

**UNIVERSIDAD DE OTAVALO**

**MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

**El principio de igualdad y justicia social que garantice la estabilidad laboral de la  
mujer embarazada en la legislación ecuatoriana y colombiana**

**PROYECTO DE INVESTIGACIÓN, PREVIO LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE  
MAGISTER EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

**AUTORES:**

MARÍA JOSÉ ALDÁS GUERRERO

IVANHOE JOSAFAT MAFLA YÉPEZ

**TUTOR METODOLÓGICO:** PhD. ELENA BURGALETA

**TUTOR CONTENIDO:** PhD. MERCK BENAVIDES

**Otavalo, marzo 2020**

## DECLARACIÓN

Nosotros, María José Aldás Guerrero e Ivanhoe Josafat Mafla Yépez, declaramos bajo juramento que el presente trabajo de titulación “**El principio de igualdad y justicia social que garantice la estabilidad laboral de la mujer embarazada en la legislación ecuatoriana y colombiana**”, es de nuestra exclusiva autoría y producción, que la hemos elaborado para la obtención del título de Magíster en Derecho Constitucional de la Universidad de Otavalo.

Cedo a la Universidad de Otavalo los derechos exclusivos de reproducción, comunicación, distribución y divulgación total o parcial de esta obra, siempre y cuando no se lo haga con fines de beneficio económico.

Declaro que, en caso de presentarse algún reclamo de terceros sobre derechos de autoría de esta obra, yo asumiré toda responsabilidad legal frente a la universidad y terceros.

ABG. MARÍA JOSÉ ALDÁS GUERRERO

C.I. 1716685175

ABG. IVANHOE JOSAFAT MAFLA YÉPEZ

C.I. 0401447420

## DEDICATORIA

Queremos agradecer a Dios, a la Virgencita de la Caridad y a nuestros ángeles que desde el cielo nos han cuidado, guiando y que nos protegen.

Todo el esfuerzo y sacrificio hoy tiene su fruto; éxito que se consigue únicamente en honor a nuestros hijos, quienes, con sus tiernas manos y sus cálidos besos, han dado la fuerza necesaria para hoy cumplir una meta más.

**Ariel Sebastián**, te has convertido en un hombrecito, lleno de responsabilidad, cuidados y amor;

**Mía Elamm Alegría**, con tu carita angelical y amor infinito has complementado nuestras vidas.

**Sus locuras y ocurrencias hacen que cada día sea diferente, que todo esto valga la pena; gracias por ser parte de nuestras vidas. Solo recuerden que el cielo es tu límite, y que lo que inicien lo deben de terminar.**

A nuestras Madres y Padres; quienes han sido el ejemplo de la perseverancia y asumieron la responsabilidad de proteger nuestros bienes más preciados, gracias a Ustedes por el tiempo que dedicaron a cuidar a nuestros hijos, mientras cumplíamos nuestros sueños.

A mis Hermanas y a mi Hermano, sobrinas y sobrinos; gracias por su cariño, gracias por dejarnos ser parte de Ustedes.

**María José Aldás Guerrero**

**Ivanhoe Josafat Mafla Yépez**

## **AGRADECIMIENTO**

A nuestros docentes, por haber brindado sus conocimientos y lograr de esta manera un enriquecimiento profesional y personal.

A nuestros compañeros de la Primera Cohorte de la Maestría en Derecho Constitucional por su camaradería y amistad; gracias Doctores.

A la Universidad de Otavalo, a todos quienes forman parte de la Dirección de Posgrados; gracias por esta experiencia inolvidable.

Gracias a todos

**María José Aldás Guerrero**

**Ivanhoe Josafat Mafla Yépez**

## ÍNDICE DE CONTENIDO

DECLARACIÓN .....	i
DEDICATORIA .....	ii
AGRADECIMIENTO .....	iii
ÍNDICE DE CONTENIDO .....	iv
ÍNDICE DE FIGURAS .....	vi
RESUMEN .....	vii
ABSTRACT .....	viii
INTRODUCCIÓN .....	1
CAPÍTULO I.- MARCO TEÓRICO .....	4
<b>1.1. Antecedentes y situación problemática .....</b>	<b>4</b>
<b>1.1.1 Antecedentes .....</b>	<b>4</b>
<b>1.2. Bases teóricas .....</b>	<b>6</b>
<b>a. El Principio de igualdad .....</b>	<b>6</b>
<b>a.1. Características del principio de igualdad .....</b>	<b>9</b>
<b>b. La justicia .....</b>	<b>11</b>
<b>b.1. La Justicia Social .....</b>	<b>13</b>
<b>b.2. La Justicia Distributiva .....</b>	<b>15</b>
<b>c. Los derechos fundamentales de la mujer embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad .....</b>	<b>17</b>
<b>c.1.- Derecho a la libre elección de la maternidad .....</b>	<b>19</b>
<b>c.2. Derecho a la protección social de la mujer embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad .....</b>	<b>21</b>
<b>c.3. Derecho al trabajo de la mujer embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad .....</b>	<b>24</b>
<b>c.4. Derecho a no sufrir discriminación en el ámbito laboral de la mujer embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad .....</b>	<b>28</b>
<b>c.4.1. Definición de discriminación de las mujeres embarazadas .....</b>	<b>28</b>
<b>d. Derechos laborales de la mujer embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad, en la legislación nacional y supranacional .....</b>	<b>35</b>
<b>d.1. Estabilidad laboral de la mujer embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad .....</b>	<b>42</b>
<b>d.2. Licencia de maternidad .....</b>	<b>51</b>
<b>d.3. Permiso de lactancia .....</b>	<b>59</b>
<b>d.4. Derecho al cuidado del recién nacido .....</b>	<b>63</b>
<b>e. Los juzgadores como garantistas del principio de igualdad de la mujer embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad .....</b>	<b>67</b>
<b>f. Efectos jurídicos de la vulneración del principio de igualdad frente al derecho de estabilidad laboral de la mujer embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad .....</b>	<b>72</b>

<b>1.2.1. Situación problemática</b> .....	75
<b>1.2.2. Formulación y justificación del problema científico</b> .....	78
<b>1.3. Objetivos de la investigación</b> .....	78
<b>1.3.1. Objetivo general</b> .....	78
<b>1.3.2. Objetivos específicos</b> .....	78
<b>CAPITULO II. MARCO METODOLÓGICO</b> .....	79
<b>2.1. Enfoque de la investigación</b> .....	79
<b>2.2. Tipo de investigación</b> .....	79
<b>2.3. Técnicas e instrumentos de recolección de información</b> .....	82
<b>CAPÍTULO III.- RESULTADOS</b> .....	85
<b>3.1. Presentación de resultados</b> .....	85
<b>3.2. Análisis e interpretación de resultados</b> .....	92
<b>CAPÍTULO IV.- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES</b> .....	100
<b>4.1. Conclusiones</b> .....	100
<b>4.2. Recomendaciones</b> .....	101
<b>Bibliografía</b> .....	103
<b>ANEXOS</b> .....	107
<b>Anexo No. 1.</b> .....	107
<b>Anexo No. 2</b> .....	108
<b>Anexo No. 3</b> .....	111
<b>Anexo No. 5</b> .....	116

## ÍNDICE DE FIGURAS

<b>Figura 1</b> .....	57
<b>Figura 2</b> .....	89
<b>Figura 3</b> .....	89
<b>Figura 4</b> .....	90
<b>Figura 5</b> .....	90
<b>Figura 7</b> .....	90
<b>Figura 8</b> .....	91
<b>Figura 9</b> .....	91
<b>Figura 10</b> .....	91
<b>Figura 11</b> .....	91
<b>Figura 12</b> .....	92
<b>Figura 13</b> .....	92

## RESUMEN

La Constitución de la República del Ecuador al ser una Constitución garantista y protectora de derechos ha incluido a la mujer embarazada dentro de los Grupos de Atención Prioritaria garantizando de esta manera la protección de la misma desde el momento de su concepción hasta luego del periodo de lactancia a la que tiene derecho la mujer por estar asociada a su condición de gestación o maternidad demostrando de esta manera una justicia social protectora; en la misma Norma Suprema garantiza la estabilidad laboral de la mujer embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad al indicar que la mujer en estado de gravidez no podrá ser discriminada por su condición. Entendiendo entonces que conforme lo indica el numeral 2 del artículo 11 de la Carta Magna determina que todos somos iguales ante la ley gozando de derechos, deberes, responsabilidades y obligaciones; razón por la cual la mujer en estado de gravidez goza de los mismos derechos de la mujer que no lo está, con la única diferencia que la protección a la mujer embarazada será con el ánimo de proteger a la madre y su hijo. La Constitución de la República del Ecuador en referencia a las demás constituciones es más proteccionista y garantista en relación a los derechos de la mujer embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad.

**Palabras Claves:** Trabajo, Mujer Embarazada, Igualdad, Derechos, Estabilidad  
Vulneración

## **ABSTRACT**

Being the Constitution of the Republic of Ecuador a Constitution that guarantees and protects the rights, it has included pregnant women in Priority Care Groups. Thus guaranteeing protection from the moment of conception until after the nursing period, to which women have the right due to their condition of gestation or maternity; therefore it demonstrates a protective social justice. The same Supreme Norm guarantees the job stability of pregnant women or those associated with their pregnancy or maternity condition, indicating that pregnant women cannot be discriminated against their gravidity condition. Understanding then that as indicated in number 2 of article 11 of the Magna Carta, it states that we are all equal before the law; enjoying rights, duties, responsibilities and obligations. For this reason pregnant women enjoy the same rights as no pregnant women, with the only difference that the protection of the pregnant woman will be with the intention of protecting the mother and her child. The Constitution of the Republic of Ecuador, with respect to the other constitutions, is more protectionist and guarantor in relation to the rights of pregnant women or linked women to gestation or maternity.

Keywords: Work, Pregnant woman, Equality, Rights, Stability, Violation.

