

La maternidad y la infancia tienen derecho
a cuidados y asistencia especiales.
Todos los niños, nacidos de matrimonio
o fuera de matrimonio, tienen
derecho a igual protección social*

Abigayl Islas López

SUMARIO: Titulares de derechos. Cuidados y asistencia especiales. Cuidados y asistencia especiales en la infancia, especialmente para la primera infancia. Cuidados y atención especiales para la maternidad y la infancia. Licencias de maternidad, paternidad y parentales en relación con derechos de la infancia. Medidas para facilitar y promover la lactancia materna. Conclusiones

Antes de entrar al estudio concreto del artículo 25.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Declaración), quisiera destacar algunos aspectos sobre los debates que se llevaron a cabo durante la creación de este importante instrumento. Y es que, además de discutir sobre qué tipo de derechos se incluirían en la Declaración, también fue debatida su naturaleza jurídica y si debía contar o no con un mecanismo de supervisión. La conclusión la conocemos todas y todos, y no podemos juzgarla por la coyuntura en la que fue adoptada; por el contrario, la historia terminó por dar la razón a quienes aspiraron a redactar un ins-

* Agradezco el apoyo de Issa Hernández por su colaboración para la elaboración del presente trabajo.

trumento que “anunciaría las metas a las que todas las naciones se comprometerían”.¹

Así, la Declaración fue fuente de inspiración para otros instrumentos internacionales con fuerza vinculante y que cuentan hoy con mecanismos de supervisión. En particular, en relación con el artículo 25.2 de la Declaración podemos mencionar al Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales² (adoptado 18 años después que la Declaración), a la Convención sobre los Derechos del Niño³ (adoptada 41 años después que la Declaración) y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer⁴ (adoptada 31 años después que la Declaración).

Una de las características más destacadas de la Declaración es que se trata de un documento aspiracional; la consolidación de diferentes concepciones filosóficas, religiosas, morales, culturales e incluso jurídicas de todas partes del mundo y que como tal, no arrastra con los cercos que, en aras de lograr una fuerza vinculante, se han impuesto a otros instrumentos internacionales. De esta suerte, creemos que los principios establecidos en la Declaración Universal son de mayor alcance que los contenidos de los tratados internacionales.

TITULARES DE DERECHOS

Ahora bien, lo primero que debemos saber para entender el artículo 25.2 es quién o quiénes son titulares de este derecho, para lo cual tenemos que responder a la pregunta sobre qué quisieron decir los primeros redactores de la Declaración con *maternidad e infancia*. Para ello, se deben aclarar ciertas cuestiones.

¹ Glendon, Mary Ann, “Un mundo Nuevo Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos”, trad. Pallares Pedro, Fondo de Cultura Económica, 2011, pág. 143.

² Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966

³ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989

⁴ Adoptada el 18 de diciembre de 1979

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

En primer lugar, la referencia a la *maternidad* puede ser debatible, ya que se puede entender de diversas formas: como una función individual exclusiva de las mujeres, como función familiar, o incluso como función social⁵. En segundo lugar, los actuales debates sobre interrupción del embarazo nos obligan a preguntarnos cuál es el momento en el que inicia la maternidad, ¿se es madre desde el embarazo o a partir del nacimiento de un hijo o hija? Tercero, aunque podría ser discutible el momento en el que se inicia, no se discute que una vez que una mujer es madre, lo será por el resto de su vida; entonces, ¿la protección del artículo abarca todo este periodo? Y, finalmente, los actuales debates sobre los derechos de mujeres trans nos obligan a dar una mirada más amplia al concepto.

Para efectos del presente trabajo resulta importante delimitar el periodo de *maternidad* sujeto de protección. Una referencia útil para este propósito puede ser el artículo 10 del PIDESC, que establece que “se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto.” Hasta ahora no existe interpretación sobre lo que significa “tiempo razonable” en relación con este artículo, pero podemos citar muchas referencias que dan cuenta de lo crucial que resultan para niños y niñas los cuidados de la mujer desde el inicio de su embarazo y de los cuidados filiales (incluidos los maternos) durante la primera infancia. La Convención sobre los Derechos del Niño es basta en ese sentido.

Otra referencia útil la encontramos en la recomendación que el Comité sobre los Derechos del Niño dirige a los Estados Partes en su Observación General 7, en el sentido de “adoptar todas las medidas posibles para mejorar la atención perinatal para madres y lactantes”.⁶

⁵ El artículo 5.b de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, establece que: “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para... b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como *función social*”

⁶ ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No 7, “Realización de los derechos del niño en la primera infancia”, 2005, CRC/C/GC/7/Rev.1, párr 10

ABIGAYL ISLAS LÓPEZ

De estos dos antecedentes y por la relación que el artículo 25.2 hace sobre maternidad e infancia, podemos inferir que la maternidad se refiere a las etapas de vida reproductiva de la mujer, que va desde el embarazo, parto, postparto y crianza (que incluye lactancia y cuidado de hijos e hijas).⁷

Por lo que toca al concepto de infancia, el Comité de los Derechos del Niño (Comité DH) señala que “es un período de crecimiento constante que va del parto y la lactancia a la edad preescolar y la adolescencia”⁸, aunque en el preámbulo de la CDN se prevé la protección y cuidado especiales desde antes del nacimiento⁹, los cuales sólo se pueden entender mediante la protección de la mujer embarazada. El artículo 1º de la Convención entiende la *niñez* desde el nacimiento hasta los 18 años.

