacional.

Una vez que ha sido adoptado el convenio, el Estado de Guatemala adquiere la obligación de ratificar el convenio para introducirlo en el ordenamiento jurídico interno, independientemente si, en la Conferencia Internacional, sus delegados votaron a favor o en contra de la adopción del convenio, inclusive si el Estado de Guatemala no participó en la conferencia o si alguno de los delegados no gubernamentales no asistió, de todas formas subsiste la obligación de ratificar el convenio en el plazo establecido en el artículo 19.5 de la Constitución de la OIT.

Sin embargo el hecho de que la Conferencia Internacional de la OIT haya adoptado un convenio no significa que éste ingrese automáticamente al ordenamiento interno guatemalteco, para que esto ocurra es preciso que el Estado de Guatemala ratifique el convenio adoptado por la organización.

Por esta razón es que el acto de ratificación determina la incorporación del convenio al ordenamiento interno [57] y éste debe realizarse según el procedimiento que establece la Constitución Política de la República.

56 El alcance de la categoría "Plenos Poderes" se delimita según el artículo 2.c de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados que establece: "se entiende por "plenos poderes" un documento que emana de la autoridad competente de un Estado y por el que se designa a una o varias personas para representar al Estado en la negociación, la adopción o la autenticación del texto de un tratado, para expresar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado, o para ejecutar cualquier otro acto con respecto a un tratado".
El procedimiento de calificación de estos "plenos poderes" se realiza según el artículo 3.8 de la Constitución de la OIT.
57 Von Potobsky, Geraldo Ob. Cit. Página 25.

b. La ratificación de un Convenio de OIT

Al igual que cualquier otra convención o tratado internacional los convenios de la OIT requieren, para su incorporación al derecho interno, que sean introducidos a través del acto de ratificación.

En Guatemala la facultad de ratificar un instrumento internacional le corresponde al Presidente de la República según lo establece el artículo 183.k de la Constitución Política de la República.

Sin embargo previo a realizar el acto de ratificación el Presidente de la República tiene la obligación de someter el instrumento internacional a la aprobación del Congreso de la República. Esta obligación se justifica por el hecho de que Guatemala esta constituida como República, por lo tanto los compromisos internacionales que acepta el Presidente deben ser controlados por el Poder Legislativo a efecto de darle legitimidad soberana a dicho compromiso, la aprobación por parte del Congreso de la República constituye un mecanismo de control.

Los instrumentos jurídicos internacionales que regulan el trabajo adolescente en casa particular se encuentran formalmente ratificados por el Estado de Guatemala, por lo tanto todas las normas contenidas en éstos y que superen los derechos de los trabajadores pasan a ser, automáticamente, el nuevo derecho social mínimo que regula dicha actividad, y pueden ser aplicados directamente en los actos y resoluciones de las autoridades administrativas y judiciales de trabajo y previsión social.

4. La aplicación de las NIT en el ordenamiento jurídico guatemalteco

Luego de haber establecido los elementos técnicos que determinan la validez jurídica de las NIT dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, es preciso concluir analizando, siempre desde el punto de vista técnico,

cuales son los aspectos que determinan la aplicación del contenido de las NIT en casos particulares en donde se ponga en riesgo la integridad física o moral de los niños (as) trabajadores (as), o en donde se vulneren derechos de adolescentes trabajadores.

Para delimitar el análisis es conveniente concretar algunos aspectos que orientan el punto de partida:

Guatemala ha adoptado la teoría monista con relación al Derecho Internacional. A través de este planteamiento se define que "no existe una separación entre el orden jurídico internacional y el interno, por lo tanto una vez ratificados los convenios se incorporan automáticamente" [58]

- La Constitución Política de la República establece en el artículo 102.t que siempre que un tratado o convenio en materia de trabajo se encuentre validamente ratificado y establezca mejores condiciones para los trabajadores, se tendrá al contenido del mismo como el nuevo derecho social mínimo.

- De esta forma se puede concluir que el ordenamiento constitucional guatemalteco acepta la doctrina de "self-executing" a través de la cual se ha establecido que las NIT pueden operar como "un acto legislativo interno siempre que puedan ser aplicadas sin la ayuda de una disposición legislativa" [59]

Estos aspectos pueden orientar en cuanto la distinción entre NIT de aplicación u operación directa y NIT de carácter programático. En el caso de las primeras los funcionarios judiciales y los inspectores de trabajo deben aplicar las NIT en forma directa, para la resolución de casos concretos.

58 Von Potobsky, Geraldo Ob. Cit. Página 5.
59 Idem. Ant. Página 6.

Las NIT de carácter programático, su contenido se dirige a las instancias de carácter político con el objeto de que las autoridades con potestad legislativa desarrollen los instrumentos que le darán operatividad al contenido del instrumento internacional.

Guatemala, como se indicó anteriormente, ha ratificado una serie de instrumentos internacionales que protegen el interés superior del niño.

Sin embargo la operatividad de estos instrumentos no ha sido efectiva. Se han producido diferentes situaciones que conducen a la ineficacia, casi absoluta, del contenido de las NIT. Al respecto los funcionarios judiciales y administrativos han argumentado que no es posible la aplicación directa de las NIT o que hace falta el acto legislativo que las desarrolle.

Las implicaciones negativas de esta situación con relación a la Protección Integral de la niñez, en este caso, para la niñez que labora en lo que se denomina "trabajo doméstico" se pueden concebir en forma general analizando la eventual aplicación de NIT en forma correcta. Para el efecto se presentan dos ejemplos:

- La edad mínima para la admisión al empleo: El artículo 102.l de la CPR prohibe la contratación de personas menores de 14 años, en el mismo sentido lo hace el artículo 148 del Código de Trabajo.

  Sin embargo la propia norma constitucional establece la posibilidad de que la ley ordinaria establezca excepciones a la edad mínima establecida en 14 años, las cuales se regulan en el artículo 150 del Código de Trabajo, con la particularidad de que dicha norma no establece hasta que límite se puede contratar a una persona menor a 14 años.

De ahí que se ha justificado y permitido la contratación de personas menores de 12 años. [60] Supongamos que se implemente una política de inspección a través de la cual se sancione a todo empleador que contrate a una persona menor de 12 años, el fundamento para resolver esta situación puede ser el artículo 7.4 del Convenio 138 de la OIT. Esta es una norma de aplicación directa no necesita ninguna otra disposición legislativa para ser aplicada.[61]

- Otro ejemplo de aplicación de NIT es la obligación del Estado de Guatemala de definir las categorías de trabajos que por su naturaleza o condiciones en que se realiza, pueda causar daño a la salud, la seguridad o moralidad de los niños (as), en esta categoría debería considerarse al trabajo en casa particular realizado por niños (as).

  Esta norma podría ser considerada como programática, ya que el sujeto obligado es el Estado de Guatemala, en la medida en que las autoridades competentes omitan convocar a las organizaciones de empleadores y trabajadores para realizar esta definición, se está incurriendo en una seria responsabilidad civil frente a las personas que resulten afectadas.

  Un moderno planteamiento sobre la aplicación de NIT establece que este tipo de normas, de carácter programático, pueden ser aplicadas directamente a través de una resolución judicial cuando los sujetos agraviados por el incumplimiento del Estado reclamen la respectiva indemnización de daños y perjuicios, en este caso el efecto de la aplicación de la norma es considerado como vertical, esto quiere decir que solo se puede exigir frente al Estado, al contrario del caso anterior en donde el efecto es horizontal

60 Según las propias estadísticas nacionales se tiene evidencia de que existen niños y niñas incorporadas a la actividad laboral desde los 5 años. Además los registros existentes en el Ministerio de Trabajo y Previsión Social indican contrataciones de personas de hasta 11 años.

61 De esta manera se establece que sí existe fundamento legal para determinar que la contratación de personas menores de 14 años puede realizarse, siempre que se respeten las dos condiciones establecidas por el C138 de OIT, hasta los 12 años.

ya que el derecho contenido en la NIT puede ser exigido por un particular frente a otro particular.[62]

En definitiva estos ejemplos tratan de evidenciar que la Protección Integral de la Niñez es una posibilidad dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, a pesar de carecer de un sistema normativo que desarrolle la estructura jurídica adecuada para lograr dicha protección integral.

Mejorar el nivel de protección de la niñez que labora se encuentra determinado por dos factores:

- Que exista voluntad política para aplicar en forma auto ejecutiva las NIT.
- Que exista un adecuado nivel técnico para que los operadores de justicia apliquen correctamente las NIT.

Los reiterados criterios que han sido sostenidos por la CEACR de que para evitar incertidumbre sobre la situación legal de las NIT se recomienda a los Estados miembros que elaboren leyes que permitan desarrollar el contenido de los convenios internacionales.

Si bien esta postura es jurídicamente "sana", también es cierto que la indiferencia y la falta de voluntad política de las autoridades competentes ha determinado que no se elaboren las disposiciones legales que desarrollen las NIT o las pocas que se han emitido son generales y carecen de una adecuada adaptación al contexto nacional.

Por esta razón es oportuno insistir en la promoción de la aplicación directa de las NIT que protegen a la niñez, particularmente la que labora dentro del denominado "trabajo doméstico", con el propósito de que su aplicación produzca los efectos que su contenido tiene previsto.

62 Von Potobsky, Geraldo Ob. Cit. Página 7.

CAPÍTULO IV

Legislación nacional sobre trabajo infantil y adolescente en casa particular

1. La obligación del Estado de Guatemala de legislar para proteger a la niñez que labora en casa particular

El análisis de la legislación guatemalteca que regula del trabajo infantil y adolescente en casa particular, conocido como "trabajo doméstico" inicia con la definición de los aspectos políticos que determinan la obligación del Estado de llevar a cabo todas las medidas legislativas que sean necesarias para proteger a la niñez en forma integral y efectiva.