## **INTRODUCCIÓN**

El Estado ecuatoriano ha venido incorporando en nuestra legislación de manera paulatina reconocimiento a los derechos de las mujeres, siendo el primero el derecho al voto conforme consta en la Constitución de la República del Ecuador 1929 donde además ya se considera a la mujer como ciudadana; dentro de estos reconocimientos la protección al derechos laborales; la Constitución de la República del Ecuador al ser garantista de derechos, razón por la cual se incluye el grupo de atención prioritaria ha incorporado a la Carta Magna considerado que las mujeres en estado de gestación o embarazadas se encuentran inmersas en el grupo de atención prioritaria, de esta manera el Estado garantiza su protección; sin embargo, en el campo laboral, las mujeres se han visto envueltas en algunos tipos de segregaciones por el mismo hecho de ser mujer, pero mucho más por el motivo de estar embarazadas, demostrando que existe discriminación, desigualdad al momento de la inserción laboral para mujeres y más para mujeres embarazadas o asociadas a su condición de gestación o maternidad.

En el ámbito laboral la mujer ha ganado cada vez un espacio donde se ha convertido en una verdadera fuerza de liderazgo desde cada área donde se desempeñe, logrando de esta manera que ya no sea considerada únicamente como madre o situaciones parecidas; ahora las mujeres han forjado su desarrollo a base de lucha constante de heroínas que han hecho que las mujeres pierdan el miedo y empiecen a luchar por conquistar sus propios sueños.

Las mujeres que se encuentren en estado de embarazo o que están asociadas a su condición de gestación o maternidad desde el punto de vista laboral se han visto segregadas por las empresas o empleadores con el propósito de no mantener la relación laboral por la complejidad según los empleadores de cuidar laboralmente a una mujer que se encuentre en gestación y luego pueda gozar de los demás beneficios de la maternidad conforme lo determina tanto el Código del Trabajo, la Ley Orgánica del Servicio Público y la Ley Orgánica de Seguridad Social, esto sustentado en el Boletín Técnico 02-2019-ENEMDU realizado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos en el que se indica que el desempleo de las mujeres es del 5.7% mientras que el desempleo de los hombres es del 3.8%; datos estadísticos que revelan de alguna manera la discriminación por el tipo de género; siendo afectadas de manera particular quienes se encuentran en estado de gravidez,

ahora bien en la propia Constitución de la República del Ecuador establece que todos somos iguales y gozamos de los mismos derechos; pero en el ámbito laboral se evidencia la existencia de algún tipo de discriminación para acceder a una plaza laboral al ser mujer y más aún al estar embarazada.

Ahora también se debe de tomar en cuenta que existen tratados internacionales con los que se garantizan a las mujeres embarazadas o que están asociadas a su condición de gestación o maternidad, los mismo que han sido ratificado con el estado ecuatoriano y colombiano al estar enmarcados dentro de los derechos humanos y al ser una norma supraconstitucional conlleva al respeto absoluto de las garantías de protección laboral para las mujeres embarazadas o que se encuentren asociadas a su condición de gestación o maternidad.

A raíz de estos tratados internacionales que han sido ratificados por el estado ecuatoriano y colombiano, en cada uno de los países se han creado leyes con las cuales se ha logrado respetar el principio de igualdad y justicia social a la que se encuentran amparadas, principios y derechos que se hallan contemplados en cada una de las constituciones de los dos países; en las cuales se manera clara indican que el estado es el encargado de garantizar la protección en todo sus ámbitos a la mujer embarazada o que se encuentre asociada a su condición de gestación o maternidad.

Entonces entenderías que unos de los deberes primordiales de cada uno de los estados es proteger y garantizar a la mujer embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad.

En el primer Capítulo se considera importante referenciar a los antecedentes históricos de la lucha vivida por las mujeres con el objeto de que sus derechos sean reconocidos; demostrando que el Estado ecuatoriano es protector de la mujer embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad, razón por la cual dentro de la Constitución de la República del Ecuador determina que la mujer embarazada forma parte del Grupo de Atención Prioritaria otorgándole de esta manera protección integral de manera amplia; así también, se analiza las recomendaciones que la Organización Internacional del Trabajo ha hecho a los Estados miembros, con el propósito de precautelar y respaldar la protección a las mujeres embarazadas o asociadas a su condición de gestación o maternidad; de la

misma manera se realizó un análisis de la normativa laboral vigente en el Estado colombiano con el que se pudo evidenciar que las políticas protectoras de la mujer embarazada en base a la estabilidad laboral eran completamente diferentes a la normativa ecuatoriana.

En el segundo Capítulo referente al Marco Metodológico, utilizaremos la investigación descriptiva y documental ya que estaremos en contacto directo con normativas ecuatorianas y colombianas, que serán analizadas en su totalidad; para este estudio será útil el método jurídico por el mismo hecho de la investigación; con el Método Histórico Jurídico analizaremos la lucha social que han tenido las mujeres para hoy gozar de estos derechos; el Método Socio – Jurídico con el que examinaremos el impacto que ha tenido en la sociedad el reconocimiento de los derechos de la mujer embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad, con el propósito de que esta investigación se dirija hacia los objetivos planteados; como técnica investigativa realizaremos entrevistas a profesionales especializados en nuestro tema de investigación; adicional a esto utilizaremos a la encuesta como otra técnica investigativa dirigida a las mujeres que se encuentran embarazadas o asociada a su condición de gestación o maternidad y de esta manera validar las propuestas realizadas.

En el tercer Capítulo relativo a los resultados de la investigación, conforme a la entrevista realizada a los expertos y las encuestas a las mujeres que se enmarcan en esta investigación; se evidencia que el Estado ecuatoriano desde el 2008 ha incluido a la mujer en estado de gravidez dentro del Grupo de Atención Prioritaria, así como también se aclara que el principio de igualdad debe de ser respetado por el empleador público y privado esto siendo o no una mujer embarazada y que esto conlleva a la estabilidad laboral, la misma que no debe de depender del estado en el que se encuentre la mujer.

En el cuarto Capítulo, se realizan las conclusiones y recomendaciones conforme a la investigación, en las que se indican los avances significativos que ha tenido el Ecuador referente a la protección de los derechos de la mujer embarazada a diferencia de la legislación del Estado colombiano.

## **CAPÍTULO I.- MARCO TEÓRICO**

### **1.1. Antecedentes y situación problemática**

#### **1.1.1 Antecedentes**

Históricamente podemos decir que la igualdad de derechos para las mujeres como la equidad y equiparación jurídica proviene de la Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana, la que fue redactada por Olympe de Gouges en el año 1791; iniciando de esta manera una lucha constante cuya protagonista ha sido, son y serán las mujeres, con esta lucha se obtuvo una vida en condiciones dignas, con el propósito de poder gozar de derechos justos en igualdad a los derechos de los hombres.

A raíz de la lucha que los obreros tuvieron que enfrentar el primero de mayo de 1886 en Chicago la ciudad más poblada de los Estados Unidos de Norteamérica, buscando como primer propósito que se laboren ocho horas diarias, consagrándose como mártires a quienes por su idealismo consiguieron una igualdad social y justa desde el punto de vista laboral; por ello el primero de mayo es considerado a nivel mundial como signo de lucha de la clase obrera; pero se debe de recordar que dentro de aquellos mártires también existieron mujeres quienes lucharon por la igualdad y equidad laboral para las mujeres, por estas luchas, es en el año de 1910 en Copenhague que se proclamó el Día Internacional de la Mujer, para que sea celebrado el ocho de marzo de cada año, para reclamar la igualdad, equidad, participación y el empoderamiento de la mujer en todos los ámbitos de la sociedad

En todo Latinoamérica surgieron mujeres quienes iniciaron la lucha de los derechos laborales, en Ecuador la pionera de la lucha por la igualdad, equidad y justicia laboral para las mujeres fue la Dra. Matilde Hidalgo Navarro la primera médico en Ecuador, quien ejerció el derecho constitucional a votar en 1924 considerado como un acto heroico y el inicio de un reconocimiento, considerándose además que Ecuador fue el primer país en América Latina quien otorgó este derecho.

De la misma manera fueron innumerables mujeres quienes siguen con esa lucha incansable para que las mujeres sigan siendo reconocidas en los ámbitos civiles, políticos y sociales para de ahí reclamar la eliminación de las brechas salariales entre el hombre y la mujer, aboliendo el apoyo al alcoholismo, proteger y redimir a las mujeres que se dedicaban al

trabajo sexual. Por lo que es necesario, recordarlas como pioneras de las luchas de los derechos de las mujeres a Zoila Ugarte quien fundó el Centro Feminista Anticlerical, Dolores Cacuango, Tránsito Amaguaña; y Nela Martínez quien a raíz de esta lucha incansable combatía los abusos y autoritarismo de Arroyo del Río; es allí que Nela Martínez dirigió la toma del Palacio de Gobierno y encaminó al país por cuatro días hasta que Velasco Ibarra fue nombrado como presidente de la República del Ecuador. Demostrando con esto que la lucha de la mujer para la obtención y reconocimiento de sus derechos ha sido una constante disputa que hasta en la actualidad se la realiza.

Mientras tanto en Colombia, a través de la Ley No. 28 de 1932 y del Decreto 1972 del año 1973 se consagra el derecho de la mujer de administrar sus propios bienes y acceso a la cultura y educación; pero, es en el año de 1936 a raíz de la reforma constitucional realizada por el presidente Alfonso López Pumarejo se incluye una cláusula que autoriza el desempeño de cargos públicos de las mujeres.

Se debe de considerar también lo que dice la Revista Jurídica Javeriana Volumen 17 No. 29 manifestando que la mujer más referente en la lucha obrera en el país vecino de Colombia es María Cano, reconocida por su carácter aguerrido, por su aporte en la lucha obrera y socialista en los años XX, y por su papel en la construcción de la primera Central Única de Trabajadores del país, además también son reconocidas como baluartes en la obtención de estos derechos a Betsabé Espinosa, Juana Juliana Guzmán y Felicita Campos, quien son reconocidas por su intervención en sus huelgas obreras, al defender la propiedad campesina y resistencia frente a la agresión terrateniente en contra de la población negra y mujeres indígenas.