Con base en lo anterior, podemos incluir en la titularidad del derecho a *cuidados y asistencia especiales* por un lado a niños, niñas y adolescentes (NNA)¹⁰; y por el otro, aunque podría ser de-

⁷ Para GIRE, “Las etapas reproductivas de las personas incluyen el embarazo (en este caso quien lo tiene es una mujer con la excepción de los hombres trans, pero en muchos casos, comparte la expectativa del nacimiento con su pareja del sexo que sea, o con los padres de intención en el caso de una gestación subrogada); el parto (en este caso también es una mujer quien lo tiene pero muchas veces su pareja se encuentra presente e involucrada en el proceso); la crianza, incluyendo la lactancia materna, durante períodos que pueden ir de unas semanas a años; y el cuidado de las y los hijos, que inicia con necesidades de cuidados intensivos que se van reduciendo a medida que pasan los años pero que no terminan sino hasta que las y los hijos llegan a la adultez y obtienen independencia y autonomía completas. Durante gran parte de estas etapas, tanto las mujeres (embarazadas o en etapa de posparto), como los recién nacidos necesitan apoyo adicional, como el seguimiento y la atención médica, alimentos adecuados, la asistencia y el asesoramiento para reducir el estrés, y el descanso para reponer energía.” GIRE, “Horas hábiles, corresponsabilidad en la vida laboral y personal” 2017, pág 113

⁸ ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 15 (2013) sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24), CRC/C/GC/15, parr. 20

⁹ “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales... tanto antes como después del nacimiento” Convención sobre los Derechos del Niño, preámbulo:

¹⁰ Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley

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

batible el periodo de maternidad al que se refiere dicho artículo, mujeres embarazadas y madres de hijos e hijas durante la primera infancia.¹¹ Con este párrafo no se pretende dar una interpretación restrictiva del contenido de la Declaración, pues únicamente se trata de delimitar el análisis del presente trabajo reconociendo que el análisis de estos conceptos debe ser mucho más amplio.

CUIDADOS Y ASISTENCIA ESPECIALES

Una vez identificados quiénes son incluidos en la titularidad de este derecho, la siguiente pregunta obligada versa sobre cuáles son esos cuidados y asistencia especiales a los que se tiene derecho. Para ello, tendremos que revisar un poco los antecedentes de la Declaración.

La primera vez que se introdujo este derecho fue en el segundo borrador de la Declaración elaborado por René Cassin. El jurista francés lo incorporó como parte del artículo relativo a la *seguridad social*¹², que desde el primer borrador de Humphrey se

que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 1: Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

¹¹ Las definiciones de primera infancia varían en los diferentes países y regiones, según las tradiciones locales y la forma en que están organizados los sistemas de enseñanza primaria. En algunos países, la transición de la etapa preescolar a la escolar tiene lugar poco después de los 4 años de edad. En otros países, esta transición tiene lugar en torno a los 7 años. En su examen de los derechos en la primera infancia, el Comité desea incluir a todos los niños pequeños: desde el nacimiento y primer año de vida, pasando por el período preescolar hasta la transición al período escolar. En consecuencia, el Comité propone, como definición de trabajo adecuada de la primera infancia, el período comprendido hasta los 8 años de edad; los Estados Partes deberán reconsiderar sus obligaciones hacia los niños pequeños a la luz de esta definición. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 7 (2005), Realización de los derechos del niño en la primera infancia, CRC/C/GC/7/Rev.1, 20 de septiembre de 2006, párr. 4

¹² “Toda persona tiene derecho a la seguridad social. La comunidad debe adoptar medidas para prevenir el desempleo y para organizar con las contribu-

entendía como la posibilidad de contar con algún tipo de seguro que permitiera hacer frente a circunstancias como el desempleo, la vejez o alguna enfermedad¹³. En la versión final de la Declaración, la redacción del derecho a la seguridad social cambió¹⁴, pero la necesidad de contar con garantías para hacer frente a circunstancias que pudieran reducir nuestros medios de subsistencia de manera autónoma se mantuvo en otro artículo.

Es así que el derecho a *cuidado y asistencia especiales a la maternidad e infancia* se incorporó como parte del artículo dedicado al derecho al disfrute de un *nivel de vida adecuado*,¹⁵ en el

ciones de quienes hayan sido afectados, seguros contra la discapacidad, la enfermedad, la vejez u otros casos de pérdida de trabajo o medios de subsistencia por circunstancias inmerecidas e independientes de su voluntad. Las madres y los niños tienen derecho a cuidados, atenciones y recursos especiales” Artículo 40 del borrador de Cassin, consultado en Glendon, Mary Ann, *Un mundo Nuevo Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos*, trad. Pallares Pedro, Fondo de Cultura Económica, 2011

¹³ Artículo 41. Toda persona tiene derecho a la seguridad social. El Estado debe ofrecer soluciones efectivas para la prevención del desempleo y para establecer seguros por desempleo, accidentes, discapacidad, enfermedad, vejez y cualquier otra pérdida de medios de subsistencia por circunstancias inmerecidas o independientes de su voluntad. Borrador de Humphrey, consultado en Glendon, Mary Ann, *Un mundo Nuevo Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos*, trad. Pallares Pedro, Fondo de Cultura Económica, 2011

¹⁴ Art. 22 Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

¹⁵ Art. 25 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

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

que, además de contemplar la necesidad de contar con seguros de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y pérdida de otros medios de subsistencia, se establece el reconocimiento de derechos como la salud, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales.