Esta obligación tiene como primera referencia el ámbito constitucional. La Constitución Política de la República establece la obligación del Estado de Guatemala de asegurar el desarrollo integral y la protección efectiva de la persona, garantizar la igualdad evitando las situaciones de discriminación, y en forma muy particular existe la obligación de proteger la salud física, mental y moral de las personas menores de edad (artículo 51 de la Constitución Política de la República).

El régimen constitucional también define la prohibición de ocupar personas menores de 14 años (artículo 102.l de la Constitución Política de la República) con el objeto de garantizar la educación de la niñez y lograr protegerla de situaciones de riesgo.

Es obligación del Estado implementar las medidas legislativas que configuren la estructura jurídica e institucional que permitan cumplir con las obligaciones descritas anteriormente. Sin embargo estas disposiciones constitucionales han sido poco desarrolladas en el marco legislativo y su efectiva aplicación depende, casi en forma absoluta, de la voluntad política de las autoridades que gobiernan los poderes del Estado de Guatemala.

En este contexto revisten de gran trascendencia los compromisos internacionales del Estado de Guatemala con relación a la necesidad de proteger en forma efectiva a la niñez. El marco de referencia lo constituyen los compromisos de implementar medidas legislativas y

administrativas que permitan hacer efectivos los derechos consignados en los diferentes instrumentos internacionales, los cuales se analizan en el siguiente apartado.

Finalmente, la obligación del Estado de Guatemala de legislar a favor de la protección de los niños y adolescentes que laboran en casa particular o como se le conoce actualmente en el "trabajo doméstico" fue reconocida dentro del contenido de los Acuerdos de Paz.

Efectivamente el acuerdo sobre aspectos socioeconómicos y situación agraria, establece que es necesario que el Gobierno de Guatemala realice las medidas legislativas que permitan:

> "la defensa de los derechos de la mujer trabajadora de casa particular, especialmente en relación con los salarios justos, horarios de trabajo, prestaciones sociales y respeto a su dignidad". [63]

Este reconocimiento deriva de la circunstancia de que es necesario superar la concepción generalizada de desvalorizar la participación de la mujer en las diferentes actividades económicas y sociales, constituyen la superación de la actual situación de discriminación en contra de la mujer, uno de los ejes estratégicos para lograr que el desarrollo económico y social de Guatemala se oriente a través de la búsqueda del bien común.

63 Acuerdo Sobre Aspectos Socioeconómicos y Situación Agraria, sección B. Participación de la mujer en el desarrollo económico y social punto 13.e.

2. Las NIT como parte de la legislación nacional

La teoría de la incorporación automática de las NIT dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, expuesta en el capítulo anterior, determina que todo convenio o tratado internacional en materia laboral, que se encuentre debidamente ratificado y que establezca mejores protecciones o condiciones de trabajo a los trabajadores que las contenidas en el derecho interno, será considerado como parte de los derechos sociales mínimos que gozan los trabajadores de la República de Guatemala. (Artículo 102.t de la Constitución Política de la República).

Por esta razón es que los NIT dejan de ser derecho internacional y se convierten en disposiciones legales internas que rigen como Derecho Vigente y que son de aplicación forzosa ya que revisten la categoría de orden público (artículo 14 del Código de Trabajo).

Con respecto al trabajo doméstico o en casa particular realizado por personas menores de edad, existe un conjunto de instrumentos internacionales que de alguna manera configuran la estructura básica de la protección integral de la niñez trabajadora.

Entre estos instrumentos internacionales destaca el contenido de los siguientes:

2.1 Convención sobre los derechos del niño.

Vigente en Guatemala a partir de febrero de 1991 y constituye el instrumento internacional que permite desarrollar las bases de la doctrina de Protección Integral de la Niñez a nivel nacional.

Esta Convención reconoce la necesidad de proteger en forma especial a la niñez a través del reconocimiento de que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales, con el objeto de garantizar el

efectivo respeto a la dignidad intrínseca y derechos iguales e inalienables a todos los miembros de la familia humana, como fundamento de la libertad, la justicia y la paz en el mundo.[64]

El contenido de esta convención genera una serie de obligaciones al Estado de Guatemala con respecto a la protección y desarrollo integral de la niñez. Este contenido gira alrededor de los siguientes aspectos generales:

- La obligación del Estado de Guatemala de respetar todos los derechos enunciados en la convención y la obligación de asegurar su efectiva aplicación, sin ningún tipo de distinción. Incluyendo la obligación de velar para que en todas las instituciones públicas relacionas con la niñez se cumpla en forma efectiva la legislación correspondiente a su competencia.
- El deber del Estado de Guatemala a que el interés superior del niño prevalezca en todo acto realizado por cualquier institución pública cuya competencia tenga relación con la niñez.
- La obligación a que el Estado de Guatemala realice las medidas legislativas y administrativas adecuadas para proteger y cuidar al niño en función de su bienestar, y también para garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por la Convención para la niñez.
- En forma específica la Convención reconoce el derecho del niño a estar protegido en contra de la explotación económica y en contra del desempeño de trabajos peligrosos. [65]

64 Preámbulo de la Convención sobre los derechos del niño de la Asamblea General de las Naciones Unidas.
65 Artículo 32.1 de la Convención sobre los derechos del niño.

- Finalmente se establece la obligación del Estado de Guatemala de tomar las medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales que sean necesarias para garantizar a la niñez la aplicación de los derechos relativos a la protección en contra de la explotación económica y el desempeño de trabajos peligrosos.[66]

2.2 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

La convención se encuentra vigente a partir de septiembre de 1982 y el protocolo de la misma entra vigente a partir de septiembre de 2002, al igual que la convención anterior, su objetivo es reconocer la igualdad de derechos entre la mujer y el hombre con el propósito de que la sociedad se organice de tal manera que se eliminen por completo los usos, costumbres, leyes, políticas públicas en donde se propicie la discriminación de la mujer, para lograr la plena realización de la dignidad y el valor de la persona humana y la igualdad entre hombre y mujer.[67]

Su contenido es casi por completo programático, implica la aplicación de una serie de normas de aplicación vertical en donde el Estado de Guatemala es directamente responsable, en términos muy generales, de:

- Erradicar usos y costumbres en donde se discrimine a la mujer.

- Asegura la igualdad de derechos entre la mujer y el hombre, en todos los ámbitos de la vida social: familiar, empleo, político, seguridad social, salud, el desarrollo económico y social, etc.

66 Idem. Ante. Artículo 32.2.
67 Considerando de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

- Modificar la estructura jurídica e institucional para garantizar la eficacia de los derechos reconocidos por la convención.

El contenido de esta convención reviste de importancia para orientar las políticas públicas que tengan por objeto superar la discriminación que producen los paradigmas culturales que determinan que en Guatemala se defina que el "trabajo doméstico" como se le llama al trabajo prestado en "casa particular" sea ejecutado principalmente por mujeres.

2.3 Convenio 138 de la OIT sobre la edad mínima para la admisión al empleo

Vigente en Guatemala a partir de enero de 1991. Muchas personas han considerado que este convenio establece únicamente la edad mínima de admisión al empleo, la cual ha sido fijada para la república de Guatemala en 14 años.

Sin embargo es preciso establecer que el contenido de este instrumento establece una protección integral a la persona menor de edad, por lo que rige con fuerza de ley los siguientes compromisos:

1. Establece la obligación del Estado de Guatemala para seguir una política nacional que asegure la abolición efectiva del trabajo de niños (refiriéndose a las personas menores de 14 años de edad) y la elevación progresiva de la edad mínima de admisión al empleo. El criterio que prevalece en el establecimiento de esta obligación es la protección del más completo desarrollo físico y mental de los menores. (artículo 1 del Convenio 138 de OIT)

2. También establece la obligación del Estado de Guatemala de prohibir cualquier contratación por debajo de la edad mínima establecida en los términos previstos en el convenio.

3. Regula que la posibilidad de establecer una edad mínima de 14 años se encuentra condicionada a que el Estado de Guatemala debe informar, en las memorias correspondientes, si persisten las razones que determinaron la adopción de la edad de 14 años o la fecha perentoria en que ésta será elevada.

4. También regula las condiciones para la admisión de un menor a aquellos empleos que puedan resultar peligrosos para la salud, la moralidad o la seguridad de estas personas al empleo.

5. Regula las condiciones que deben ser tomadas en cuenta por las autoridades competentes para determinar la edad mínima para trabajar como aprendiz en una empresa privada o laborar dentro del programa de un centro educativo.

6. Este instrumento permite que la legislación nacional establezca excepciones a la edad mínima fijada por el Estado de Guatemala y que permita que se pueda contratar a una persona de hasta 12 años de edad, siempre que se determine en que actividades es permisible y bajo que condiciones, sobre todo de jornada de trabajo, y toda vez que se cumpla con el requisito de que dichas labores no sean susceptibles de perjudicial la salud o desarrollo del niño o niña y que en ningún caso perjudique la asistencia a la escuela.

7. También establece la excepción a la edad mínima cuando se trata de trabajo que tiene como finalidad participar en una representación artística.

8. El instrumento regula la obligación de las autoridades competentes para legislar de modo que se establezca en forma efectiva un sistema de sanciones en contra del incumplimiento de las disposiciones relativas al contenido del convenio. También regula que debe legislarse para

determinar las personas que resulten responsables del incumplimiento de estas disposiciones y legislar para determinar las obligaciones de sistemas de registro que deben llevar los empleadores.