La Constitución de la República del Ecuador, al ser la norma suprema garantista une a la mujer a un grupo de atención prioritaria en situación de vulneración, dando de esta manera una prioridad a las mujeres embarazadas o mujeres que se encuentren asociadas a su condición de gestación o maternidad, para que el Estado las proteja y brinde garantías necesarias con el propósito de protegerlas.

La protección a las mujeres embarazadas o asociadas a su condición de gestación o maternidad siempre será un tema de prioridad, el ejercicio pleno de los derechos de la

mujer embarazada la inserción laboral y la garantía de la estabilidad laboral hace que la mujer alcance un correcto nivel de vida; el cumplimiento de los derechos de la mujer embarazada trae consigo la igualdad de condiciones laborales y justicia social.

Con este estudio se podrá comparar el principio de igualdad y justicia social para garantizar la estabilidad laboral de la mujer embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad; derechos que consisten en la licencia por maternidad, horario de lactancia, licencia por adopción y las prestaciones pecuniarias y médicas a las que tiene derecho.

Es necesario hacer notar la importancia que tiene el presente trabajo desde el punto de vista socio jurídico, ya que a menudo son vulnerados los derechos de las mujeres trabajadoras, por el incumplimiento de los derechos laborales tanto en el Ecuador como en Colombia; es así que, mediante esta investigación se establecerán y determinarán diferencias y semejanzas entre estas legislaciones.

## **1.2. Bases teóricas**

### **a. El Principio de igualdad**

Es importante partir sobre lo que dice Guillermo Cabanellas en base al principio de igualdad; el catedrático quien ya establece una diferenciación de la igualdad ante la ley y hace referencia a una igualdad en la relación laboral

Conformidad o identidad entre dos o más cosas, por comunidad o coincidencia de naturaleza o accidentes. Correspondencia, armonía y proporción entre los elementos integrantes de un todo. Trato uniforme en situaciones similares. ausencia de privilegio, favor o preferencia. ANTE LA LEY. La propia generalidad de la ley (pues, si no, constituye excepción o privilegio) lleva a equipar a todos los ciudadanos, e incluso a todos los habitantes de un país, siempre que concurra identidad de circunstancias; porque, en caso contrario, los propios sujetos o los hechos imponen diferente trato: ambos son poseedores, pero ningún legislador se ha decidido a tratar lo mismo al de buena fe que al de mala fe, ni para adquirir, ni en cuanto al resarcimiento por gastos, mejoras y otras causas. DE TRATO ENTRE TRABAJADORES. La supresión de diferencias laborales cuando las situaciones, conductas y rendimientos son iguales se halla establecida en distintos ordenamientos y figura como aspiración de las organizaciones de trabajadores. Ha sido consagrada en el Tratado de Versalles (Cabanellas, Diccionario Jurídico Elemental, 2000, pág. 155).

Ahora bien, otro Diccionario Jurídico al igual que Cabanellas establece que la igualdad ante la ley lo que trata es de equiparar las normativas para todos los ciudadanos, por lo que este Diccionario Jurídico de la Distribuidora Jurídica Nacional establece:

Igualdad entre dos o más cosas. Ante la Ley es la propia generalidad de la ley lleva a equiparar a todos los ciudadanos e incluso a todos los habitantes de un país. De Trato significa que el trabajador nacional de un estado miembro no puede en el territorio de los demás Estados miembros, en razón de su nacionalidad, ser tratado en forma diferente que los trabajadores nacionales en lo relativo a condiciones de trabajo y empleo. Procesal Principio esencial en la tramitación de juicios (Distribuidora Jurídica Nacional, 2011, pág. 217).

Pero cabe recalcar que el doctrinario ecuatoriano Gabriel Galán Melo en su obra Igualdad Jurídica y la no discriminación en el Régimen Tributario, brinda una conceptualización más clara y entendible de lo que es el principio de igualdad; pues, él hace referencia a 3 dimensiones universales de la igualdad como la igualdad desde el valor de la igualdad, desde una idea principio de igualdad y la igualdad desde la perspectiva de un derecho

Desde una perspectiva semántica, la igualdad aparece como un término polisémico que ofrece múltiples interpretaciones; sin embargo, todas las acepciones confluyen en tres dimensiones universales aceptadas: (1) el valor o concepto de igualdad (la cual nos refiere ya con relación a la libertad y sirve de límite del poder como garantía de la convivencia social), (2) el principio jurídico de igualdad y (3) el derecho de igualdad; todas, interdependientes entre sí para su comprensión y múltiples manifestaciones en el orden social, político, jurídico y económico del ser humano, de ahí que, “una simple aproximación a la idea de igualdad como concepto, como principio, o como derecho reconocido al interior de un ordenamiento jurídico, revela inmediatamente que se trata de una noción que no responde a un sentido unívoco sino que admite múltiples acepciones aplicables de acuerdo con las particularidades de cada caso (Galán Melo , 2013, pág. 9).

El principio de igualdad, puede ser configurado, catalogado de distintas maneras; pero siempre con un único objetivo y fin, demostrar que todos somos iguales entre nosotros, que no existen diferencias; por ende, la ley no distingue de etnia, raza, color, religión entre otros, esto se encuentra plasmado en la propia Constitución de la República del Ecuador en su artículo 11 en el que nos refiere al ejercicio de los derechos bajo algunos principios y que con claridad en el numeral 2 dice que todas las personas son iguales y gozarán de los mismos deberes, derechos, responsabilidad y oportunidades; es decir, el estado garantiza el principio a la igualdad, y que bajo la responsabilidad del Estado iniciar acciones que

promuevan la igualdad en favor de quienes se encuentren en situaciones de desigualdad y discriminación.

Todo esto concordante con lo que está contemplado en el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Ciudadanos; en el que indica, que todos sin excepción, nacen libres e iguales en dignidad y adicionalmente establece que deberán de comportarse fraternalmente los unos con los otros, entonces, desde la normativa supranacional ya establece la igualdad para todos los ciudadanos del mundo y concuerda conforme a lo que dispone la Constitución de la República del Ecuador.

También es preciso el señalar que la configuración del derecho o principio de igualdad proviene de la lucha de los derechos sociales que ha tenido la humanidad en el transcurso de su propia historia, entendiéndose en este sentido la existencia de igualdad material para gozar de un régimen jurídico justo, equitativo y digno; pues según lo que dice Luis Prieto Sanchis

A mi juicio, derechos de igualdad sustancial puede constituirse no solo partir del “principio”, sino en ciertas condiciones también a partir del “derecho” (Sanchis, Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial, 1995, pág. 18).

Entonces el principio de igualdad a pesar de que debe constar en el ordenamiento jurídico del estado también puede ser considerado a raíz de un principio nato de la humanidad, pues aquí cabe la misma frase que consta en la Carta Magna de nuestro estado; “todos somos iguales”; a lo que de igual manera Robert Alexy en su obra Teoría de los Derechos Fundamentales dice que la igualdad refiere a los actos de igualdad y a sus consecuencias.

La Constitución de la República del Ecuador en el numeral 4 del artículo 66 establece que garantizará y reconocerá a los ciudadanos la igualdad material, igualdad formal y la no discriminación; para esto es necesario el citar lo que dice Carlos Alarcón Cabrera en su artículo sobre la Reflexión de la Igualdad Material:

El objeto central de estas breves reflexiones lo constituye la doble dimensión en que se puede descomponer la igualdad material : a) La igualdad como punto de partida, como no discriminación de ningún individuo en el ejercicio y desarrollo de sus aptitudes de cara a su participación en el proceso productivo, la legislación, la cultura

y, en general, en cualquier faceta de la organización social; b) la igualdad como punto de llegada, como consecuencia de un conjunto de medidas a tomar por los poderes públicos para el logro de una semejante calidad de vida y de una igual satisfacción de las necesidades humanas básicas (Alarcón Cabrera, 1987).

Por otro lado, la misma Constitución Política de Colombia establece en su artículo 53 la protección que el estado brinda en el ámbito laboral desde el principio de igualdad, manifestando:

**Artículo 53.** El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores (Constitución Política de Colombia, 1991).

El principio de igualdad se encuentra garantizado en la Constitución colombiana, pues en esta norma garantiza la igualdad para los ciudadanos colombianos y extranjeros que se encuentren en dicho país, con protección especial a la mujer embarazada y a la maternidad.

### **a.1. Características del principio de igualdad**

En base de algunos estudios que doctrinarios han realizado, se ha iniciado el análisis de una igualdad material o sustancial y la igualdad formal; donde cada uno de los doctrinarios, como por ejemplo Luis Prieto Sanchis dice que la Igualdad sustancial lleva una conexión inherente a los derechos sociales, es por esto que el tratadista en su obra hace

referencia a que la igualdad es un principio prestacional o es un derecho concreto de prestación de servicios considerados en dos caminos:

El primero consiste en invocar una concreta norma constitucional que, bien en forma de derecho o directriz, proteja de modo singular una pretensión a cierto bien o servicio, como el trabajo, la vivienda, la cultura etc. En segundo camino, que intentaremos recorrer ahora, supone apelar a la igualdad en su versión de que han de ser tratadas de modo desigual las situaciones de derechos diferentes (Sanchis, 1995, pág. 22).

Por otro lado, Encarnación Carmona Cuenca en su artículo el principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, publicado en la revista de Estudios Jurídicos, manifiesta con claridad una conceptualización de la igualdad material o formal o como lo dicen otros doctrinarios, igualdad sustancial, pues Encarnación Carmona da la siguiente apreciación:

El principio de igualdad formal, constituye un postulado fundamental del Estado liberal de Derechos y fue enunciado por Leibholz como el conocimiento de la identidad del estatuto jurídico de todos los ciudadanos, lo que implica la garantía de la paridad de trato en la legislación y en aplicación al Derecho. A su vez el principio de igualdad material viene siendo atendido como una interpretación de la igualdad formal en el Estado Social de Derecho que, teniendo en cuenta la posición social real en que se encuentran los ciudadanos tienen a una equiparación real y efectiva de los mismo (Carmona Cuenca, 1994, pág. 265).