El artículo 25.2 necesariamente debe leerse en el marco de estos dos conceptos -derecho a la seguridad social y a un nivel de vida adecuado-, ya que, como sabemos, durante la primera infancia somos incapaces de proveernos de medios de subsistencia de manera autónoma, y quienes asumen esa responsabilidad (generalmente madre y padre), se enfrentan con mayores retos para proporcionar los cuidados necesarios, al tiempo de proveerse a sí mismos y a quienes tienen bajo su cuidado de los recursos para disfrutar de un nivel de vida adecuado. De tal suerte que se consideraron necesarios apoyos particulares para garantizar la salud, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales, particularmente de NNA y de la mujer principalmente durante el periodo perinatal.

CUIDADOS Y ASISTENCIA ESPECIALES EN LA INFANCIA, ESPECIALMENTE PARA LA PRIMERA INFANCIA

Para los primeros redactores de la Declaración era clara la necesidad de lo que ahora llamamos *protección especial* de NNA por sus características particulares. Es decir, desde entonces, ya se reconocía la titularidad de NNA -en tanto personas- de todos los derechos humanos, así como la exigencia de adoptar *medidas específicas* destinadas a asegurar su pleno desarrollo físico, psicológico y emocional.

En el marco jurídico que posteriormente se fue desarrollando en materia de protección de derechos de NNA se ha destacado el rol crucial que tiene la familia y de la corresponsabilidad de ésta con el Estado y con la comunidad para lograr la plena realización de los derechos de NNA¹⁶, de tal manera que estos tres actores

¹⁶ Los Estados “prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño”, según se garantiza en el artículo 18, párrafo 2. OG 7, párr.

están llamados a garantizarles las condiciones básicas de supervivencia, pero también de dotarles de un ambiente tal que les permita su pleno desarrollo.

El Comité de los Derechos del Niño también ha destacado la importancia de los primeros años de vida para el desarrollo de la persona¹⁷. Es durante la primera infancia¹⁸ que se establecen las bases para la construcción de habilidades personales y sociales que definirán el rol de esa persona en la sociedad¹⁹; en materia de salud, se trata de la etapa en la que se puede prevenir muchas de las enfermedades crónicas de la vida adulta.²⁰ De acuerdo con el Comité DN, “los niños pequeños tienen necesidades específicas de cuidados físicos, atención emocional y orientación cuidadosa”²¹, y para cubrirlas requerirán de cuidados y asistencia de los adultos que les rodean.

15, 16, 18, 19, 20. Corte IDH, *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Sentencia del 2 de septiembre de 2004, Serie C, núm. 112, párr. 147; Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 54.

¹⁷ Cfr. ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No 7, “Realización de los derechos del niño en la primera infancia”, 2005, CRC/C/GC/7/Rev.1, párr. 6. Existen muchos estudios que dan cuenta de lo importante que es invertir en nutrición, salud, medio ambiente, educación en niños pequeños, por ejemplo: UNICEF, *La primera infancia importa para cada niño* 2017, se puede consultar en https://www.unicef.org/spanish/publications/files/UNICEF_Early_Moments_Matter_for_Every_Child_Sp.pdf

¹⁸ ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No 7, “Realización de los derechos del niño en la primera infancia”, 2005, CRC/C/GC/7/Rev.1, párr. 10: “En su examen de los derechos en la primera infancia, el Comité desea incluir a todos los niños pequeños: desde el nacimiento y primer año de vida, pasando por el período preescolar hasta la transición al período escolar.”

¹⁹ Cfr. ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No 7, *Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, 2005, CRC/C/GC/7/Rev.1, párr. 6

²⁰ Cfr. ONU, Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Dainius Pūras, A/HRC/29/33, 2 de abril de 2015, párr. 87

²¹ Cfr. ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No 7, *Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, 2005, CRC/C/GC/7/Rev.1, párr. 5

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

Particular mención merece el aspecto emocional y el ambiente social como un componente importante de la salud y desarrollo de NNA, tan vital como lo es cubrir sus necesidades fisiológicas.²² Algunos especialistas y expertos en infancia²³ han destacado la importancia para el desarrollo saludable de NNA de mantener relaciones emocionales estables y afectuosas.²⁴ De ahí lo fundamental que revisten los cuidados parentales, principalmente durante la primera infancia.

De esta suerte, NNA tienen derecho a que se le dote de lo necesario para la vida, la supervivencia y el desarrollo²⁵: derecho a la protección social como lo señala el artículo 25.2 -independientemente de si nace fuera o dentro de matrimonio-; derecho a una vida en familia, derecho a una alimentación adecuada, derecho a acceder a servicios de salud, derecho a la recreación, derecho a la educación, entre otros. No se debe de dejar de mencionar la importancia de la interdependencia de los derechos de NNA, pues en la medida en la que se restrinja el ejercicio de un derecho, se verán amenazados los demás.