2.4 Convenio 182 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil

Vigente en Guatemala a partir de octubre de 2002 goza de una mayor popularidad que su predecesor el convenio 138, posiblemente por su reciente incorporación al sistema normativo guatemalteco.

Este instrumento internacional está compuesto por normas que en su mayoría son de aplicación vertical, las que contienen compromisos concretos del Estado de Guatemala, que podrían dar lugar a una serie de acciones por su generalizado incumplimiento.

Los compromisos son en general los siguientes:

- Establecer medidas inmediatas y eficaces para eliminar y prohibir las peores formas de trabajo infantil, tomando en cuenta que para este tipo de actividades se considera como niño a toda persona menor de 18 años, por tal motivo, no hay excepciones por razón de la edad.

- La obligación de definir, a través de un proceso de consulta tripartita, las actividades, que dentro del contexto guatemalteco, se puedan considerar dañinas a la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.

- Determina con mucha claridad la obligación de revisar periódicamente en consulta tripartita la lista de los trabajos indicada en el párrafo anterior.

- Define que el Estado de Guatemala deberá establecer mecanismos para vigilar la aplicación de este convenio, para poner en práctica programas de acción que eliminen estos tipos de trabajo peligroso, para establecer sanciones que garanticen la aplicación del convenio y, finalmente, para establecer políticas educativas que permitan en forma efectiva y perentoria la eliminación de estas peores formas de trabajo infantil así como la atención a los niños y, principalmente, a las niñas afectadas.

3. El Concepto de protección integral en la legislación guatemalteca

El planteamiento de la protección integral de la niñez presupone la integración y coordinación de todas las instituciones del Estado con el fin de garantizar el respeto de los derechos humanos y el desarrollo integral y sostenible de la niñez y adolescencia guatemalteca.

Para el efecto existe una serie de instrumentos jurídicos que protegen la implementación de dicha concepción a través de la creación de mecanismos institucionales de carácter específico que regulan obligaciones y derechos particulares con la protección a la niñez.

El esquema básico que permite caracterizar la estructura jurídica que ha adoptado la nueva concepción de la Protección Integral de la Niñez es el siguiente:[68]

a. Define a la niñez como sujeto de derechos exigibles.

b. Concibe a la niñez como personas que se encuentran en una condición peculiar de desarrollo que justifica su protección

68 Rabanales García, Marvin Objeto o Sujetos, El nuevo Derecho de la Niñez CIPRODENI, Página 13.

integral. La peculiaridad de su condición consiste en que normalmente, la niñez se ubica en una situación de vulnerabilidad en la cual le es difícil ejercer sus propios derechos y satisfacer sus necesidades básicas.

Prevalece en todo su contenido la protección jurídica preferente al interés superior del niño (a).

c. El alance del sistema normativo que protege en forma integral a la niñez abarca a toda la población infanto-adolescente,

d. Se estructura a través de la identificación de la universalidad de los Derechos Humanos, eso significa que atiende tanto a los derechos individuales como a los sociales, económicos y culturales.

La ley de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia contenida en el decreto 27-2003 del Congreso de la República, responde a la estructura descrita anteriormente y goza de una significativa relevancia principalmente por:

- Constituye un avance significativo del Estado de Guatemala en el cumplimiento de los compromisos que derivan de la Convención sobre los Derechos del Niño.

- Es el eje de la estructura jurídica que permite la protección integral de la niñez en Guatemala.

Este cuerpo normativo empieza delimitando el concepto de niñez y adolescencia de la siguiente manera:

ARTÍCULO 2. Definición de niñez y adolescencia. Para los efectos de esta Ley se considera niño o niña a toda persona

> desde su concepción hasta que cumple trece años de edad, y adolescente a toda aquella desde los trece hasta que cumple dieciocho años de edad. [69]

Luego establece con claridad los deberes del Estado con relación a la niñez y la adolescencia:

> ARTÍCULO 4. Deberes del Estado. Es deber del Estado promover y adoptar las medidas necesarias para proteger a la familia, jurídica y socialmente, así como garantizarle a los padres y tutores, el cumplimiento de sus obligaciones en lo relativo a la vida, libertad, seguridad, paz, integridad personal, salud, alimentación, educación, cultura, deporte, recreación y convivencia familiar y comunitaria de todos los niños ,niñas y adolescentes.
>
> Asimismo, es deber del Estado que la aplicación de esta Ley esté a cargo de órganos especializados, cuyo personal deberá tener la formación profesional y moral que exige el desarrollo integral de la niñez y adolescencia, según la función que desempeñe y conforme a las disposiciones generales de esta Ley.

Es relevante en esta definición que la responsabilidad del Estado de Guatemala es definida con el reconocimiento de la importancia de garantizar a los adultos las condiciones que les permitan atender en forma efectiva a la niñez, teniendo como eje articulador a la familia. Esta concepción responde a la doctrina que la Convención sobre los Derechos del Niño define en su preámbulo.

69 Esta definición podría causar una aparente contradicción con la definición de niñez que regula el artículo 1 de la Convención sobre Derechos del Niño y el artículo 2 del Convenio 182 de OIT sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil.

Esta definición permite exigir el cumplimiento de la efectiva inspección de trabajo sobre las condiciones en las que laboran los adultos, con el objetivo de reducir el nivel de impunidad laboral y en consecuencia garantizar el verdadero trabajo decentes de los adultos, se pueden reducir los niveles de pobreza que de manera directa condicionan la decisión parental de permitir que las niñas o adolescentes se contraten como "trabajadoras domésticas" o de "casa particular".

Esta hipótesis se aplica particularmente a la inspección de trabajo en el interior de la república de Guatemala, sobre todo en la región sur occidental la cual constituye la principal zona de expulsión de niños (as) y adolescentes que migran a la ciudad capital a trabajar.

En cuanto a la definición del concepto de protección integral esta nueva legislación regula:

> ARTÍCULO 80. Protección integral. La protección integral de los niños y adolescentes deberá realizarse a nivel social, económico y jurídico. Las acciones administrativas que desarrolla el presente libro, con el fin de propiciar la vigencia efectiva de los derechos de la niñez y la adolescencia, se realizarán mediante la formulación, ejecución y control de las políticas públicas desarrolladas por el Estado con participación de la sociedad.

De esta manera queda claro que la responsabilidad de impulsar las políticas que permitan la protección integral de la niñez le corresponde al Estado de Guatemala, el cual deberá definirlas y aplicarlas dándole participación a la sociedad civil.

Este reconocimiento permite a que las instituciones privadas que atienden a la niñez se apropien de un significativo espacio de incidencia que puede dar como resultado la definición de políticas más objetivas, adecuadas a la realidad y sobre todo legitimas.

4. El interés superior del niño

La Ley de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia desarrolla su estructura a través del reconocimiento del interés superior del niño para lo cual define lo siguiente:

> ARTÍCULO 5. Interés de la niñez y la familia. El interés superior del niño, es una garantía que se aplicará en toda decisión que se adopte con relación a la niñez y la adolescencia, que deberá asegurar el ejercicio y disfrute de sus derechos, respetando sus vínculos familiares, origen étnico, religioso, cultural y lingüístico, teniendo siempre en cuenta su opinión en función de su edad y madurez. En ningún caso su aplicación podrá disminuir, tergiversar o restringir los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Política de la República, tratados y convenios en materia de derechos humanos aceptados y ratificados por Guatemala y en esta Ley.

Se entiende por interés de la familia, a todas aquellas acciones encaminadas a favorecer la unidad e integridad de la misma y el respeto de las relaciones entre padres e hijos, cumplidos dentro del ordenamiento legal.

El Estado deberá promover y adoptar las medidas necesarias para el cumplimiento efectivo del interés de los niños y adolescentes y de la familia.

Este reconocimiento se fortalece a través de la regulación (artículo 6 de Ley de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia) del principio de tutelaridad existente en todo el derecho de la niñez y de la adolescencia, lo cual significa que su contenido les otorga una protección jurídica preferente.

En este mismo artículo se refuerza el carácter de orden público de las disposiciones contenidas en dicha ley con lo cual se hace inviable que las personas puedan pactar en sentido contrario a sus disposiciones o renunciar a los derechos que en éstas se establecen, garantizando de esta forma la aplicación forzosa del contenido de las normas jurídicas relativas a la protección integral de la niñez y la adolescencia.

Como garantía se deberá aplicar en toda decisión que se adopte en relación con la niñez y la adolescencia, esto obliga a que la legislación, la definición de cualquier política gubernamental e inclusive la interpretación de las leyes para emitir una resolución judicial en esta materia, deban, obligatoriamente, tener presente el contenido garantista de esta disposición.

El riesgo existe en el hecho de que los operadores de justicia, la administración pública y los legisladores, puedan concebir en toda su plenitud y alcance el contenido del principio del "interés superior del niño", de lo contrario puede producirse la ineficacia o tergiversación de esta garantía, tal y como ha sucedido con la definición del "interés fundamental del trabajador" como garantía tutelar dentro del Derecho Laboral guatemalteco, contenida en el artículo 17 del Código de Trabajo, la cual ha sido interpretada en forma equivocada por los diferentes actores sociales y los operadores de justicia, provocando el deterioro del sistema normativo y creando una mayor conflictividad. [70]

70 Argueta R. Alejandro La justicia laboral: un desafío para Guatemala. Comisión Nacional para el Seguimiento y Apoyo al Fortalecimiento de Justicia – Organización Internacional del Trabajo –OIT-. Editorial Magna Terra, Guatemala, 2003, Página 34.