Ahora dentro de la legislación colombiana la Corte Constitución emitió la Sentencia No. T-432/92 y que Juez ponente estaba el Dr. Simón Rodríguez Rodríguez dentro del Proceso de Tutela No. 860 nombrando a dicha Resolución como Derecho a la Igualdad como un Derecho Fundamental del 25 de junio 1992 en la que se hace referencia al principio de igualdad:

El principio de la igualdad es objetivo y no formal; él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos. Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado. Se supera también, con la igualdad material, el igualitarismo o simple igualdad matemática. La igualdad material es la situación objetiva concreta que prohíbe la arbitrariedad.

La igualdad de todas las personas ante la ley y las autoridades, constituye un derecho constitucional fundamental tanto por su consagración como tal en el Capítulo I, Título II de la Constitución Nacional, como por su exaltación como derecho de vigencia inmediata en el artículo 85 de la Carta Política, y también por el valor trascendente que tiene para el hombre, sobre todo dentro de una nación que persigue garantizar a sus habitantes una vida conviviente dentro de lineamientos democráticos y participativos que aseguren un sistema político, económico y social justo (Derecho a la igualdad como Derecho Fundamental, 1992).

Con este antecedente también se hace mención a lo que ya se había indicado con anterioridad, pues todos los ciudadanos sin diferencia de su nacionalidad gozarán de derechos, responsabilidades y obligaciones en igualdad de condiciones; concordante con lo que establece la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Esta igualdad material se asemeja al derecho a la igualdad que no es necesariamente a la igualdad de las personas ante la ley; pues hace referencia a la igualdad material en base a una realidad social; ahora en base a lo que indica la igualdad formal se enmarca más en lo legal; haciendo referencia a la igualdad que las leyes brindan a las personas y que se encuentran en un territorio determinado; es decir, que ante la ley todos son iguales, entonces en base a este precepto se entendería con mayor claridad lo que los doctrinarios manifiesta en referencia a la igualdad formal.

Ahora con todo lo que se ha podido entender con el significado de del principio de igualdad, este principio busca que todos los hombres sean tratados bajos los mismos parámetros y puedan gozar de las mismas oportunidades sin que existan limitantes ante este principio.

## **b. La justicia**

La palabra justicia proviene del latín *iustitia* que significa “justo”, a raíz de esto, uno de los muchos conceptos que se han dado a la justicia lo dice el catedrático Guillermo Cabanellas en su Diccionario Jurídico Elemental que dice:

Supremo ideal que consiste en la voluntad firme y constante de dar a cada uno lo suyo, según el pensamiento y casi las palabras de Justiniano: “*Constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*”. Conjunto de todas las virtudes. Recto proceder conforme a derecho y razón. El mismo derecho y la propia razón, en su generalidad. Equidad. El Poder judicial. Tribunal, magistrado o juez que administra justicia; es decir, que resuelve litigios entre partes o falla acerca de la culpa o

inocencia de un acusado. Pena, castigo o fallo acerca de la culpa o inocencia de un acusado. Pena, castigo o sanción. En lenguaje poco técnico, pena de muerte; y de ahí el verbo ajusticiar, que sí constituye tecnicismo (Cabanellas, Diccionario Jurídico Elemental, 2000).

La justicia se puede entender como la voluntad de mantener una armonía entre los integrantes de una sociedad; o también como el concepto más tradicional, pues la Justicia, es el conjunto de reglas y normas que establecen un marco adecuado para la relación entre las personas (individuo) y el Estado (instituciones); pero a la par de esto, han sido los grandes filósofos quienes desde su propia perspectiva han desarrollado un concepto propio de la justicia; es así que, para Platón la justicia es una armonía común, mientras que para Aristóteles la justicia es la igualdad proporcional; por ello el doctrinario Sergio Tulio Díaz en su obra “Que es la Justicia de Hans Kelsen” hace un análisis de lo que Platón y Sócrates dice de la Justicia:

**Platón:** La Justicia como armonía social. En su libro "La República", Platón propone para la organización de su ciudad ideal, a través del diálogo de Sócrates, que los gobernantes de esta ciudad se transformen en los individuos más justos y sabios, o sea en filósofos, o bien, que los individuos más justos y sabios de la comunidad, es decir, los filósofos, se transformen en sus gobernantes.

**Aristóteles:** La Justicia como igualdad proporcional: Dar a cada uno lo que es suyo, o lo que le corresponde. Dice que lo que le corresponde a cada ciudadano tiene que estar en proporción con su contribución a la sociedad, sus necesidades y sus méritos personales (Díaz, 1962 ).

Ahora es el mismo filósofo Kelsen que determina “...*La justicia es; ante todo, una característica más de un orden social. Sólo secundariamente, una virtud del hombre; pues un hombre es justo cuando su conducta concuerda con un orden que es considerado justo...*”; por lo tanto, y en concordancia con lo que ya se ha dicho la justicia es el respeto de las reglas que regulan la relación entre el individuo y el Estado; es aquí, donde se trae a colación el artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador en la que dice que el Ecuador es un Estado constitucional de derecho y justicia.

Es necesario también el citar lo que dice José Francisco Caballero quien realiza un análisis de la Teoría del Justicia de John Rawls, el que juega un papel esclarecedor, crítico y orientador de nuestro sentido de justicia; es así que el doctrinario dice:

El objeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad, o sea, el modo en que las grandes instituciones sociales distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social. Por grandes instituciones, Rawls entiende la constitución política y las principales instituciones económicas y sociales (protección jurídica, competencia mercantil, propiedad privada, familia monógama) Las grandes instituciones definen los derechos y deberes del hombre e influyen sobre sus perspectivas de vida. El concepto intuitivo de esta estructura básica de la sociedad es que contiene varias posiciones sociales y que los hombres nacidos en posiciones sociales diferentes tienen diferentes expectativas de vida, Determinadas tanto por el sistema político como por las circunstancias económicas y sociales (Caballero, 2006).

Según este doctrinario, la justicia es la estructura de la sociedad con la que se distribuyen derechos y deberes; entregando esta responsabilidad de la administración de la justicia a instituciones estatales, para que sean estas quienes reglen y controlen el cumplimiento de estas reglas (leyes) en una sociedad.

Ante estas consideraciones se puede decir que la justicia es el conjunto de valores esenciales sobre los cuales deben basarse las personas y el Estado, debiendo tener como valores primordiales la libertad, respeto, equidad, igualdad; los mismo que deben de ser regentados por parte de organismos competentes, para que administren la justicia de una manera adecuada, eficaz y coherente.

Es de aquí, de donde se puede decir la existencia de una diferencia de lo que es la justicia social y la justicia distributiva.

### **b.1. La Justicia Social**

La utilización de la terminología de justicia social empezó a ser empleada en la finalización de la Revolución Industrial, bajo este sistema económico la justicia social ha evolucionado y no será ajena a los mecanismos de desarrollo de la economía.

La justicia social remite directamente al derecho de los sectores más desfavorecidos de la sociedad, en especial los trabajadores, y al goce de los derechos humanos sociales y económicos, conocidos como derechos de segunda generación, de los que ningún ser humano debería ser privado. Para graficar el concepto se suele decir que, mientras la

justicia tradicional es ciega, la justicia social debe quitarse la venda para poder ver la realidad y compensar las desigualdades que en ella se producen.

La justicia social, se enfoca generalmente, a la repartición justa y equitativa de los bienes y servicios básicos necesarios para el desarrollo y el desenvolvimiento de una persona en la sociedad; esto relacionado con lo que dice Pedro Francisco Gago Guerrero en su artículo “Los principios de la justicia social”:

La justicia es virtud fundamental de la que no puede prescindir el orden social. En cambio, la justicia social como clase de justicia no es una virtud, sino un valor dado que se impone coactivamente, sin que pueda emitir actuaciones contrarias manifestadas bajo otros valores. La necesidad de que no se pusiera en práctica una nueva clase de justicia estaba ligada a la acción del Estado para ajustar diversos aspectos sociales que desde el ángulo ético y moral podrían ser admitidos. También la justicia social desde el ángulo católico ha pretendido ser la contrapartida a la nueva sociedad individualista, rectificando el resultado de sus acciones, e intentando establecer un ideal en la civitas por el que los hombres deberían emplear parte de sus energías; tal sería el caso del bien común. El catolicismo social trató de que no se manifieste como una simple intervención estatista, pues buscaba que, al mismo tiempo que se mejorasen las condiciones sociales, se creara una conciencia comunitaria, humanista y no humanitaria (Gago Guerrero, 1994).

Gago Guerrero, da a entender que la justicia social no debe de ser considerada como una virtud de la sociedad, sino como un valor dado a cada uno de los individuos que buscan el bien común; para crecer en una sociedad comunitaria y humanista; ahora, es importante también el señalar que la humanidad está relacionada con la generosidad, por el valor de las relaciones humanas.

Por otro lado, Dave Gordon en su obra “La justicia social y políticas públicas” brinda algunos ejemplos de cómo se debe actuar la justicia social:

- Nuestra creencia central es que la base para una comunidad consiste en que todo el mundo tenga oportunidad de tener éxito;
- La justicia social se refiere a la decencia. Se requiere que todo ciudadano de nuestra sociedad sea capaz de satisfacer sus necesidades de ingreso, vivienda, salud y educación;
- La justicia social se refiere a méritos. Exige que las oportunidades de vida dependan del talento y que el esfuerzo sea atractivamente recompensado. Que el niño nacido en una vivienda pobre tenga la misma oportunidad de ser saludable y bien educado como el niño nacido en zonas residenciales;

- La justicia social es acerca de mutua responsabilidad. Insiste en que todos aceptemos deberes, así como derechos tanto para cada uno de nosotros como para la sociedad;
- La justicia social es acerca de equidad. En una comunidad fundada en la justicia social, el poder, la riqueza y la oportunidad estarán en manos de muchos, no de pocos (Gordon, 2009).