Para ello, es indispensable que los gobiernos generen las condiciones adecuadas a través de la adopción de leyes y programas que faciliten a padres y madres cumplir sus obligaciones filia-

²² Cfr. ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No 7, *Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, 2005, CRC/C/GC/7/Rev.1, párr. 10. HCHR, Europe Regional Office, *The rights of vulnerable children under the age of three. Ending their placement in institutional care*, pag. 17, consultable en https://europe.ohchr.org/Documents/Publications/Children_under_3.pdf

²³ Dainius Puras, actual relator sobre el derecho a la salud y quien anteriormente fuera integrante del Comité sobre los derechos del niño, en un estudio sobre institucionalización, cita las teorías del apego de John Bolwi para explicar la evolución sobre el entendimiento de las necesidades de la infancia. Cfr. HCHR, Europe Regional Office, *The rights of vulnerable children under the age of three. Ending their placement in institutional care*, pag. 17, consultable en https://europe.ohchr.org/Documents/Publications/Children_under_3.pdf

²⁴ Cfr. ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No 7, *Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, 2005, CRC/C/GC/7/Rev.1, párr. 19

²⁵ Cfr. ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No 7, *Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, 2005, CRC/C/GC/7/Rev.1, párr. 10

les.²⁶ Tampoco puede quedar de lado la corresponsabilidad de otros actores en esta tarea, tales como empleadores, colegas de trabajo, proveedores de servicios –por ejemplo, educativos o de guarderías-, redes de apoyo y en general la comunidad.

No se trata sólo de una obligación jurídica. Para el Relator de Salud, por ejemplo, invertir en la protección de NNA contribuye al desarrollo de las economías al tiempo de promover sociedades sanas y cohesivas:

“Al invertir en la buena salud mental de los niños y los jóvenes, no solo se realiza una contribución sustancial al desarrollo sostenible de nuestras economías, para lo que son necesarias unas buenas capacidades emocionales y cognitivas, sino que también se hace frente a las causas profundas de la intolerancia y la exclusión social, y se promueven sociedades sanas y cohesivas.”²⁷

De tal manera, el principio de protección especial de NNA implica que la situación de sus derechos constituye una cuestión de orden e interés públicos.

CUIDADOS Y ATENCIÓN ESPECIALES PARA LA MATERNIDAD Y LA INFANCIA

En el apartado anterior se ha señalado lo fundamental del derecho a la salud y el desarrollo de NNA, particularmente durante la primera infancia. De acuerdo con el Comité de DN, “entre los determinantes de la salud, nutrición y desarrollo del niño, cabe mencionar la realización del derecho de la madre a la salud y el papel de los progenitores y otros cuidadores”.²⁸

²⁶ Cfr. ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No 7, *Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, 2005, CRC/C/GC/7/Rev.1, párr. 20

²⁷ ONU, Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Dainius Pūras, A/HRC/29/33, 2 de abril de 2015, párr. 78

²⁸ ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 15 (2013) *sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24)*, CRC/C/GC/15, párr. 18

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

De esta forma, creemos que entre los cuidados y atención especiales a los que se refiere el artículo 25.2 de la Declaración Universal, se encuentran aquellas medidas dirigidas a promover la salud de la madre antes y después del parto²⁹ y de aquellas para facilitar a los progenitores cumplir con sus obligaciones de cuidado.

Aunque puede existir un número mayor de medidas encaminadas en estas dos direcciones, tales como medidas de promoción y protección de la salud reproductiva, para combatir mortalidad materno-infantil, para proteger el empleo de mujeres embarazadas, apoyos para asumir costos de cuidados no parentales, entre otras; sólo me enfocaré en dos de ellas que parecen urgentes de tratar en el contexto actual mexicano: primero, las licencias de maternidad, paternidad y parentales; y segundo, las medidas para facilitar y promover la lactancia materna.

LICENCIAS DE MATERNIDAD, PATERNIDAD Y PARENTALES EN RELACIÓN CON DERECHOS DE LA INFANCIA

Cabe recordar que el derecho a los *cuidados y asistencia especiales que tiene la maternidad y la infancia* se planteó en el apartado relativo a los llamados DESC y se encuentra después del artículo relativo a los derechos laborales, lo cual no parece casualidad. El artículo 25.2 tiene mucho que ver con los derechos laborales de las madres y padres trabajadores necesarios para cumplir con sus obligaciones de cuidadores frente a los derechos de sus hijos e hijas.

Una referencia obligada para el estudio de los derechos laborales de mujeres en sus diferentes etapas de vida reproductiva es el Convenio 183 de la OIT relativo a la protección de la maternidad³⁰. En su artículo 4 se establece el derecho que tienen

²⁹ Ver artículo 10 del PIDESC

³⁰ Adoptado en 1919, incluso antes de la Declaración Universal. Este Convenio ha sido revisado en dos ocasiones desde entonces con el fin de tomar en cuenta la evolución de la legislación y de la práctica nacionales. De la primera revisión en 1952, surge el Convenio 103, En este sentido, la 88ª Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en junio del 2000, revisó

las mujeres a solicitar licencia de maternidad por una duración mínima de 14 semanas. En el artículo 6 prevé la obligación de otorgar prestaciones pecuniarias que garantice a la mujer y a su hijo condiciones de salud apropiadas y un nivel de vida adecuado. El artículo 11 de la CEDAW también establece una referencia sobre la adopción de estas licencias.

Esto se traduce en contar con un permiso para no laborar durante un tiempo determinado sin perder el empleo ni los medios para proveerse de un nivel de vida adecuado. Estos permisos dependerán de las políticas de empleadores, pero deben estar sujetas a las reglamentaciones y apoyos que los Estados establezcan en favor de los derechos de la *maternidad* y la *infancia*, desde una lógica de corresponsabilidad.