5. La edad mínima para ingresar al empleo

De todos los temas que derivan del análisis de la legislación guatemalteca que regula el tema de la niñez que trabaja, el que seguramente revista de mayor polémica es el de la edad mínima para la admisión al empleo.

Actualmente existe una considerable cantidad de disposiciones legales que en forma general determinan un delimitado marco jurídico que protege a la niñez en contra del trabajo infantil. Sin embargo esta legislación, para su efectiva aplicación, debe ser integrada por los diferentes operadores de justicia. Esta condición marca la necesidad de que dichos operadores posean los conocimientos técnicos para realizar la integración referida, de ahí que se ha sobre valorado la necesidad de emitir disposiciones legales específicas y concretas que eviten la dispersión de la interpretación.

En términos formales Guatemala ha adoptado en 14 años la edad mínima de admisión al empleo, concretamente es la Constitución Política de la República la que establece en el artículo 102 inciso l, la que establece con claridad que no podrán ser ocupados en ninguna clase de trabajo las personas menores de catorce años, salvo las excepciones de ley.

Es precisamente la regulación del alcance de las posibles excepciones de ley lo que ha provocado la polémica, en vista de que el artículo 150 del Código de Trabajo establece la posibilidad de contratar a personas menores a catorce años sin establecer un límite mínimo.

El Código de Trabajo guatemalteco ofrece muy pocos elementos para precisar dichas excepciones por tal motivo es preciso tomar como indicador lo que regula el C138 en el artículo 7, en vista de que Guatemala ha establecido a través de la declaración respectiva una edad mínima de 14 años.

El riesgo con la implementación del actual sistema para otorgar las autorizaciones para la excepción de casos de admisión de personas menores de 14 años es que se han registrado [71] autorizaciones de niños de hasta 11 años sin indicar o precisar el trabajo que se va a realizar, ya que la solicitud se realizan antes de tener una oferta de empleo.

La ley de Protección Integral de la niñez y de la adolescencia desarrolla una mayor protección al establecer:

> ARTÍCULO 66. Prohibición. Es prohibido cualquier trabajo a adolescentes menores de catorce años de edad, salvo las excepciones establecidas en el Código de Trabajo, debidamente reglamentadas.

Con esta disposición se ha logrado reiterar que la edad mínima de admisión al empleo son los 14 años y se ha precisado que las "excepciones" deben estar reglamentadas.

Desde la perspectiva de la garantía del interés superior del niño (a), la interpretación de esta disposición implica que al no existir ninguna reglamentación que defina las situaciones de excepción, no debería permitirse el trabajo de ningún niño o niña menor de 14 años, ya que al ser permitido, por la autoridades administrativas de trabajo, se incrementa la situación de vulnerabilidad de la niñez en vista de que las autorizaciones se realizan a criterios o prácticas administrativas y no con base en una disposición legal emitida por el poder público.

Por otro lado es conveniente analizar que el artículo 66 de la LPINA limitó el alcance de su contenido a las excepciones establecidas por el Código de Trabajo, esto lamentable, en vista de que dichas excepciones se encuentran definidas no por el Código de Trabajo, éstas se definen por el convenio 138 de la OIT, ya que la

71 Sin embargo hasta este momento no se constatado la existencia en la Inspección General de Trabajo de registros que permitan una adecuada sistematización de las edades mínimas que se hayan autorizado.

normativa nacional no regula las excepciones acorde a lo preceptuado por el convenio internacional.

De hecho actualmente las autorización que emite la Inspección General de Trabajo para que se permita la contratación de personas menores de 14 años, se emiten a través de la revisión formal de algunos documentos y la constatación de las condiciones establecidas en el artículo 150 del Código de Trabajo no son efectivamente inspeccionadas. De todas formas el problema principal estriba en que no se establece, con claridad, un límite mínimo para el régimen de excepción.

La correcta aplicación del convenio 138 de la OIT sobre la edad mínima, constituye el punto de partida para aclarar esta situación. El artículo 7 de este instrumento internacional establece con claridad que se puede permitir la contratación de personas comprendidas entre 12 y 14 años siempre y cuando las labores sean "ligeras" y bajo la condición de que éstas cumplan y se ejecuten de tal manera que:

- No puedan perjudicar la salud y desarrollo de la persona; y

- Que en ningún momento estas labores puedan perjudicar la asistencia a la escuela.

De esta manera el convenio internacional supera a la legislación nacional en cuanto que define con claridad el límite de la edad mínima de la excepción y establece las condiciones que las autoridades de trabajo deben constatar para permitir o autorizar la contratación de un niño o niña. Esta norma internacional puede ser aplicada directamente ya que el ordenamiento jurídico guatemalteco lo permite.

Es más la protección que otorga el convenio 138 de OIT llega aún más lejos al disponer que un adolescente que tenga 14 años que se encuentre sujeta a la obligación escolar podrá laborar siempre y cuando el trabajo que va

a desempeñar se realice en las mismas condiciones descritas en el artículo 7 del convenio.

Esto significa que si un adolescente aún se encuentra sujeto a la obligación de terminar su educación básica [72] no podrá ser admitido para laborar en un trabajo que le impida seguir estudiando.

Si se concibe a este tipo de trabajo como un trabajo peligroso entonces la contratación de una persona menor de edad estaría prohibida en virtud del artículo 2 y 3 del convenio 182 de la OIT.

Lamentablemente aún no se ha realizado la definición del trabajo doméstico o de casa particular como un trabajo que por su naturaleza o condición pueda resultar peligroso para la niñez.

6. El trabajo "doméstico", ¿puede ser legalmente definido como un trabajo peligroso para la niñez y la adolescencia?

Un significativo problema consiste en la ausencia de la legislación que determine con claridad que el trabajo "doméstico" o de casa particular constituye un empleo o trabajo que por las condiciones que se realiza puede resultar peligroso para la salud, la seguridad o la moralidad de los menores.

Es importante delimitar que el trabajo en casa particular no es peligroso por sí mismo, lo es cuando es prestado por un niño (a) o adolescente.

Las características particulares de intimidad, de jornadas de trabajo excesivas, la posibilidad de abuso físico, psicológico y sexual, la injustificada presencia del menor en el hogar del empleador, [73] etc., determinan que esta labor se defina como un trabajo peligroso para la niñez.

72 La Constitución Política de la República define como educación obligatoria hasta el nivel básico.
73 Características identificadas por la Resolución 190 de la OIT.

En primer orden la definición legal de tal peligrosidad podría realizarse según el artículo 3 del convenio 138 de la OIT para determinar la edad mínima de hasta 16 años para admisión de un menor al trabajo en casa particular. Esta determinación, en todo caso, la puede realizar las autoridades públicas a través de un acto legislativo, pero con la condición de que previamente se realice una consulta tripartita.

El artículo 4 del convenio 182 de la OIT establece la obligación de definir el trabajo peligroso para la niñez, a través de una consulta tripartita, como una de las peores formas de trabajo infantil, entre las que podría definirse al "trabajo doméstico" prestado por personas menores de edad.

Esto ha quedado orientado en la Recomendación 190 de la OIT en el párrafo 3 y 4, podría definirse que el "trabajo doméstico" en Guatemala, cuando es prestado por personas menores de edad presenta situaciones de alto riesgo por la exposición al abuso físico, psicológico y sexual de los menores y sobre todo porque se realiza a través de jornadas de trabajo excesivas, las que impiden al menor la presencia en la escuela, ya que es retenido injustificadamente en el hogar de la persona que le emplea.

Para implementar esta acción es necesario reglamentar los trabajos peligrosos que pueden ser considerados como peores formas de trabajo infantil y que implica la prohibición absoluta de que personas menores de dieciocho años lo realicen, salvo que se defina una situación de excepción, según el propio convenio 182 de la OIT, a través de de la cual se permita la contratación de adolescentes de hasta dieciséis años de edad, siempre y cuando se garantice su protección integral.

El artículo 63 de la LPINA, define que el trabajo de los adolescentes debe ser realizado en condiciones adecuadas a "su edad, capacidad, estado físico, desarrollo intelectual, acorde a sus valores morales, culturales y no deberá interferir con su asistencia a la escuela", en

consecuencia no podría permitirse el trabajo "doméstico" que vulnere esta protección.

En este mismo sentido el artículo 72 de esta ley, establece la prohibición a que un adolescente realice un trabajo que pueda resultar peligroso. [74]

Según el artículo 16 de las Disposiciones Transitorias de la LPINA, el Presidente de la República deberá emitir un reglamento que desarrolle el contenido de esta ley, atiendo en forma principal a la definición de los trabajos que pueden resultar peligrosos, para tutelar en mejor forma el interés superior del niño.

La elaboración de este reglamento es una oportunidad para hacer efectivas las garantías previstas en los convenios 138 y 182 y en la resolución 190 de la OIT.

74 Es conveniente precisar una, de varias, limitaciones en la redacción de esta norma. Resulta que se encuentra redactada de forma que el sujeto activo de la prohibición es el propio adolescente, por mandato legal se esta prohibiendo la realización de los adolescente en trabajos peligrosos, definición que deberá realizar posteriormente el respectivo reglamento, pero hubiste sido conveniente que la definición fuera clara: queda prohibida la admisión al empleo en aquellos trabajos peligrosos y proceder a su definición. De esta forma el sujeto activo de la prohibición sería la persona empleadora y no el trabajador.

Esta situación puede constituir un riesgo jurídico en vista de que al momento de imponer una sanción (de naturaleza laboral) por infracción a esta norma, se podría dar la situación de que el empleador, sujeto a quien habría que imponerle la multa, alegará que no se encuentra definida su responsabilidad.