La definición más clara de justicia social, es la posibilidad que todos los individuos deben de gozar de los bienes comunes como la educación, salud, vivienda, trabajo; al mismo tiempo, la justicia social otorga derechos, deberes y responsabilidades.

La justicia social, busca que todas las personas tengan las mismas oportunidades ante una sociedad, y que conforme lo que indica el Gago, que todas las personas tengan las mismas facilidades para acceder a un bien común; es decir, que todos los niños tengan derecho a una educación adecuada y justa, sin importar su clase social o su procedencia.

En el tema de investigación, la justicia social se la entiende, al momento que la mujer sin importar su origen o su estatus social, pueda gozar de las mismas oportunidades para acceder a un empleo justo; que la mujer embarazada pueda gozar de los mismos derechos y oportunidades de una estabilidad laboral; que la mujer embarazada pueda gozar de una seguridad social, digna, justa y equitativa; y con ello, proporcionar una vida digna al ser que está en su vientre.

El sentido práctico de la justicia social, es brindar las mismas oportunidades a los individuos; es decir, que todos los ciudadanos radicados en el Ecuador gocen de los mismo derechos, deberes, obligaciones y responsabilidades, que estos tengan la misma facilidad y posibilidades para acceder a una educación, salud, vivienda, trabajo; pero se debe de ser claro, la justicia social no busca una igualdad entre los individuos; sino, el derecho de que todos tengamos las mismas oportunidades sin ningún tipo de discriminación.

## **b.2. La Justicia Distributiva**

La justicia distributiva, según Guillermo Cabanellas dice: *La que premia o castiga, con igualdad de criterio, según el mérito o demérito de las personas*; mientras que para Aristóteles es dar lo justo o correcto respecto a la asignación de bienes en una sociedad; sin embargo, el filósofo John Rawls quien brinda un concepto más claro del sentido de la

justicia distributiva; para Rawls la justicia distributiva busca que los ciudadanos de una sociedad menos favorecidos resulten aventajados materialmente por la entrega de bienes.

Entonces diríamos que la justicia distributiva busca como fin primordial el bienestar de la comunidad a través de la estabilidad; buscando la eliminación de las desigualdades que la propia sociedad ha impuesto, debiendo desde luego garantizar la calidad y dignidad humana; la justicia distributiva permite también el observar, analizar y entregar correctamente los bienes a los miembros de la sociedad, en base a sus méritos y necesidad.

En el volumen 9 de la revista Iberoamericana sobre Calidad, Eficacia y Cambio en Educación los doctrinarios Javier Murillo y Castilla Reyes Hernández brindan un concepto diferente a lo visto pero que de alguna manera asemeja a los anteriores:

La justicia distributiva implica una obligación de distribuir los bienes proporcionalmente de acuerdo con la contribución de cada persona a la sociedad. Gobierna la relación entre la comunidad como un todo, supervisada por el Estado en su jurisdicción, y cada persona individual en la comunidad (Murillo Torrecilla & Reyes Hernández, 2011).

En este concepto encontramos que la distribución de los bienes es proporcional a lo que cada persona contribuye con la sociedad; entonces explicaríamos que las personas que han podido de alguna manera brindar ayuda al Estado serían retribuidas con una distribución justa; sin embargo, esto va contra lo que dice Rawls y el propio Aristóteles, pues ellos miran a la justicia distributiva con el fin de dar a cada uno lo que le corresponde y aún no ha sido entregado por parte del Estado.

Ahora, es prudente también el hacer notar que el sentido claro de la justicia social es de dar a cada uno lo que le corresponde, ahora en lo relacionado a la justicia distributiva, es el entregar los bienes en base a sus necesidades; es por ellos, que en una percepción más clara se puede decir, que la justicia distributiva al igual que la justicia social, buscan el reconocimiento de los derechos, deberes, obligaciones y responsabilidades de las personas que se han visto desde alguna perspectiva excluidos por los parámetros para gozar de derechos que el Estado debe de garantizar.

Con lo relacionado al tema de nuestra investigación diríamos que la justicia distributiva relacionada a los derechos de las mujeres embarazadas o asociadas a su condición de gestación o maternidad, brindar a estas mujeres un trato preferencial y diferentes al resto de las mujeres, derechos otorgados a lo que determina el Código del Trabajo y a la Ley Orgánica del Servicio Público una garantía laboral mientras se encuentra embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad; para ello, ya han existido pronunciamientos de la Corte Constitucional en lo que indican que a una mujer que se encuentra en estado de gravidez no puede ser separada de sus funciones laborales, pues ello se entiende de alguna manera como discriminación hacia la mujer por el hecho de estar en estado de embarazo o quizás asociada a su condición.

### **c. Los derechos fundamentales de la mujer embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad**

Primero hay que empezar definiendo el significado de los derechos fundamentales, es por esto que el Dr. Rafael Oyarte Martínez en la publicación realizada en la página web DerechoEcuador.com se refiere al reconocimiento de los derechos fundamentales manifestado:

Los derechos fundamentales son la expresión más inmediata de la dignidad humana, según la expresión del tratadista español Fernández Segado. Dicho de otra forma, los seres humanos poseen derechos fundamentales por tener la dignidad, o calidad de personas humana y son la condición sine qua non del Estado constitucional democrático, pues el Estado no puede dejar de reconocerlos sin transformarse, es decir, sin dejar de ser un Estado constitucional del Derecho. 1 El Estado, entonces se limita a reconocer derechos fundamentales, pues son derechos naturales del hombre, a través, principalmente, de su texto constitucional. El Estado, entonces, simplemente reconoce dichos derechos, no los establece, no es una concesión graciosa por parte del poder estatal, y, es más, no puede vulnerarse ni a través del legislador ni del poder constituyente (Oyarte Martínez, 2005).

Ahora junto a este criterio que hace el catedrático Rafael Oyarte se debe de considerar lo que también dice la Constitución de la República del Ecuador pues en el numeral 6 del artículo 11 manifiesta: “...*Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, independientes y de igual jerarquía...*”; entonces se entiende que todos nuestros derechos civiles, político, constitucionales tiene la misma jerarquía no existe un derecho que sobrepasé a otro; sin embargo, debemos también ser conscientes de

la existencia de un grupo de personas con atención prioritaria o grupos vulnerables a quienes el Estado ha otorgado una protección especial que consta en la Carta Magna.

En este sentido queda bajo la responsabilidad del Estado ecuatoriano garantizar el cumplimiento eficaz de todos los derechos de los ciudadanos para que ellos sean parte del *sumak kawsay* conforme lo determina el Capítulo II del Título I de la Constitución de la República del Ecuador; otorgando la competencia exclusiva, para que sean los jueces quienes garanticen y protejan los derechos constitucionales.

Por otro lado, los derechos políticos y civiles; la protección y garantía que debe dar el Estado se reduce a que estos derechos no sean quebrantados, a que no sean transgredidos mediante acciones u omisiones. Para ello se señalan los límites de la actividad estatal; es decir, el Estado se convierte en pasivo, cuya obligación es la de abstenerse.

En los derechos sociales, culturales y económicos, el deber del Estado es crear las condiciones necesarias para satisfacer los requerimientos de carácter sociales, culturales y económicos de la población o de eliminar los obstáculos que impiden tal satisfacción, estos derechos son de aplicación gradual, mientras que los civiles y políticos son de aplicación inmediata.

Indudablemente todos los derechos forman una unidad indisoluble que fortalece su carácter indivisible. Donde no existe confrontación, más bien estos se complementan; pero se debe de explicar que entre los derechos fundamentales hay una estrecha interdependencia e interrelación.

Ahora se debe de tener en cuenta lo que dice la Constitución Política de Colombia que en su artículo 13 determina:

**Artículo 13.** Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptara medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan (Constitución Política de Colombia, 1991).

Con la cita de este artículo se debe de comprender que tanto el Estado ecuatoriano y colombiano por medio de su norma suprema velan por la protección de los ciudadanos, y que conforme el objeto de esta investigación estas Constituciones velan por la igualdad de los ciudadanos e indican su postura frente a la discriminación por cualquier motivo o razón.

### **c.1.- Derecho a la libre elección de la maternidad**

Antiguamente y hasta los inicios del siglo XX a la mujer se le figuraba como objeto sexual o para que sean madres, sin voz ni voto, se restringía su opinión, su libertad sexual y es aquí donde las luchas feministas han alcanzado significativos logros dentro de la sociedad en cuanto a su libertad sexual y reproductiva.

Todas las mujeres deben ser libres en cuanto se refiere a su reproducción, libres para elegir el momento más adecuado para tener hijos, cuántos hijos quiere tener, el uso de métodos anticonceptivos eficaces; siendo estos derechos esenciales parte fundamental de la libre elección de la maternidad.

En las normativas internacionales como en los casos de Estados Unidos de Norteamérica, México, España, Canadá se establece como un derecho de las mujeres la opción de interrumpir el embarazo bajo ciertos parámetros y cumpliendo determinados requisitos, situación que en los Estados colombiano y ecuatoriano se encuentra normado por las legislaciones penales de cada país; en el Estado ecuatoriano el Código Orgánico Integral Penal en el artículo 149 nos refiere sobre el aborto consentido y el artículo 150 determina sobre el aborto no punible.

Ahora en el Código Penal colombiano en el artículo 122 da la referencia del aborto punible; pero se debe de considerar que para esto la Corte Constitucional Colombiana ha emitido una Resolución de condición de Exequibilidad con el que explica cuando procede

el aborto y bajo qué criterios, siendo de esta manera un adelanto en la normativa Constitucional que en nuestro país no se encuentra.