En su Recomendación 191, la OIT señala que los Miembros deberían procurar extender la duración de la licencia a 18 semanas por lo menos y otorgar el 100% de la remuneración percibida antes de la licencia.³¹ Además de la licencia de maternidad y la de paternidad, en esta recomendación se prevén las licencias que denomina “parentales”, que, de acuerdo con este documento, son aquellas que se pueden solicitar una vez expirada la licencia de maternidad.

Este tipo de medidas son adoptadas bajo dos lógicas de protección; por un lado, atiende a las necesidades propias de la mujer durante el periodo perinatal, y por otro lado, la corresponsabilidad que se adquiere sobre los cuidados del neonato. Sin embargo, en el diseño y aplicación de este tipo de medidas, encontramos diferencias abismales entre países.

el Convenio 103 y dio paso a la adopción del Convenio 183. Este mantiene los principios fundamentales de la protección de la maternidad, y entre otros cambios amplía su campo de aplicación a todas las mujeres empleadas; la protección no solo a las enfermedades que sean consecuencia del embarazo o parto sino también a las complicaciones que puedan derivarse de estos; prevé un período de protección al empleo más largo y; que todo Miembro debe adoptar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo.

³¹ OIT, *Recomendación sobre la protección de la maternidad*, Recomendación 191, 15 junio 2000, se puede consultar en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312529:NO

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

Algunos Estados se centran en la importancia que reviste el cuidado del niño o niña durante la primera infancia. Así por ejemplo, en Australia no se prevén normas sobre licencias laborales antes del nacimiento; pero sí se prevén las licencias por maternidad de hasta 12 meses posteriores al mismo, con posibilidades de ser prorrogadas hasta por 12 meses más.³² En las Islas Baleares, el Tribunal Superior de Justicia reconoció el derecho de una mujer transgénero de gozar de 16 semanas de licencia de maternidad tras la adopción de un niño nacido mediante gestación subrogada, fundamentado su decisión en la protección del menor y en la necesidad de facilitar el cuidado familiar.³³

En otros lugares, este tipo de medidas son establecidas con una visión centrada en la protección de la salud de la mujer trabajadora durante el periodo de embarazo, parto y puerperio. Un reciente fallo del Tribunal Constitucional español así lo interpretó al resolver un asunto en el que el progenitor alegaba discriminación por la normativa que establece un periodo mayor para las licencias de maternidad que para las de paternidad.³⁴

Dependiendo de lo que cada país considere prioritario, entre las necesidades maternas y las de cuidados filiales, se define también el periodo del que se puede gozar de licencias de maternidad y la previsión o no de licencias de paternidad y/o parentales. Suecia es el ejemplo a destacar sobre las políticas de licencias laborales con el enfoque en el interés superior del niño. En ese país, ambos progenitores pueden permanecer fuera del

³² Cfr. Fairwork Ombudsman, Australia Government *Maternal and paternal leave*, consultado el 12 de septiembre de 2018 <https://www.fairwork.gov.au/leave/maternity-and-parental-leave>

³³ 20 minutos, *Una sentencia confirma la baja de maternidad tras adoptar por gestación subrogada*, consultada el 6 de agosto de 2018 en: <https://www.20minutos.es/noticia/3410229/0/confirman-baja-maternidad-adopcion-gestacion-subrogada/#xtor=AD-15&xts=467263#xtor=AD-15&xts=467263>

³⁴ Tribunal Constitucional de España, Gabinete del Presidente Oficina de Prensa, *El TC avala que no es discriminatorio que el permiso de paternidad tenga una duración de tiempo inferior que el de la madre*, nota informativa N° 104/2018, 23 de octubre de 2018, se puede consultar en https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2018_104/NOTA%20INFORMATIVA%20N%C2%BA%20104-2018.pdf;

trabajo hasta que su hijo/a cumpla 18 meses (sin goce de sueldo), además tienen derecho a licencia parental remunerada hasta por 16 meses, que pueden dividirse entre ellos según lo deseen y cuyo tiempo puede guardarse hasta que el niño o la niña cumpla 8 años.³⁵ Por otro lado, en países como Ghana, no se prevén licencias para padres.³⁶

Entre las políticas de diferentes Estados encontramos también diferencias en relación con la remuneración por el tiempo que no se está laborando. En el ejemplo dado sobre Australia, que prevé licencias de hasta por dos años, la remuneración durante el periodo de licencia es por un monto determinado (que puede ser menor al salario que se percibía antes de la licencia) y con un límite de 18 semanas. En Suecia la remuneración también es menor a las percepciones anteriores a la licencia e incluso se prevé un periodo sin goce de sueldo. En Ghana, las licencias de maternidad son hasta por un máximo de 12 semanas, pero se continúa percibiendo el mismo salario³⁷. Lo mismo sucede en Holanda, donde se prevén licencias de hasta 16 semanas con las mismas percepciones.³⁸

Es importante llamar la atención sobre la necesidad de prever las licencias de paternidad desde un punto de vista de los *cuidados y atención especial para la maternidad y la infancia*. Como lo ha establecido el CDN, los cuidados parentales son fundamentales para garantizar el pleno desarrollo de NNA³⁹, además establece la igualdad en las obligaciones de ambos progenitores para el cuidado de los hijos e hijas.⁴⁰