7. La protección social al adolescente que labora en casa particular

A pesar de la existencia de los obstáculos y deficiencias no se puede negar que existe un régimen normativo general que regula diferentes derechos subjetivos de las personas menores de edad que laboran en el trabajo "doméstico" o de casa particular.

Esta estructura puede ser analizada desde dos perspectivas: a) el establecimiento de un régimen laboral general y b) la regulación de derechos generales propios a la protección integral de la niñez y de la adolescencia en Guatemala.

La gran deficiencia normativa se encuentra en la inexistencia de un sistema normativo que proteja a la niñez y adolescencia que labora específicamente en el trabajo "doméstico", situación que se ha tratado de describir y analizar en el apartados anteriores.

7.1 Derechos laborales de los trabajadores de casa particular en Guatemala.

Los trabajadores de casa particular gozan en general de los mismos derechos que los trabajadores en general, pero tratándose de personas menores de edad es necesario hacer algunas precisiones:

Del salario: En principio se debe definir que según el artículo 103 del Código de Trabajo, todo trabajador debe ser retribuido por su trabajo por lo menos en el monto del salario mínimo establecido en la ley. En consecuencia no existe fundamento para discriminar a los trabajadores de casa particular del derecho a ser remuneradas con el salario mínimo.

El derecho al salario mínimo para los trabajadores "domésticos" se hace más relevante si se trata de labores prestadas por personas menores de edad, en vista que la LPINA establece en el artículo 63, refiriéndose a los adolescentes que laboran, que la remuneración por su

trabajo tiene que ser equitativa, en consecuencia no existe ningún fundamento legal para que ésta sea menor a la que reciben los adultos.

El acuerdo gubernativo 378-2004 establece el salario mínimo y claramente regula (artículo 3 del acuerdo gubernativo 378-2004) que por actividad no agrícola incluye la categoría "P" de la clasificación mencionada en dicha norma, la cual comprende a "hogares privados con servicio doméstico", [75] por lo tanto el pago del salario mínimo es obligatorio para toda persona que labore en esta actividad.

Lo que ha generado confusión en el medio en el que se desarrolla el trabajo "doméstico" o de casa particular en Guatemala, ha sido la formula jurídica de composición del salario.

El artículo 162 del Código de Trabajo establece lo siguiente:

> "Salvo pacto en contrario, la retribución de los trabajadores domésticos comprende, además del pago en dinero, el suministro de habitación y manutención".

Esta norma establece un sistema de composición del salario, de una persona que labora en lo que se denomina trabajo "doméstico", atendiendo a la definición de una regla legal de carácter general:

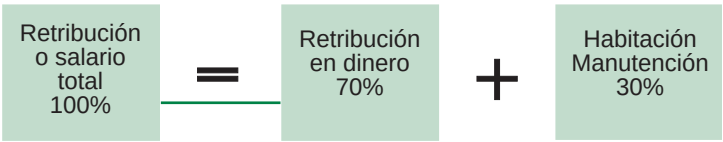
Siempre que se perfeccione un contrato individual de trabajo para laborar en el trabajo doméstico, el salario total incluye la proporción del costo de la habitación y la manutención.

Como los contratos individuales de trabajo doméstico normalmente se perfeccionan en forma verbal (artículo 27 del Código de Trabajo) es complicado establecer la cuantía del costo de la habitación y la manutención, por lo tanto el artículo 93 del Código de Trabajo establece que:

75 Según la Categoría "P" de la Clasificación industrial internacional uniforme de todas las actividades económicas (CIIU) (tercera revisión) de las Naciones Unidas.

> "...siempre que se puedan pactar legalmente salarios en especie y no se haya estipulado la proporción entre éste y el salario en dinero, debe entenderse que se ha convenido pagar en especie de un treinta por ciento del salario total".

En estos casos, en donde se pacto la proporción correspondiente entre el salario pagado en dinero y la parte que cubre el costo de la habitación y la manutención se tendrá que la composición del salario total es la siguiente:



Por otro lado el artículo 162 del Código de Trabajo, establece una excepción a la regla general descrita anteriormente y se produce cuando las partes (patrono y trabajador) pactan en contrario a lo dispuesto en dicho artículo, eso significa que el monto total del salario que recibirá el o la trabajadora "doméstica" no incluye el costo de la habitación y la manutención, por lo tanto el 100% del salario deberá pagarse totalmente en dinero. [76]

Jornada de Trabajo: con relación a este tema sucede una situación similar a la del salario mínimo. El Código de Trabajo realiza una lamentable exclusión en el artículo 164, al establecer que en este tipo de trabajo no se sujeta el trabajador o trabajadora a horario ni al derecho de la jornada. Dicho artículo regula:

76 Es el caso de aquellas personas que laboran como empleadas "domésticas" laborando "por día" sin dormir ni alimentarse en el hogar del empleador o empleadora.

> "El trabajo doméstico no está sujeto a horario ni a las limitaciones de la jornada de trabajo y tampoco le son aplicables los artículos 126 y 127."

Como se puede apreciar es una exclusión expresa del derecho a jornada de trabajo. [77] Y solamente se establece un ambiguo derecho a gozar de un descanso estructurado de la siguiente manera:

> "Sin embargo, los trabajadores domésticos gozan de los siguientes derechos: a) deben disfrutar de un descanso absoluto mínimo y obligatorio de diez horas diarias, de las cuales por lo menos ocho han de ser nocturnas y continuas, y dos deben destinarse a las comidas;"

Es conveniente precisar que estas disposiciones no podrían aplicárseles a personas menores de edad que laboren como "trabajadores domésticos", en vista de que la disposición anterior presupone que un "trabajador doméstico" se encuentra a disposición de su empleador inclusive en horario nocturno y eso no es legalmente posible para una persona menor de edad, ya que el propio artículo 148 del Código de Trabajo expresamente prohíbe el trabajo nocturno de las personas menores de edad.

Es un principio reconocido constitucionalmente (artículo 106 de la Constitución Política de la República) que cuando existe duda entre la aplicación de dos normas que regulan lo mismo, se aplica la más favorable para el trabajador, en este caso al existir una excepción al derecho de jornada y existir una prohibición de realizar trabajo nocturno por parte de personas menores de edad, debe prevalecer la segunda, ya que de está forma se está protegiendo el interés superior del niño en los términos que establece la LPINA.

---

77 Entendiendo por jornada el derecho o condición de trabajo que establece un límite máximo de tiempo efectivo diario, en que el trabajador o trabajadora, debe estar a disposición de la persona que le emplea.

Por otro lado el artículo 72 de la LPINA establece claramente que los adolescentes que laboren, ya que presumimos, que los menores de 14 años no pueden ser admitidos en ningún tipo de trabajo, les queda terminantemente prohibido laborar en el período nocturno y deben estar protegidos contra jornadas prolongadas que les impidan asistir a la escuela. [78]

Esta situación de discriminación en los derechos de los trabajadores (as) "domésticas", motivo la presentación por parte del Organismo Ejecutivo, de una iniciativa de ley a través de la cual se pretende reconocer la igualdad de derechos para las personas que laboran en esta actividad.

El artículo 9 de la iniciativa de ley, identificada con el número 2857 y presentada al pleno del Congreso de la República el 13 de mayo de 2003, establece modificar el artículo 164, en donde se regula el trato desigual a las personas que laboran en el trabajo "doméstico"y propone la siguiente fórmula:

> "Artículo 164. Las personas trabajadoras en casa particular gozarán de los mismos derechos y prestaciones que los trabajadores en general, que establecen la Constitución Política de la República de Guatemala y las demás leyes de trabajo y previsión social."

78 Esta disposición tiene una lamentable imprecisión de carácter constitucional, resulta que en el inciso "a" define que la prohibición para la realización de trabajo nocturno se establece entre las veinte horas de un día a las ocho horas del día siguiente.

Según el propio Código de Trabajo laborar en jornada nocturna para las personas de edad se encuentra prohibido, entendiendo que el trabajo nocturno empieza a regir a las dieciocho horas, no a las veinte, de la misma manera lo hace la Constitución Política de la República en el artículo 102.g.

La LPINA, comete un error al indicar que el trabajo nocturno prohibido inicia a las veinte horas, lo cual es inconstitucional y no tiene ninguna aplicación.

Resulta interesante que dicha ley prolongue la definición de trabajo nocturno hasta las ocho horas del día siguiente lo cual constituye una mejor protección, pero la definición anterior definitivamente es una imprecisión que puede causar muchas interpretaciones equivocadas que dificultarán la efectiva protección de los y las adolescentes.

De esta forma se acabaría por completo la posibilidad de continuar la especulación en cuanto a la igualdad de derechos laborales. Esta iniciativa ha sido conocida por el pleno del Congreso de la República pero el proceso de aprobación quedó suspendido desde noviembre de 2003.

En relación con los días de descanso y asuetos remunerados: Rige para esta prestación la misma exclusión mencionada anteriormente y en este caso no existe otra norma que establezca el derecho para gozar de este beneficio social.

A diferencia del tema de la jornada, el actual artículo 164 del Código de Trabajo, límita tanto a las personas adultas y menores de edad que laboran en casa particular.

El mecanismo para superar esta profunda discriminación podría ser una acción de inconstitucionalidad o darle viabilidad a la iniciativa de ley identificada en el apartado anterior.

En relación con el derecho de vacaciones remuneradas: Este derecho ha sido objeto de controversiales discusiones innecesarias, posiblemente por la desagradable tendencia, en el medio jurídico guatemalteco, a sumir, con demasiada facilidad, "criterios" que deambulan, como ánimas en pena, por los corredores, tanto de algunos órganos jurisdiccionales como también en la propia Inspección General de Trabajo.