Al existir este pronunciamiento desde la Corte Constitucional colombiana, el Código Sustantivo de Trabajo en el artículo 237 nos hace referencia en los casos que el empleador está en la obligación de remunerar el descanso de la trabajadora por aborto

**ARTICULO 237. DESCANSO REMUNERADO EN CASO DE ABORTO.**

1. La trabajadora que en el curso del embarazo sufra un aborto o parto prematuro no viable, tiene derecho a una licencia de dos o cuatro semanas, remunerada con el salario que devengaba en el momento de iniciarse el descanso. Si el parto es viable, se aplica lo establecido en el artículo anterior.

2. Para disfrutar de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al {empleador} un certificado médico sobre lo siguiente:

- a). La afirmación de que la trabajadora ha sufrido un aborto o parto prematuro, indicando el día en que haya tenido lugar; y,
- b). La indicación del tiempo de reposo que necesita la trabajadora (Código Sustantivo del Trabajo, 1950).

Esta normativa laboral que se encuentra vigente en la República colombiana, brinda a la mujer que por alguna situación se ha visto afectada por el aborto un artículo especial con el que se trata de garantizar su derecho a la seguridad social, demostrando de esta manera que el Estado colombiano protege a la mujer embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad; por otro lado, la legislación ecuatoriana no cuenta con un articulado en el Código del Trabajo que haga referencia al descanso remunerado por aborto; sin embargo, en el caso de existir alguna circunstancia que una trabajadora pase por aborto, puede acogerse al subsidio por enfermedad conforme lo dispone la Ley de Seguridad Social, en el caso de la trabajadora del sector privado el empleador por este subsidio cancelará a la trabajadora el valor equivalente al 25% de la remuneración percibido por la trabajadora y el restante 75% será cancelado por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

Para la Mgs. Blanca Nohara de la Hoz, en su tesis de investigación con el tema análisis del derecho a la elección libre de la maternidad en el ordenamiento jurídico colombiano, hace una explicación breve y suscita sobre los derechos sexuales y reproductivos que poseen los ciudadanos; en razón de esto la tratadista ha manifestado:

Los derechos sexuales y reproductivos tienen como fin garantizar que hombres y mujeres puedan gozar de una vida sexual y reproductiva libre y plena. La protección de estos derechos está basada, entre otras cosas, i) en la capacidad de hombres y mujeres de disfrutar relaciones sexuales satisfactorias; ii) la ausencia de toda clase de violencia o coacción o abuso; iii) el acceso de servicios o salud sexual que permitan aprender a prevenir y tratar infecciones, dolencias y enfermedades de transmisión sexual como el VIH y iv) el reconocimiento de la independencia entre sexualidad y reproducción. En síntesis, la salvaguarda de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres tiene implícita la protección del derecho a ser reconocidas como ciudadanas plenas, dignas libres, como seres integrales y no exclusivamente como seres reproductivos (Hoz, 2016)

En la actualidad los derechos sexuales y reproductivos son considerados como derechos humanos que están inmersos en los derechos de todas las personas a vivir y mantener un control sobre su salud sexual, reproductiva y su sexualidad, de manera libre sin ningún tipo de discriminación y violencia. Es así que en la Constitución de la República del Ecuador se enmarcan derechos a la libertad sexual a que tanto el hombre como la mujer disfrute de las relaciones sexuales, la eliminación de toda violencia física y psicológica, el acceso a la salud sexual que permita prevenir enfermedades e infecciones de transmisión sexual; política pública que se encuentra bajo la competencia del Ministerio de Salud. En definitiva, estas políticas brindan la tranquilidad a las mujeres para que puedan gozar de su libertad y protección sexual, con el fin de que se eliminen los estereotipos de la mujer como un objeto sexual u objeto reproductor.

### **c.2. Derecho a la protección social de la mujer embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad**

En la Constitución de la República del Ecuador del 2008, se agrega la terminología de “grupos vulnerables”, y se reconoce como “grupos de atención prioritaria”, incluyendo a este grupo a las mujeres embarazadas, quienes tendrá atención prioritaria y especializada tanto en lo público como en lo privado en el ámbito de la protección laboral, conforme lo contempla el artículo 35 de la Constitución de la República del Ecuador. Los derechos a las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia se encuentran consagrados en el artículo 43 de la misma normativa legal:

Artículo 43. - El Estado garantizará a las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia los derechos a:

1. No ser discriminadas por su embarazo en los ámbitos educativo, social y laboral;
2. La gratuidad de los servicios de salud materna;

3. La protección prioritaria y cuidado de su salud integral y de su vida durante el embarazo, parto y posparto;
4. Disponer de las facilidades necesarias para su recuperación después del embarazo y durante el periodo de lactancia (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Según lo determina nuestra Carta Magna, la mujer embarazada es parte del Grupo de Atención Prioritaria por su tipo de condición; es por ello que, en el artículo citado de manera amplia habla sobre los derechos de la mujer embarazada, tal como se lo hace notar en sus numerales; determinando que la mujer no podrá ser discriminada por su condición de embarazo y conforme a nuestro tema de investigación no podrá ser discriminada en el ámbito laboral; así también indica que el Estado protege a la mujer embarazada o a la mujer que se encuentra asociada a su condición de gestación o maternidad, pues garantiza la gratuidad de la prestación de Salud a las mujeres en estado de gravidez o quienes se encuentran asociadas a su condición de gestación.

De la misma manera, con fecha del 5 de septiembre del 2006, mediante Registro Oficial No. 349 se publicó la Ley de Maternidad Gratuita y Atención a la Infancia la que ha sido modificada el 12 de septiembre del 2014, en su artículo 1 determina:

Artículo 1. Toda mujer tiene derecho a la atención de salud gratuita y de calidad durante su embarazo, parto y post-parto, así como al acceso a programas de salud sexual y reproductiva. De igual manera se otorgará sin costo la atención de salud a los recién nacidos-nacidas y niños-niñas menores de cinco años, como una acción de salud pública, responsabilidad del Estado (Ley de Maternidad Gratuita y Atención a Infancia, 2006).

Cabe recalcar que este artículo establece la obligatoriedad del Estado ecuatoriano de brindar atención médica en todo el momento del embarazo y el cuidado médico a los recién nacidos, niñas, niños y adolescentes; esto concordante con lo que dispone el artículo 148 del Código de la Niñez y Adolescencia, a la par de lo que establece la Constitución de la República del Ecuador, Ley de Maternidad Gratuita y Atención a la Infancia vela por la garantía y protección de la Mujer Embarazada o Asociada a su condición de Gestación o Maternidad; en tal sentido el artículo 148 de CONA establece:

Artículo 148.- La mujer embarazada tiene derecho, desde el momento de la concepción, a alimentos para la atención de sus necesidades de alimentación, salud, vestuario, vivienda, atención del parto, puerperio, y durante el período de lactancia

por un tiempo de doce meses contados desde el nacimiento del hijo o hija; si la criatura muere en el vientre materno, o el niño o niña fallece luego del parto, la protección a la madre subsistirá hasta por un periodo no mayor a doce meses contados desde que se produjo la muerte fetal o del niño o niña (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003).

De las legislaciones nacionales citadas; es decir, la Constitución de la República del Ecuador, Ley de Maternidad Gratuita y Atención a la Infancia y Código de la Niñez y Adolescencia, normativas que se encuentran en vigencia en el Estado ecuatoriano se evidencia el compromiso del Estado de brindar y garantizar la protección completa de la mujer embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad; entendiéndose de esta manera la finalidad garantista que el Estado ha venido adquiriendo en el transcurso de los tiempos y con la progresividad de los derechos.

La legislación nacional contiene normativa que protege a la mujer en estado de gravidez; sin embargo, el perfeccionamiento de esta clase de derechos continúa en un constante crecimiento, siendo de alguna manera protectores de estos derechos todas las autoridades sean estas administrativas o judiciales, considerándose que tanto la normativa internacional como son los convenios y tratados internacionales, nuestra Constitución de la República del Ecuador y la legislación nacional han buscado, proteger la maternidad mediante políticas públicas proteccionistas y se ha tomado como papel fundamental del Estado el resguardar, proteger y cuidar los derechos de la mujer embarazada, que se encuentran consagrados dentro de la Norma Suprema la misma que busca el resguardar los derechos de la mujer embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad.

Por otro lado, la Constitución Política de Colombia en su artículo 43 hace referencia a la protección estatal que Colombia brinda a la mujer embarazada, manifestando:

**Artículo 43.** La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.

El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia (Constitución Política de Colombia, 1991).

El Estado colombiano indica que tanto los hombres como las mujeres cuentan con los mismos derechos y oportunidades; es decir, gozan del principio de igualdad aclarando que la mujer no puede ser discriminada por encontrarse embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad, de la misma manera hace énfasis a la protección que el Estado brinda cuando por distintas razones la mujer embarazada sea desplazada o desamparada.

### **c.3. Derecho al trabajo de la mujer embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad**

En el ámbito laboral, la mujer, ha sido discriminada durante mucho tiempo, por el simple hecho de ser mujer y mucho más al encontrarse en estado de gestación pues se limita sus capacidades físicas al realizar esfuerzos, presentando un inconveniente al empleador; no puede aportar de la misma manera a su empresa y por ende provoca malestar en la relación laboral.

Las mujeres en estado de gestación han sido consideradas, durante muchos años, como un grupo vulnerable frente a los empleadores. Por esta razón, la legislación ecuatoriana ha creado un sin número de garantías a favor de las mujeres embarazadas, estableciendo de esta manera el despido ineficaz, que es cuando el empleador de manera voluntaria prescinde de los servicios de la mujer embarazada, y que a raíz de esto se conmina al empleador a cancelar una indemnización equivalente a doce remuneraciones percibidas por la trabajadora más los demás beneficios que por ley le corresponden al realizar un despido intempestivo como el pago de decimos tercer sueldo, décimo cuarto sueldo, vacaciones, en sus proporcionales de ser el caso y el respectivo desahucio. La mujer que se encuentra embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad cuenta con protección prioritaria para garantizar un desarrollo saludable en la gestación y después de la gestación. Todo esto contemplado en la legislación laboral ecuatoriana, así como en tratados Internacionales.