³⁵ Sweden Sverige, *10 things that make sweden family-friendly*, Apartado 2, consultada el 28 de octubre de 2018 <https://sweden.se/society/10-things-that-make-sweden-family-friendly/>

³⁶ Ver <https://mywage.org/ghana/labour-law/maternity-work>, consultada el 28 de octubre de 2018

³⁷ *Idem*

³⁸ Cfr <https://dutchreview.com/expat/health/maternity-leave-in-the-netherlands/> consultada el 28 de octubre de 2018

³⁹ Cfr. ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No 7, *Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, 2005, CRC/C/GC/7/Rev.1, párr 15

⁴⁰ Cfr. ONU, Comité de los Derechos del Niño, Observación General No 7, *Realización de los derechos del niño en la primera infancia*, 2005, CRC/C/GC/7/Rev.1, párr. 19

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

Involucrar a padres en la crianza genera beneficios tanto para ellos como para hijos e hijas, al tiempo de paliar algunas desigualdades entre hombres y mujeres. En términos de *conciliación entre la vida personal, familiar y laboral*, es importante que tanto hombres como mujeres tengan las mismas oportunidades de desarrollarse en estos tres ámbitos de su vida para el propio ejercicio del derecho a un *nivel de vida adecuado*.

Por otro lado, debido, entre otras cosas, a la idea preconcebida de que serán cuidadoras en su vida adulta, las niñas tienen mayores dificultades para entrar o permanecer en la escuela que los niños. Cambiar esa percepción es crucial para el acceso a los derechos en condiciones de igualdad para NNA, de tal manera que el establecimiento de políticas que impulsen la participación del padre en la crianza también puede ser visto como medida en favor de la igualdad entre hombres y mujeres.

En México se prevén diferentes políticas dependiendo del lugar en el que se labora. Para las licencias de maternidad, la política dependerá de si la madre trabaja en la iniciativa privada o al servicio del Estado. Entre otras diferencias, encontramos que se otorgan 12 semanas para las primeras y tres meses para las segundas⁴¹. Por otro lado, para quienes laboran en la Ciudad de México se prevén normas que regulan licencias de maternidad por adopción.⁴²

El Estado otorga las retribuciones al cien por ciento del último salario recibido por la mujer antes de gozar de la licencia. Para las trabajadoras de la iniciativa privada es a través del Instituto Mexicano del Seguro Social que se recibe este subsidio,⁴³ de tal forma que, a diferencia de las licencias de paternidad, la iniciativa privada no se ve afectada por otorgar licencias de maternidad, por lo que tienen la posibilidad de contratar de

⁴¹ Art 123 de la Constitución.

⁴² Art 21 de la Ley de Igualdad Sustantiva entre Mujeres y Hombres en el Distrito Federal “Para contribuir al reparto equitativo de las responsabilidades familiares y en cumplimiento a la igualdad sustantiva en el Distrito Federal se reconocerá el derecho de: 1. Las madres, por adopción, a un permiso por maternidad de quince días naturales y;

⁴³ Art. 101 de la Ley del Seguro Social

manera temporal a otra persona para cubrir sus demandas de trabajo.

No obstante, además del corto tiempo que se prevé en comparación con las recomendaciones de la OIT, encontramos diversas problemáticas para que este derecho sea verdaderamente ejercido. En primer lugar, existe un amplio porcentaje de mujeres que realizan trabajo informal, tan solo 34% de las mujeres con trabajo remunerado están afiliadas al IMSS y 6% al ISSSTE⁴⁴, de tal manera que el resto de las mujeres con trabajo remunerado no tienen acceso a estas prestaciones. En segundo lugar, a algunas trabajadoras este derecho les es negado.

En relación con las licencias de paternidad, también encontramos diferencias dependiendo del lugar en el que se labora. La regla base la encontramos en el artículo 132, fracción XXVIII Bis de la Ley Federal de Trabajo, que establece que: “son obligaciones de los patrones... Otorgar permiso de paternidad de cinco días laborables con goce de sueldo, a los hombres trabajadores, por el nacimiento de sus hijos y de igual manera en el caso de la adopción de un infante”. En diferentes instituciones públicas se prevén regulaciones que amplían el tiempo que puede gozar un padre para estas licencias.

En términos de *atención y cuidados especiales para la maternidad e infancia*, el tiempo establecido para gozar de licencias para padres parece estar muy por debajo de las necesidades de NNA. Por otro lado, al no establecer subsidios públicos, quienes asumen estas obligaciones son los empleadores, de tal manera que la ampliación de las licencias para padres dependerá totalmente de la voluntad del mismo. Otro problema, que no es exclusivo de México, es que muchos padres no solicitan este tipo de licencia⁴⁵, lo cual puede atender a diversas razones, entre otras la idea de que el cuidado de los hijos e hijas es tarea exclusiva de la mujer y porque en general, en sociedades capitalistas, se conciben a las tareas de cuidado como tareas no productivas y por lo tanto no valiosas.

⁴⁴ GIRE, *Horas hábiles, corresponsabilidad en la vida laboral y personal* 2017, Tema 4.1

⁴⁵ GIRE, *Horas hábiles, corresponsabilidad en la vida laboral y personal* 2017.