Se ha aceptado en forma dogmática que las personas que realizan trabajo "doméstico" están sujetas a un régimen especial en el cual no se les reconocen los mismos derechos que a los demás trabajadores en general.

En base en esta afirmación o "criterio" muchas personas extienden el trato jurídico desigual descrito anteriormente para cualquier otra situación, incluyendo el derecho a vacaciones remuneradas.

En relación con las vacaciones remuneradas el régimen especial contenido en el Código de Trabajo no establece ninguna discriminación por lo tanto toda personas que labore como "trabajadora doméstica" tiene derecho a vacaciones remuneradas equivalentes a 15 días hábiles después de un año continuo de trabajo para el mismo empleador. (artículo 130 del Código de Trabajo).

En relación con el derecho de aguinaldo para trabajadores del sector privado, bonificación anual para trabajadores del sector privado y público, y bonificación incentivo: Rigen las mismas reglas que para los trabajadores en general, esto significa que tienen exactamente el mismo derecho, para lo cual es conveniente tener presente que el salario base para el cálculo de estas prestaciones no puede ser inferior al salario mínimo establecido para las actividades no agrícolas.

Derecho de Asociación Profesional: Los trabajadores de casa particular tienen derecho a asociarse libremente, por ejemplo, en el caso de un sindicato gremial (artículo 215 del Código de Trabajo). Sin embargo es preciso tener en cuenta que las personas menores de edad no pueden fundar sindicatos ni ser parte del comité ejecutivo, solamente pueden ser afiliados a una organización sindical ya existente.

Beneficios especiales: [79] El régimen especial al cual pertenece el trabajo doméstico (casa particular) establece el beneficio particular de gozar de una semana de licencia con goce de salario en caso de enfermedad leve (artículo 165 del Código de Trabajo) y la obligación que la persona empleadora le suministre atención médica y medicamentos. Otro beneficio es que el empleador debe cubrir los gastos de la inhumación, si el trabajador muere a consecuencia de una enfermedad.

En relación con la Seguridad Social: Se ha discutido mucho si es posible que un trabajador menor de edad

79 Se aplica también a las personas menores de edad.

pueda ser inscrito en el seguro social, lo cual es posible siempre y cuando el empleador (a) tenga más de tres trabajadores (as). El Seguro Social guatemalteco ha inscrito a muchos adolescentes y les ha otorgado la calidad de afiliados. Pero en el caso del trabajo en casa particular, al ser solamente uno o dos trabajadores, (as) el empleador (a) no se encuentra obligado a inscribirse en el régimen de seguridad social por lo cual la inscripción es factible únicamente si el empleador (a) acepta voluntariamente realizar las gestiones de inscripción.

CAPÍTULO V

El sistema de mecanismos de protección

Los mecanismos de protección constituyen un conjunto de medios que han sido diseñados en forma de sistema con el objeto de garantizar, a través de las autoridades públicas, la efectividad de los derechos subjetivos o facultades que las leyes otorgan a la niñez y adolescencia que labora en casa particular o trabajo doméstico.

En Guatemala se ha afirmado, con razón y fundamento, que la niñez y adolescencia se encuentra desprotegida, sin embargo es conveniente analizar en donde radica la fuente de la desprotección.

El sistema jurídico que establece los mecanismos de protección se encuentra relativamente desarrollado, eso quiere decir que, en la actualidad, se cuenta con un conjunto de medios jurídicos e institucionales capaces de brindar una protección integral efectiva.

Obviamente dicho sistema presenta lagunas o debilidades, que serán expuestas a continuación, pero éstas no tienen una intensidad que permita concluir que la situación de vulnerabilidad se encuentra en la ausencia de mecanismo de protección.

Por el contrario el sistema jurídico se encuentra saturado de mecanismos de protección y la falta de efectividad de los mismos se debe principalmente a la incorrecta aplicación del sistema o, como sucede lamentablemente en la mayoría de casos, a la falta casi absoluta de cumplimiento de las funciones de los operadores de justicia.

1. El sistema de sanciones como mecanismo de protección integral

A la Inspección General de Trabajo le compete vigilar el efectivo cumplimiento de las leyes laborales con el objeto de operar como garante de la responsabilidad pública de las personas frente al Estado de Guatemala en relación con el deber de obediencia del sistema legal.

Si una persona no cumple con aquellas disposiciones legales de aplicación forzosa de carácter preceptivo o prohibitivo entonces incurre en responsabilidad frente al Estado y debe ser sancionado con la imposición de una multa.

De esta manera se protege el orden público para evitar que los abusos de la autonomía de la voluntad individual transgredan la armonía o la paz social que sirve de base de un desarrollo económico, social y cultural.

Según el artículo 14, del Código de Trabajo todas las disposiciones legales en materia laboral tienen el carácter de orden público, y entre estas, también las que regulan la prevención y erradicación del trabajo infantil y la protección del trabajo adolescente.

Al analizar una situación concreta puede apreciarse la importancia de este sistema de protección, el cual constituye un peldaño en la compleja estructura de sistemas de protección integral.

La Constitución Política de la República, establece claramente en el artículo 102.l que "los menores de catorce años no podrán ser ocupados en ninguna clase de trabajo…", esta es una norma de contenido claramente prohibitivo. Con mayor precisión el Código de Trabajo en el artículo 148.e establece que queda prohibido el trabajo de los menores de catorce años.

De esta forma queda claramente establecidos los siguientes extremos:

- Las normas citadas tienen un contenido prohibitivo.
- La acción prohibida consiste en admitir a una persona en el empleo cuando tiene una edad menor a la establecida como edad mínima en la ley.
- El sujeto activo de la violación o infracción solo puede ser la persona empleadora.

Dados estos supuestos de hecho, si llegaran a producirse en un caso concreto y la Inspección General de Trabajo los establece, entonces se debe iniciar un proceso administrativo de sanción.

Según el Código de Trabajo por violar una norma de carácter prohibitivo se debe aplicar la multa establecida en el articulo 272.b la cual puede estar comprendida entre tres y catorce salarios mínimos mensuales para las actividades no agrícolas.

En el caso de que una persona adulta contrata a un niño o niña y esta situación es constatada por la IGT el adulto debe ser sancionado con la multa descrita en el párrafo anterior.

Obviamente la imposición de esta sanción no excluye otro tipo de responsabilidades como por ejemplo: las derivadas de la violación o amenaza de un derecho humano del niño o niña.

En todo caso el niño o niña debe ser separado inmediatamente de la realización del trabajo y el empleador adulto debe pagar, además de la multa, las prestaciones laborales que le corresponde al niño o niña que había estado laborando de manera ilegal, ya que la imposición de la sanción es independiente de las obligaciones contractuales (artículo 272.d del Código de Trabajo).

De la misma forma en que se ha abordado este caso concreto se puede abordar, desde la administración pública de trabajo, cualquier violación a los derechos de niños y adolescentes que laboran en casa particular (trabajo doméstico) en Guatemala, por ejemplo:

- Actividades prohibidas: realización de trabajo nocturno o la realización de trabajos considerados peligrosos.

- Incumplimiento de obligaciones: omitir el pago de salario o de prestaciones, negar el derecho a vacaciones y descansos remunerados, otorgar habitaciones insalubres, faltar el respeto a la integridad física, psicológica o sexual del trabajador, etc.

Todas estas acciones pueden dar lugar a la imposición de multas a los adultos que las produzcan ya sea por acción o por omisión, ya que la intención es irrelevante para la determinación de responsabilidad.

Este sistema se refuerza con la facultad de que la denuncia de las violaciones o infracciones tiene carácter público, eso significa que cualquier persona puede denunciar ante la IGT un hecho constitutivo de falta, según lo establece el artículo 282 del Código de Trabajo.

Es más en algunas situaciones existe la obligación de denuncia para determinados empleados o funcionarios públicos, tal es el caso de los y las maestras de educación.

Según el artículo 44 de la LPINA las autoridades de los centros de enseñanza tienen la obligación de denunciar ante las autoridades competentes los casos en donde se establezca las reiteradas faltas injustificadas de los adolescentes. Por ejemplo, la autoridad escolar puede denunciar ante la IGT que un adolescente trabajador es objeto de jornadas de trabajo extensas que le dificultan su asistencia a la escuela.

La debilidad de este mecanismo de protección consiste en que solamente existe un régimen general de sanciones, no existe un sistema de sanciones que contemple agravantes en los casos en donde se vulneren derechos de los niños y adolescentes trabajadores.

Por ejemplo la contratación de niños en el trabajo doméstico debería estar sancionada con una multa lo suficientemente fuerte como para desestimar al adulto a contratarlos. [80]

2. La jurisdicción privativa de trabajo y previsión social

¿Por qué tendría que acudir a juicio ordinario laboral un niño, niña o adolescente trabajador de casa particular?, la situación consiste en que los adultos empleadores, ya sea en un contrato válido (adolescente) o nulo (niño o niña) en forma reiterada dejan de pagar las prestaciones laborales a las cuales tienen derecho el niño, niña o adolescente que le haya prestado el servicio o que haya trabajado para aquel.

El mecanismo para resolver el reclamo del pago de prestaciones es el juicio ordinario laboral. Las particularidades generales de este mecanismo son las siguientes:

- Si se trata de un niño menor de 14 años debe, obligatoriamente, comparecer a juicio a través de sus padres o representantes legales.
- Si se trata de un adolescente puede comparecer por sí mismo al juicio ordinario laboral.
- Existe la posibilidad de agotar la conciliación previamente en la IGT.