La protección de la mujer en el embarazo es una premisa que parte del cumplimiento de los derechos humanos, derechos que se encuentran superpuestos a cualquier normativa suprema de los países; pues el tratadista Sánchez hace una precisión adecuada en su obra Derechos Humanos al Desarrollo frente a la Mundialización del Mercado

Un aspecto relevante de la importancia de los derechos de la mujer consiste en la repercusión de su realización en la efectividad de los derechos humanos de otros sujetos, también vulnerables, dada la importante labor familiar y social efectuada por las mujeres. Así, por ejemplo, una mujer bien alimentada, la salud y la educación de sus hijos, así como en el espaciamiento de su nacimiento, lo cual hará posible una mejor atención a los cuidados necesarios. Así pues, en la medida en que la mujer vaya logrando incorporarse al conjunto de las actividades sociales y políticas, en condiciones de igualdad respecto de los varones, la mejora de su situación repercutirá en el conjunto de la sociedad, puesto que el papel de la mujer en la sociedad no se reduce al de su maternidad. Es un ejemplo más de la sinergia que debe existir entre los distintos derechos humanos y también entre los distintos sujetos de los derechos humanos, es decir, que la mejora de la efectividad de otros y, asimismo, la mejora de la situación de los derechos humanos de determinados sujetos, sean mujeres u hombres, facilita el disfrute de dichos derechos por parte de los demás sujetos (Sánchez, 2005, pág. 203).

La protección de la maternidad representa en sí mismo la protección del derecho fundamental de los seres humanos, como es el derecho a la vida; refiriéndonos a la mujer en estado de gestación son dos vidas que se protegen, por ello se le debe de dar todas las protecciones necesarias a la mujer en estado de gestación, considerando que de acuerdo las condiciones del embarazo esta fase puede ser improductiva en términos laborales; sin embargo, se está protegiendo la salud de una mujer que aporta a la sociedad y que su hijo también lo hará en un futuro; es así que, en nuestro país se contrata a mujeres jóvenes pero con la condición de que no se embaracen creando en las mujeres desde ese momento la discriminación hacia ellas. La protección a la mujer gestante se ha convertido en un tema primordial de cada país latinoamericano, que posee muchas aristas, como es la protección del interés superior del niño y el derecho a la vida desde que se encuentra en el vientre materno; la protección integral de la mujer embarazada es un tema de equidad de género ya que al proteger a la mujer en estado de gestación, se le da igual oportunidades que al hombre para mantener su trabajo y ser un ente productivo para la sociedad independientemente de su estado de gravidez.

Es por ello que en el Código de Trabajo se hace referencia a la protección de la mujer embarazada y la prohibición de terminar la relación laboral debido al embarazo conforme se lo ha plasmado en los artículos 153 y 154 se establecen:

Artículo 153.- No se podrá dar por terminado el contrato de trabajo por causa del embarazo de la mujer trabajadora y el empleador no podrá reemplazarla definitivamente dentro del período de doce semanas que fija el artículo anterior.

Durante este lapso la mujer tendrá derecho a percibir la remuneración completa, salvo el caso de lo dispuesto en la Ley de Seguridad Social, siempre que cubra en forma igual o superior los amparos previstos en este Código.

Artículo 154.- En caso de que una mujer permanezca ausente de su trabajo hasta por un año a consecuencia de enfermedad que, según el certificado médico, se origine en el embarazo o en el parto, y la incapacite para trabajar, no podrá darse por terminado el contrato de trabajo por esa causa. No se pagará la remuneración por el tiempo que exceda de las doce semanas fijadas en el artículo precedente, sin perjuicio de que por contratos colectivos de trabajo se señale un período mayor. Lo dispuesto en el inciso anterior no comprende a las excepciones puntualizadas en el artículo 14 de este Código. Salvo en los casos determinados en el artículo 172 de este Código, la mujer embarazada no podrá ser objeto de despido intempestivo ni de desahucio, desde la fecha que se inicie el embarazo, particular que justificará con la presentación del certificado médico otorgado por un profesional del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, y a falta de éste, por otro facultativo. En caso de despido o desahucio a que se refiere el inciso anterior, el inspector del trabajo ordenará al empleador pagar una indemnización equivalente al valor de un año de remuneración a la trabajadora, sin perjuicio de los demás derechos que le asisten (Código del Trabajo, 2018).

El Código del Trabajo a través de estos artículos que se han citados, establece la prohibición que tiene los empleadores de dar por terminada la relación laboral de manera unilateral para con sus trabajadoras que se encuentren en estado de embarazo, prohibición con la cual se trata de brindar la estabilidad laboral a las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, esto concordante con lo determinado por la Constitución de la República del Ecuador con el afán de ser garantista de la protección de las mujeres embarazadas o asociadas a su condición de gestación o maternidad.

La mujer embarazada gozará de estabilidad laboral durante el embarazo, mientras se encuentre en goce de su licencia de maternidad y durante la licencia del periodo de lactancia; pero en el caso de que el empleador de por terminada la relación laboral de manera unilateral, el empleador tiene la obligación de cancelar una indemnización por el despido ineficaz en caso de que el empleador por alguna razón despidiera a la mujer en estado de gestación, tiene que pagar una indemnización a dicha trabajadora equivalente a un año de sueldo más los otros rubros que le correspondan por el respectivo despido intempestivo. Este despido ineficaz es agregando al Código del Trabajo con el fin de precautelar la estabilidad laboral de la mujer que se encuentra embarazada o que está en estado de gestación o asociada a su condición de maternidad; así como, también precautelar su economía y pueda desarrollarse de una mejor manera en la sociedad.

Sin embargo, puede agregarse que la estabilidad laboral está garantizada únicamente hasta que la madre cumpla sus doce semanas de licencia, una vez que se reincorpore a sus labores podrá ser objeto de visto bueno, despido intempestivo por parte del empleador.

Se ha dado casos de despido intempestivo a la mujer embarazada cuando ni el empleador e incluso cuando la trabajadora desconocía de su estado de gestación, en este caso no se podría aplicar dicha indemnización por cuanto el estado de la madre era desconocido por su empleador y sobre todo por el facultativo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social quien avala el estado de la madre.

Por lo tanto, la mujer que esté segura de su estado, deberá inmediatamente acercarse al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social para que un facultativo avale su estado mediante un certificado y pueda comunicar a su empleador de este particular para de esta manera poder gozar de todos los derechos que le asisten.

Ahora también se debe de considerar lo que dice la CEDAW (Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer) en su artículo 11, establece la obligación de los Estados parte de tomar medidas adecuadas para prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil.

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular:
  - a) El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano;
  - b) El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo;
  - c) El derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico;
  - d) El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo;
  - e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas;

- f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción;
2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:
- a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil;
  - b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales;
  - c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños;
  - d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella;
3. La legislación protectora relacionada con las cuestiones comprendidas en este artículo será examinada periódicamente a la luz de los conocimientos científicos y tecnológicos y será revisada, derogada o ampliada según corresponda.

Por medio de este convenio que ha sido suscrito por el Estado ecuatoriano encontramos que incluso las normas supranacionales también protegen y garantizan la estabilidad laboral de las mujeres que se encuentran embarazadas o asociadas a su condición de gestación o maternidad.

Ahora también deben de considerarse, las Resoluciones Constitucionales No. 048-17-SEP-CC y la última 03-19-JP/20; en las cuales de muchas maneras protegen y garantizan la estabilidad laboral de la mujer embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad en el sector público, sin importar el tipo de modalidad contractual que se tenga.

#### **c.4. Derecho a no sufrir discriminación en el ámbito laboral de la mujer embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad**

##### **c.4.1. Definición de discriminación de las mujeres embarazadas**

La definición precisa de discriminación la han hecho varios tratadistas; sin embargo, pudiésemos decir que la discriminación se deriva de un trato desigual y diferenciado hacia las personas por su género, etnia, religión entre otros; a esto se puede decir que la Organización Internacional del Trabajo en el Convenio No. 111 sobre la Discriminación Laboral en su artículo 1 determina los efectos y términos de la Discriminación.

1. A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende:
  - a. Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión, política, ascendencia nacional u origen social que tenga efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y ocupación;
  - b. Cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dicha organización exista, y con otros organismos apropiados.
2. La distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.
3. A los efectos de este Convenio, los términos empleo y ocupación incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y de las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo (Trabajo O. I., Convenio No. 111 , 1958).

En el Convenio No. 111 se hace una clara presentación de lo que es la discriminación, esto concordante con lo que determina el numeral 2 del artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador que determina:

2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.  
Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Entonces entendemos que la Carta Magna garantiza y protege el derecho a no ser discriminado por ninguna situación, entonces; el Estado es el garantista y que a través de la facultad y competencia que se ha dado a los jueces son los encargados de velar por el derecho a la no discriminación en el territorio ecuatoriano.

Ahora se debe de considerar también que uno de los motivos de la discriminación es el hecho de estar embarazada o acogerse a uno de los beneficios y derechos de asociados al embarazo como es el permiso de lactancia; esta discriminación se puede basar, en toda

distinción, exclusión o restricción, tomando en cuenta el origen étnico, nacional o regional, la edad, el género, las capacidades que cada persona posee, la condición económica y social, las condiciones de salud, y por su puesto el embarazo, la lengua, la religión, las preferencias sexuales, el estado civil, el trabajo desempeñado, la raza, las ideologías o creencias, o cualquier otra con el efecto impedir, menoscabar o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales de las personas, y la igualdad real de oportunidades de los individuos.