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

En México, el mayor problema para adoptar medidas *de atención y cuidados especiales para la maternidad y la infancia* son los horarios laborales que no permiten una conciliación. Este problema tiene otras consecuencias graves en términos de igualdad, ya que, frente a la imposibilidad de que ambos progenitores puedan cumplir con los horarios de trabajo remunerado al tiempo de cumplir con sus obligaciones de cuidado, uno/a de ellos/as, casi siempre la mujer, se ve obligada a renunciar al trabajo remunerado para dedicarse al cuidado de los hijos e hijas, lo cual fomenta mayores desigualdades.

MEDIDAS PARA FACILITAR Y PROMOVER LA LACTANCIA MATERNA

La Organización Mundial para la Salud (OMS) y el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), agencias internacionales especializadas en salud e infancia respectivamente, han liderado un esfuerzo por promover y generar condiciones que faciliten la lactancia materna.

De acuerdo con estas agencias, la lactancia materna es la mejor práctica para la salud, desarrollo y nutrición, persiguiendo múltiples beneficios tanto para madres como para niños y niñas, e incluso, para la economía⁴⁶, al ser una medida que disminuye riesgos en salud y previene enfermedades.⁴⁷ Según sus investigaciones, invertir en lactancia materna puede salvar la vida de 520,000 niños y niñas en todo el mundo⁴⁸. Además, dan algunas estimaciones en relación con las pérdidas económicas que representa para los países la falta de inversión en esta práctica.⁴⁹

⁴⁶ Cfr <https://www.unicef.org/breastfeeding/> consultada el 10 de noviembre de 2018

⁴⁷ Cfr <https://www.unicef.org/mexico/spanish/guialactancialess.pdf> , pág 5; <https://www.unicef.org/breastfeeding/>

⁴⁸ Cfr <https://www.unicef.org/breastfeeding/> consultado el 10 de noviembre de 2018

⁴⁹ UNICEF, OIT, *GLOBAL BREASTFEEDING SCORECARD, 2017 Tracking Progress for Breastfeeding Policies and Programmes* “Countries lose more than \$300 billion annually because of low rates of breastfeeding (0.49

Las recomendaciones de OMS y UNICEF están dirigidas a promover que la lactancia materna inicie en la primera hora de vida, debe ser el único alimento durante los primeros 6 meses de vida y debe continuarse por lo menos hasta los 24 meses, complementada con otros alimentos.⁵⁰

Para lograr esto, no basta con informar a las madres sobre los beneficios que tiene la lactancia materna para su salud y la de su hijo o hija. Aún más importante que ello, es generar las condiciones que facilite a las madres llevarla a cabo. Se trata de *crear capacidades*, en el sentido que Nussbaum y Sen dan a este concepto:

-Las capacidades- “son las respuestas a la pregunta ¿qué es capaz de hacer y de ser esta persona? Por decirlo de otro modo, son lo que Sen llama <<libertades sustanciales>>, un conjunto de oportunidades (habitualmente interrelacionadas) para elegir y actuar. Según una de las definiciones del concepto típicas de Sen, <<la “capacidad” de una persona hace referencia a las combinaciones alternativas de funcionamientos que le resulta factible alcanzar. La capacidad viene a ser, por lo tanto, una especie de libertad: la libertad sustantiva de alcanzar combinaciones alternativas de funcionamientos>>. Dicho de otro modo, no son simples habilidades residentes en el interior de una persona, sino que incluyen también las libertades o las oportunidades creadas por la combinación entre esas facultades personales y el entorno político, social y económico.”⁵¹

De esta manera, cualquier política encaminada a promover la lactancia materna debe tener generar las oportunidades para que las mujeres estén en capacidad de elegir y actuar. Es decir, se deben adoptar las políticas que faciliten la lactancia materna, de tal manera que el entorno político, social y económico no re-

percent of GNI).” Se puede consultar en https://thousanddays.org/wp-content/uploads/Global-Breastfeeding-Collective_Breastfeeding-Scorecard.pdf

⁵⁰ UNICEF, OIT, *GLOBAL BREASTFEEDING SCORECARD, 2017 Tracking Progress for Breastfeeding Policies and Programmes*. Se puede consultar en https://thousanddays.org/wp-content/uploads/Global-Breastfeeding-Collective_Breastfeeding-Scorecard.pdf

⁵¹ Nussbaum, Marta C, “Crear capacidades Propuesta para el desarrollo humano”, Paidós Estado y Sociedad. Pág 40

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

presente barreras que impida a las mujeres tomar su decisión en condiciones de libertad.

En los últimos años se ha desatado diversos debates acerca de las políticas encaminadas a promover la lactancia materna, por un lado, y la necesidad de respetar la decisión de cada mujer sobre practicarla o no, por el otro. En España y Gran Bretaña, por ejemplo, organizaciones de mujeres han sido especialmente activas en generar reclamos por la presión que se ejerce sobre ellas para practicar lactancia materna.⁵²

De esta manera, para la adopción y ejecución de estas medidas, se debe partir de la premisa de respetar las decisiones libres de cada mujer. Entre las condiciones sin las cuales no es posible la toma de decisiones en libertad, podemos mencionar el contar con opciones y el tener acceso a toda la información relevante sobre las mismas tanto las consecuencias positivas como las negativas. Para lograrlo se requieren diversas acciones que deberán estar interrelacionadas.