80 Esta es la intención que recoge el proyecto de reforma al Código de Trabajo presentado por el Organismo Ejecutivo al Congreso de la República en el 2003. La iniciativa contempla reformar el artículo 32 del Código de Trabajo estableciendo que toda persona que contrate a un niño o niña menor de 14 años deberá pagarle a éste una indemnización equivalente a lo que resulte de multiplicar por diez el año del nacimiento del niño o niña.
Lo novedoso de esta disposición es que no se regula una sanción administrativa, sino por el contrario, se regula una indemnización que deberá recibir el propio niño o niña.
Ver proyecto de iniciativa de reforma en: Argueta R., Alejandro Compilación….. IPEC-OIT, Guatemala, 2003, página 121.

- De resultar un fallo favorable al adolescente (mayor de 14 años pero menor de 18 años) se le reconoce la capacidad de ejercicio para disponer del monto de las prestaciones laborales que le corresponden, si se trata de un niño o niña (menor de 14 años) los padres o el representante legal disponen del monto de las prestaciones.

La debilidad de este mecanismo de protección responde a la propia crisis de la jurisdicción laboral. [81] Sin embargo tratándose de niños y adolescentes trabajadores de casa particular resaltan los siguientes obstáculos:

- Limitado acceso a la justicia laboral: de hecho los grupos más vulnerables son las víctimas más sensibles de este problema, un parte por ignorancia y otra por recursos inexistentes, el resultado es que ni los padres ni los hijos acceden a la justicia laboral a reclamar sus derechos, es afirmación a pesar de ser empírica es perceptible por sentido común, aunque precisa de un estudio de medición y composición del volumen de trabajo de la jurisdicción laboral, el cual hasta este momento no existe.

- Un amplio desconocimiento de la doctrina de protección integral de la niñez y adolescencia, así como de los instrumentos internacionales relacionados como lo son los convenios 138 y 182 de la OIT.

81 Argueta Ramírez, Alejandro compilado en Justicia Laboral: un desafío para Guatemala. Comisión Nacional para el Seguimiento y Apoyo al Fortalecimiento de la Justicia-OIT, Guatemala 2003. Página 40.

3. Los mecanismos de protección integral

El sistema de protección integral establecido en la LPINA contempla novedosos mecanismos que tiene por objeto garantizar los derechos humanos de la niñez y de la adolescencia.

Este sistema de protección se puede aplicar a los niños y adolescentes que laboran en casa particular, sin embargo es preciso recordar que la aplicación de los mecanismo se realiza desde el ámbito general de protección, no existen disposiciones específicas para proteger a las personas menores de edad que laboran en el trabajo doméstico (casa particular).

Los mecanismos previstos inician definiendo las causas de una violación o amenaza a los derechos de los niños y adolescentes, el artículo 75 de la LPINA establece:

"Causas. Para los efectos de la presente Ley, los derechos de los niños y adolescentes se amenazan o se violan por:

a) Acción u omisión de cualquier miembro de la sociedad o del Estado.
b) Falta, omisión o abuso de los padres, tutores o responsables.
c) Acciones u omisiones contra sí mismos".

Lo importante de la tipificación de las causas de violación o amenaza es que al producirse facultad la intervención inmediata del Estado a través de las autoridades competentes para reestablecer los derechos violados o detener la amenaza en contra de los niños y adolescentes.

La responsabilidad del Estado de Guatemala regula en el artículo 76 de la misma ley, esta disposición exige que se atiendan los casos por parte de las instituciones públicas con la mayor eficiencia.

Luego la ley determina a los sujetos responsables de una amenaza o violación, siendo estos el propio Estado de Guatemala y los particulares (padres, tutores o personas responsables de los niños y adolescentes) artículo 78 de la LPINA.

Cualquier persona tiene facultad de denunciar una violación o amenaza ante las instituciones competentes, sobresaliendo la Inspección General de Trabajo, la Defensoría de la Niñez y de la Adolescencia y la Procuraduría Niñez y de la Adolescencia.

Estas instituciones pueden realizar investigaciones y en de ser necesario presentar el caso a tribunales.

El acceso a la tutela judicial en caso de violaciones o amenazas a los derechos humanos de la niñez y de la adolescencia constituye un novedoso sistema de protección.

Como se indicó en el capitulo anterior se han diseñado órganos jurisdiccionales que conocerán y resolverán estas situaciones en forma especializada, dicha estructura se encuentra regulada en el Libro III de la LPINA.

El sistema integral de protección puede funcionar así: Por ejemplo un inspector de trabajo constata que en un domicilio particular se tiene contratada a una niña de 11 años la cual está siendo objeto de abuso físico y psicológico, el inspector sospecha que ha sido objeto de maltrato. El empleador adulto alega que tiene la autorización por escrito de los padres para que la niña trabaje en su hogar con el objetivo de terminar la primaria e ingresar posteriormente a la escuela de educación básica.

En este caso el inspector de trabajo debe iniciar el proceso sancionador descrito en el primer apartado de este capitulo para imponer la multa correspondiente, pero además puede denunciar la situación a la Defensoría o a la Procuraduría de la Niñez y de la Adolescencia, y

presentar una solicitud de medidas cautelares [82] al juez de paz competente para proteger a la niña en contra del maltrato y del abuso que se presumo que es objeto.

La Procuraduría de la Niñez y de la Adolescencia representará a la niña ante el órgano jurisdiccional y accionara inclusive en contra de los padres si se constata que han permitido la explotación de su propia hija poniendo en riesgo su propia integridad.

El juez de paz supervisará la efectividad de las medidas cautelares y remitirá el caso al juez de primera instancia para que resuelva el caso. El procedimiento se regula del artículo 116 al 131 de la LPINA, la resolución definitiva es apelable.

Este mecanismo puede resultar bastante completo pero necesita de una eficiente coordinación entre las diferentes entidades estatales, así como de una fuerte voluntad política para su aplicación.

En todo caso el horizonte de la ley esta claro lo que resta es tratar de alcanzarlo.

82 Se encuentran reguladas en el artículo 112 y 115 de la LEPRINA.

Conclusiones y recomendaciones

I. Conclusiones

1. En el ámbito histórico de Guatemala la iniciativa de ley que actualmente conoce el Congreso de la República sobre el cambio de denominación del régimen legal que regula el "trabajo doméstico" por el de "trabajo en casa particular" constituye un importante paso hacia delante en la superación de la definición de este trabajo como un esteriotipo para la mujer y para las personas indígenas.

2. En Guatemala aun prevalece la confusión en torno a definir la actividad de niños (as) y adolescentes en casa particular como trabajo. Inclusive en el ámbito profesional suele asumirse una posición de rechazo a esta definición, prefieren definirlo como "el que hacer de los niños, niñas y adolescentes". Sin embargo, esta concepción no puede tener cabida dentro del análisis técnico en vista que efectivamente es un trabajo pero se encuentra prohibido, y esto permite la activación del sistema de protección.

3. El sistema normativo que regula el "trabajo doméstico" o en "casa particular" de niños, niñas y adolescentes en Guatemala se caracteriza por constituir un conjunto de normas que configuran un régimen especial, obsoleto y de aplicación general, que no puede responder a las exigencias sociales que actualmente impone el compromiso de adoptar políticas que protejan en forma integral a la niñez.

4. Existe un importante espacio para legislar a favor de la prevención y erradicación del trabajo infantil en casa particular y para definir la protección del trabajo adolescente en casa particular. Esta coyuntura se ubica, principalmente, en la propuesta de

reglamento para la LPINA, el cual permite dar cabida a la definición del trabajo en casa particular como una de las peores formas de trabajo infantil o en la reglamentación de las peores formas de trabajo infantil

5. Ante la carencia de un sistema normativo que desarrolle en forma particular la Protección Integral de la niñez trabajadora es preciso realizar un proceso de integración de las disposiciones internas de carácter general con las disposiciones contenidas en las NIT, lo cual dificulta de manera sensible la posibilidad de hacer efectivas las garantías generales de protección que actualmente se encuentran vigentes. Este proceso de integración requiere un aumento sensible de la profesionalización de los operadores del sistema de protección, a nivel administrativo y judicial.

6. Las NIT que configuran el sistema normativo internacional que contienen los elementos necesarios para desarrollar la protección integral de la niñez presentan problemas de falta de legitimidad dentro del ordenamiento jurídico guatemalteco, esto significa que la sociedad no ha logrado hacer propio el contenido de los instrumentos internacionales, provocando la falta de eficacia de los mismos.

7. Si bien ha aumentado el conocimiento de las NIT por parte de funcionarios públicos que velan por su aplicación, estas no se han implementado en sus resoluciones y actividades debido a una deficiente capacitación técnica o simplemente por falta del ánimo de cumplir con su mandato, lo cual constituye un obstáculo importante para lograr la protección integral de la niñez.

8. Una de las principales expresiones de la debilidad estructural que presenta la plataforma de erradicación del trabajo infantil en Guatemala, es precisamente, la falta de conciencia en cuanto a la necesidad de respetar la edad mínima para admisión al empleo regulada en el Convenio 138 de OIT. Esta debilidad

responde principalmente al bajo nivel de eficacia de las campañas se sensibilización y es producto, también, de la forma en que fue asumido el compromiso sobre la edad mínima, ya que no fue discutida en forma tripartita.

9. La LPINA constituye un significativo avance en la definición de las políticas públicas de protección integral de la niñez, sin embargo en materia de protección laboral es preciso ampliar la definición de situaciones jurídicas que no están contempladas, tales como el régimen de excepción a la edad mínima para admisión al empleo y la definición de trabajos peligrosos según lo establecido en la resolución 190 de la OIT.

10. El estado de impunidad laboral con relación al trabajo de los adultos y que se ha generalizado en las denominadas zonas de expulsión, constituye una de las principales causas de la existencia y significativo incremento del trabajo infantil doméstico.

11. La estructura de la Inspección General de Trabajo necesita aumentar su efectividad a través de políticas de inspección que garanticen el cumplimiento de la ley laboral especialmente en las zonas de expulsión. Por ejemplo al ser el occidente del país la zona de mayor expulsión de niñas, niños y adolescentes para que trabajen en casa particular, entonces se debería fortalecer significativamente la inspección de trabajo de los adultos en dichas zonas con el objeto de garantizar el empleo decente de los mismos.

II. Recomendaciones

1. Diseñar un programa de acción inmediata con las autoridades del Ministerio de Trabajo y Previsión Social y las organizaciones de empleadores y trabajadores, para determinar dos aspectos fundamentales:

   - La definición de la edad mínima de admisión al empleo con base en la vigencia del Convenio 138 de la OIT.

   - La definición del trabajo doméstico o de casa particular como una de las peores formas de trabajo infantil, según la recomendación 190 de la OIT.

2. Redefinir los programas de sensibilización respecto a la importancia de la erradicación del trabajo infantil y de las peores formas en que éste puede desarrollarse. Sería conveniente que la nueva definición de este tipo de programas comprendiera actividades intensivas con los cuadros directivos y técnicos de las instituciones públicas y privadas que tratan este tema.

3. Impulsar el tema del trabajo doméstico o de casa particular realizado por niños, niñas y adolescentes dentro de la agenda de protección del Plan Nacional de Prevención y Erradicación del Trabajo Infantil y Protección a al Adolescencia Trabajadora.

4. Para reducir el nivel de migración interna que produce la expulsión de niños, niñas y adolescentes hacia la zona metropolitana es imprescindible fortalecer los sistemas de inspección de trabajo de los adultos que laboran en las zonas rurales y la activación de la política de empleo decente en estas regiones.

5. Desarrollar procesos de capacitación de jueces e inspectores de trabajo que aborden, en forma intensiva, las técnicas y procedimientos para la

aplicación directa de las NIT que tratan sobre trabajo infantil doméstico o en casa particular.

6. Elaborar un proyecto de acción inmediata para capacitar a la nueva unidad de inspección del trabajo de personas menores de edad.

7. Definir un sistema estricto de sanciones a través de multas onerosas para garantizar la efectividad de las disposiciones que protegen al trabajo adolescente en casa particular.

BIBLIOGRAFÍA

Asociación Proyecto Conrado de Cruz. *El Trabajo en Casa Particular*, una Labor Deshumanizada.

Bejarano Sánchez, Manuel. *Obligaciones Civiles*. Editorial Harla, México, 1984.

CEACR de la OIT. *Estudios Generales*. 1985 - 2003.

Comisión Mundial sobre la Dimensión Social para una Globalización Justa: *Crea oportunidades para todos.* Primera edición, Suiza 2004.

Comisión Nacional para el Seguimiento y Apoyo al Fortalecimiento de la Justicia. *La Justicia Laboral: Un Desafío para Guatemala.* Editorial Magna Terra, Guatemala, 2003

Comisión de Fortalecimiento de la Justicia. *Una Nueva Justicia para la Paz.* Magna Terra Editores. Guatemala 1998.

Comisión Nacional para la Erradicación del Trabajo Infantil y Protección a la Adolescencia Trabajadora. Manual de Gestión y Reglamento. Nicaragua 2003.

Departamento de Estado, Gobierno de Estados Unidos de Norte América. *Informe de Prácticas de Derechos Humanos*, Sección Guatemala, Derechos Laborales. 2003.

Departamento de Normas Internacionales de Trabajo de la OIT. *Normas Internacionales del Trabajo un Enfoque Global*. Editorial Malta 2001

Díez Picazo, Gullón. *Instituciones del Derecho Civil.* Editorial Tecnos, Madrid España, 1995.

Ecodesarrollo-UNICEF. *Trabajo Infantil, en el marco de la Globalización de la Economía de Guatemala.*

Echeverría Morataya, Rolando. *Derecho del Trabajo*. Impresiones D&M, S.A. Guatemala, 2001

Fernández Molina, Luis. *Derecho Laboral Guatemalteco.* Editorial ODLP, Guatemala, 2003.

INE. *Estudio Cualitativo sobre el Trabajo Infantil en Guatemala Informe Final.* Guatemala, 2003.

INE. *Entendiendo el Trabajo Infantil en Guatemala.* Guatemala, 2003

IPEC-OIT. *¿Ayudantes o esclavos? Comprender el Trabajo Infantil Doméstico y cómo Intervenir.* Primera edición. 2004.

IPEC-OIT. *De la invisibilidad a la búsqueda de la protección integral: consideraciones jurídicas sobre el trabajo infantil adolescente doméstico en Costa Rica.* Primera Edición, San José Costa Rica, 2003.

IPEC-OIT. *El Trabajo Infantil Doméstico en Guatemala, Lineamientos y Recomendaciones para una Propuesta de Intervención.* San José Costa Rica. 2002.

IPEC-OIT. *Estudio Regional de la Legislaciones de América Central y República Dominicana en materia de Trabajo Infantil Doméstico.* San José Costa Rica 2004.

IPEC-OIT. *Trabajo Infantil Doméstico en América Central y República Dominicana.* Costa Rica, 2003.

IPEC-OIT. *Un Estudio Económico de los Costos y Beneficios de la Eliminación del Trabajo Infantil.* Ginebra 2004.

IPEC-OIT. *Una Mirada de Género al Trabajo Infantil Doméstico.* San José Costa Rica. 2004

IPEC-OIT. *Visión Regional de las Legislaciones de Centroamérica, Panamá y República Dominicana en materia de Trabajo Infantil.* San José Costa Rica. 2004.

López Larrave. Mario. *Síntesis del Derecho del Trabajo Guatemalteco Derecho Latinoamericano del Trabajo.* UNAM, México.1974.

OIT. *Pasos para Eliminar el Trabajo Infantil Peligroso.* 1999.

Ministerio de Trabajo y Previsión Social. *Plan Nacional para la Previsión y Eliminación del Trabajo Infantil y Protección a la Adolescencia Trabajadora*. Guatemala. 2001.

MINUGUA-PNUD. *Compendio de Acuerdos de Paz.* Editorial Serviprensa, Guatemala. 1997.

MINUGUA. *Seminario de actualización Derecho Colectivo del Trabajo.* Guatemala. 2000.

Montoya Melgar, Alfredo. *Derecho del Trabajo.* Editorial Tecnos, Madrid España. 1994.

OIT. P*rincipios y Derechos Fundamentales en el Trabajo: un Estudio sobre la Legislación Laboral*. Ginebra. 2003.

Oficina de Actividades para Empleadores OIT. D*e un empleador a otro: Hablemos de la Igualdad.* Segunda Edición. OIT Ginebra, 1997.

PNUD. *Informe de Desarrollo Humano*. 2000.

Relacentro / OIT. *Manual de Buenas Prácticas para la Promoción del Trabajo Decente.* San José Costa Rica.

Reunión Viceministros de Comercio y de Trabajo de los países de Centroamérica y de la República Dominicana. *Informe de la Dimensión Laboral en Centro América y República Dominicana, Construyendo sobre el Progreso: Reforzando el Cumplimiento y Potenciando las Capacidades.* 2005.

Somavía, Juan. *Globalización y Trabajo Decente en las Américas.* Suiza 2002.

Somavía, Juan. General de la OIT. *La Hora de la Igualdad en el Trabajo.* Conferencia Internacional del Trabajo 91ava. Reunión 2003, Ginebra, 2003.

Somavía, Juan. *Los Derechos Fundamentales en el Trabajo: Situación Actual y Perspectivas.* Educación Obrera 2001/ 1 número 122.

Somavía, Juan. *Un futuro sin Trabajo Infantil.* Conferencia Internacional del Trabajo 9º Reunión. Ginebra, 2002.

Valenzuela, Augusto. *Manual de Derecho Laboral.* Editorial Sur, S.A. Guatemala. Julio 2003.

Velásquez Nimatuj, Irma Alicia. *La Pequeña Burguesía Indígena Comercial de Guatemala.* Litografía Nawal Wuj.

Von Potobsky. Geraldo los Convenios De La OIT, *¿Una Nueva Dimensión en el Orden Jurídico Interno?* Revista Internacional de Trabajo.

Edición

Coordinación general por parte de la OIT-IPEC:
Rigoberto Astorga, Coordinador Proyecto ***Prevención y Eliminación de las Peores Formas de Trabajo Infantil Doméstico en América Central y República Dominicana***

Supervisión y revisión por parte de IPEC- OIT: Virginia Elizondo

Apoyo técnico y revisión por parte de la Dirección General de Previsión Social y la Unidad de Protección a la Adolescencia Trabajadora del Ministerio de Trabajo y Previsión Social:

Sonia Figueroa Sandoval
Victoria Raquel León Lux

Autor: Alejandro Argueta

Este documento está disponible en formato electrónico en
www.oit.or.cr/ipec/tid
Correo electrónico: ipec@oit.or.cr y tid@ipec.oit.or.cr

Oficina Subregional de IPEC en Costa Rica
Teléfono: (506) 280 – 7223
Fax: (506) 280 – 6991

Oficina de IPEC en Guatemala
Teléfono (502) 2339 -1227
Fax (502) 2339 - 1231

Dirección General de Previsión Social del Ministerio de Trabajo y Previsión Social
Teléfono (502) 2422 - 2500
Fax (502) (502) 2422 - 2539

¡Alto al trabajo infantil doméstico!

MINISTERIO DE TRABAJO Y PREVISIÓN SOCIAL
GUATEMALA