La OMS y UNICEF promueven 7 acciones específicas, a saber:

1. Incrementar el financiamiento
2. Adoptar y monitorear el Código Internacional de Comercialización de Sucedáneos de la Leche Materna.⁵³
3. Promover políticas de licencia familiar remunerada y de lactancia materna.
4. Implementar los Diez pasos para una lactancia exitosa en instalaciones de maternidad.⁵⁴
5. Mejorar el acceso a asesoramiento especializado en lactancia materna en establecimientos de salud.
6. Fortalecer los vínculos entre los establecimientos de salud y las comunidades para apoyar la lactancia materna.
7. Monitorear el progreso de las políticas, programas y fondos para la lactancia materna.

⁵² <https://www.elmundo.es/papel/historias/2018/07/12/5b4627afe5fdea08168b45b2.html>

⁵³ Se puede consultar en https://www.unicef.org/republicadominicana/Codigo_Intl_Comercializacion_Sucedaneos_Leche_Materna.pdf

⁵⁴ Se puede consultar en <https://www.unicef.org/spanish/nutrition/breastfeeding.html>

Los Diez pasos para la lactancia exitosa prevén medidas encaminadas a fomentar esta práctica (por ejemplo, proporcionar asesoría sobre sus beneficios), mientras que el *Código Internacional de Comercialización de Sucedáneos de la Leche Materna* prevé medidas encaminadas a evitar prácticas que puedan disuadirla, (por ejemplo, la prohibición para los agentes de salud de proporcionar muestras de preparaciones para lactantes). Tanto en el Código como en los Diez pasos, se prevé la obligación de los Estados de proporcionar la información necesaria a las familias sobre las implicaciones de la lactancia materna; en el caso particular del Código, se establece que dicha información debe ser “objetiva y coherente”.

El apartado anterior se ha dedicado a las licencias parentales y su importancia para la protección de la maternidad y la infancia desde el punto de vista de las necesidades de niñas y niños durante la primera infancia. Vale la pena mencionar aquí que estas licencias son igualmente necesarias para facilitar la lactancia materna, ya que sin estas disposiciones, las mujeres con trabajo remunerado se ven obligadas a regresar al trabajo demasiado pronto.⁵⁵ Incluso si se establecieran los umbrales más bajos de las recomendaciones de la OIT (18 semanas) resulta difícil para una madre trabajadora cumplir con la recomendación de UNICEF y OMS de proporcionar lactancia materna exclusiva durante los primeros 6 meses de vida.

Otras medidas en los lugares de trabajo pueden ser promovidas para facilitar la lactancia materna; por ejemplo, disposiciones sobre horarios de trabajo flexibles para amamantar o para la extracción de leche, además de la instalación de espacios adecuados destinados a ello (lactarios).⁵⁶

Cabe destacar que las medidas de prevención de violencia obstétrica también son claves para fomentar que el recién nacido pueda ser alimentado durante la primera hora de vida.

El monitoreo sobre el progreso de las políticas, programas

⁵⁵ https://thousanddays.org/wp-content/uploads/Global-Breastfeeding-Collective_Breastfeeding-Scorecard.pdf, pág 5

⁵⁶ Art. 9 de la recomendación 191 de la OIT.

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

y fondos para la lactancia materna es fundamental. La OMS y UNICEF han realizado un estudio sobre los niveles de implementación de las 7 acciones referidas con antelación en tres regiones: África, Asia y América.

De acuerdo con estos indicadores, México se encuentra entre los países como un índice aceptable de bebés alimentados con leche materna durante la primera hora de vida, con un promedio de 51%. Sin embargo, este porcentaje disminuye significativamente conforme van creciendo, ya que el 30.8% de los lactantes son amamantados durante los primeros 5 meses, y tan sólo el 24.4% son amamantados durante los primeros dos años de vida.

En cuanto a las políticas establecidas en México para favorecer una lactancia materna, está calificado como aceptable en tanto implementa algunas previsiones del Código Internacional de Comercialización de Sucedáneos de leche Materna, pero muy bajo en cuanto a las medidas de implementación de los Diez pasos para la lactancia exitosa, con menos de 20%.

Sería importante que México no sólo adoptara estos dos instrumentos promovidos por OMS y UNICEF, sino que también se adhiriera a las recomendaciones de la OIT en materia de protección a la maternidad. Si bien, la adopción de este tipo de políticas depende de recursos, lo cierto es que invertir en la salud de las personas durante la primera infancia es mucho más redituable para cualquier Estado, tanto en términos económicos como sociales.

Para terminar, quisiera destacar lo que Eleonora Roosevelt, principal impulsora de la Declaración Universal, señaló mientras abogaba por un mayor acceso de las mujeres a posiciones de decisión, “el verdadero problema consistía en el reconocimiento pleno, por parte de los que elaboraban las políticas públicas, de las necesidades de las mujeres y sus circunstancias”⁵⁷ y yo agregaría, y de las de NNA.

⁵⁷ Glendon, Mary Ann, “Un mundo Nuevo Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos”, trad. Pallares Pedro, Fondo de Cultura Económica, 2011, pág. 151

ABIGAYL ISLAS LÓPEZ

CONCLUSIONES

La incorporación de este artículo en la Declaración Universal, hace notar que desde hace 70 años existe un consenso internacional sobre la importancia que reviste la función de la maternidad en cualquier sociedad; además que niños y niñas son titulares de derechos y que durante la maternidad y la infancia se presentan necesidades particulares que deben ser vistas desde una mirada de responsabilidad pública y no sólo privada.