La discriminación que se realiza a la mujer embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad, no solo se lo evidencia en el sector privado; pues en el sector público como ya se lo había indicado existen Resoluciones Constitucionales vinculantes para erradicar la discriminación, pues al ser vinculante, significa que es de cumplimiento *erga omnes*.

Desde esta manera se debe de considerar la existencia de diferentes tipos de discriminaciones de las que pueden ser víctimas las mujeres en su trabajo o bien a la hora de querer acceder a una plaza laboral, por lo que a continuación se diferencian los tipos de discriminaciones:

- Por el género. - La dificultad para acceder a empleos bien pagados y en condiciones de estabilidad para mujeres y mucho más en estado de gravidez, considerándose que la solicitud por parte de los empleadores en su mayoría ya predetermina el género del futuro trabajador, a pesar de que son trabajos que pueden desarrollar ambos sexos;
- Discriminación remunerativa. – Este refiere a que las mujeres a igual tarea ganan un salario inferior a la que los hombres realizan, aun cuando los dos realizan la misma actividad con los mismos resultados;
- Discriminación ocupacional. – Esta se refiere a que los ascensos o los puestos mejor remunerados son para los hombres de los lugares de trabajo o de las empresas, por ende, una mujer muy difícilmente podría alcanzar ciertos niveles altos, aunque tengan toda la preparación requerida para dicho puesto; y,

- Acoso o abuso. – cuando nos referimos a este punto se podría ver como intimidación o agresión psicológica y hasta física ya sea por parte de su empleador o representante del mismo ya sea supervisores, encargados, y demás.

Uno de los problemas de la mujer muy a pesar de los progresos de los derechos laborales es justamente la discriminación por causa de embarazo sin importar el tipo de régimen laboral en el que se encuentren; esto a pesar de que contemos con una constitución garantista de derechos y de un régimen de derechos humanos que promulga la igualdad y la no discriminación para todos, encontramos que siguen existiendo actos discriminatorios; por ejemplo, en algunos lugares de trabajo el primer requisito es no estar en estado de gestación y ser solteras sin ningún tipo de compromisos, lo que constituye una manifestación de discriminación y violación a uno de los principios básicos para el pleno ejercicio de los derechos contemplados en la Constitución de la Republica del Ecuador, precisamente en el numeral 2 del artículo 11 como ya se lo citó anteriormente.

En dicho precepto jurídico contemplado en la Carta Magna, establece como un principio esencial es no ser discriminado bajo ninguna razón, manifestando que la existencia de la igualdad, esto dando la pauta de que todos somos iguales ante la ley y que todos somos iguales y gozamos de los mismos derechos, deberes, obligaciones y prohibiciones; entonces, con esta apariencia ya se determina la existencia de una igualdad formal la misma que se consolidará al momento de que prevalezca la igualdad material.

Una forma de defensa a los derechos humanos de la mujer es la no discriminación; lastimosamente las leyes que buscan la protección a la no discriminación no son tan severas a la hora de ponerlos en práctica ya que simplemente no se cumplen, existen prácticas que no favorecen a la permanencia de la mujer en estado de gestación y mujer lactante en los lugares de trabajo lamentablemente nuestra sociedad mantiene prejuicios y estereotipos que se han venido manteniendo durante épocas anteriores por razones de género que no han podido ser superados en su totalidad, para que se pueda llegar a una igualdad.

En el régimen público por intermedio de la Resoluciones 048-17-SEP-CC que moduló el artículo 58 de la LOSEP; y ahora la Sentencia No. 03-19-JP/20 que amplía la protección de

la estabilidad laboral de la mujer embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad sin importar su modalidad contractual; otorgando de esta manera una protección y garantía laboral otorgado por parte de la Corte Constitucional, esto relacionado con lo que determina el artículo 5 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional:

Art. 5.- Modulación de los efectos de las sentencias. - Las juezas y jueces, cuando ejerzan jurisdicción constitucional, regularán los efectos en el tiempo, la materia y el espacio de sus providencias para garantizar la vigencia de los derechos constitucionales y la supremacía constitucional.

En base al presente artículo los jueces de la Corte Constitucional pueden reformar una ley con el objeto de que los derechos sean respetado y garantizados por parte del Estado.

La Organización Internacional del Trabajo al respecto de la no discriminación en el empleo emite el artículo que hace referencia a las buenas prácticas y desafíos en relación al Convenio sobre la protección de la maternidad en la que se hace la siguiente apreciación:

Las condiciones de trabajo “poco amables” con la familia, como los horarios impredecibles y los horarios prolongados y/o intempestivos, exponen a un mayor riesgo la salud mental y física del trabajador o la trabajadora. Pueden causar problemas de estrés, dificultades para concentrarse y dificultades de relación con los compañeros de trabajo, accidentes, agotamiento y crisis familiares, inclusive el divorcio. Estas situaciones tienen consecuencias, resultados deficientes en las evaluaciones del desempeño laboral, acciones disciplinarias, deterioro de las perspectivas profesionales, denegación de la capacitación o las promociones, y pérdida del trabajo. La mayoría de las mujeres afrontan, además de las responsabilidades propias del trabajo remunerado, una carga excesiva de quehaceres domésticos (OIT, 2000, pág. 20).

Cuando se habla de discriminación laboral encontramos que es muy habitual en el régimen privado y público la inclusión laboral de mujeres en estado de gravidez, por esta situación debemos de entender que la discriminación, por una parte, perjudica a las mujeres, al reducir sus oportunidades laborales por lo que se genera grandes diferencias económicas con respecto a los hombres; mientras que por otro lado, el problema jurídico del Estado es el buscar la manera para alcanzar una igualdad entre los ciudadanos, eliminando para esto las barreras de la desigualdad; sin embargo, se debe de considerar la importancia de iniciar campañas con las cuales se indiquen a los empleadores privados sobre la responsabilidad

que ellos poseen al momento de brindar la estabilidad laboral a mujeres que se encuentran embarazadas o asociadas a su condición de gestación o maternidad para no tener que cumplir con todas las garantías contempladas en la legislación, que buscan la protección a este grupo de atención prioritaria; ahora en el ámbito público, ya en la sentencia 3-19-JP/20 se habla en su punto 219 que dice:

Cuando del caso se desprenda que existieron infracciones administrativas o penales, el juez o jueza dispondrá que autoridades competentes investiguen y, de ser el caso, sancionen a quienes provocaron la violación de derechos (Acción Extraordinaria de Protección, 2020)

Ahora, relacionado a esto el numeral 133 de la misma Resolución Constitucional establece como obligatoriedad del personal de talento humano y del propio empleador la obligación de generar ambientes adecuados para garantizar y proteger a la mujer embarazada o asociada su condición de gestación o maternidad.

Otra de las necesidades que va de la mano con el desarrollo de la sociedad son los roles que ahora las mujeres vienen desempeñando como el de ser profesional y estar siendo considerada en cargos directivos y gerenciales; es decir, que la mujer posea un trabajo bien remunerado, por cuanto existen mujeres que a más de ser trabajadoras son madres solteras, este es el trabajo más difícil pero que a la par tiene su grandes recompensas, también se ha convertido en la administradora del hogar en la que se preocupa de todas las cosa de la casa y que nada falte para que su familia pueda estar bien; por último, pero quizás lo más importante, que es el rol de ser mujer por lo que debe cuidar de su imagen personal.

El incumplimiento de los derechos de la mujer embarazada es uno de los problemas de la mujer, muchas de ellas por miedo a perder sus trabajos vuelven a sus sitios de trabajo antes de que termine la licencia por maternidad, inclusive muchas mujeres son obligadas por sus propios empleadores para trabajar aun cuando tienen derecho a la licencia por maternidad y de la misma manera sucede con el permiso por lactancia, cabe recalcar que en algunas legislaciones se contempla la licencia por maternidad incluso por causa de aborto, considerándose que dentro de la legislación nacional se determina los casos en los cuales no se pierde la licencia por maternidad, y que incluso se habla que en el caso de

fallecimiento de la madre en el alumbramiento dicha licencia será tomada por el padre, con el propósito de que el recién nacido no se quede desprotegido al haber perdido a su madre.

Ahora desde la perspectiva de la Constitución Política de Colombia, conforme lo indica el artículo 13 que ha sido citado con anterioridad, al igual que la Constitución de la República del Ecuador establece a la igualdad como un principio constitucional, siendo el Estado colombiano protector y garantista de efectivizar la igualdad tanto para la mujer como para el hombre, destacando de manera clara la prohibición de discriminar a la mujer embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad.

En este sentido, las Normas Supremas de Ecuador y Colombia busca desde su territorio el brindar a los ciudadanos protección integral en lo referente a la igualdad coincidiendo en la idea de que los hombres y las mujeres gozarán de los mismos derechos, obligaciones y deberes.

El Dr. Ramiro Ávila Santamaría Juez ponente de la Sentencia No. 03-19-JP/20 en el numeral 196 indica que son violaciones a los derechos de la mujer embarazada o asociada su condición de gestación o maternidad las siguientes:

1. Restringir, limitar, impedir el ejercicio del derecho a decidir sobre su salud y vida reproductiva, en tanto el deseo de tener el hijo o hija, por razones laborales.
2. Estigmatizar y patologizar a las mujeres embarazadas, en maternidad o en periodo de lactancia como una persona incapaz, anormal, inferior, persona no creíble o incompetente dentro de sus espacios laborales y también durante los procesos judiciales<sup>122</sup>, por parte de empleadores, compañeros de trabajo, operadores de justicia o profesionales del derecho. Cualquier señalamiento en este sentido constituye un tipo de violencia contra las mujeres y deberá ser investigado y sancionado de ser el caso, por la autoridad competente.
3. Ejercer cualquier tipo de violencia contra las mujeres en el trabajo, esto incluye el *mobbing maternal*<sup>123</sup>, que comprende uno o varios de los siguientes actos:
  - a. Tratar a la mujer de forma indigna, irrespetuosa, inhumana o degradante.
  - b. Discriminar por razón de embarazo, lactancia o ejercicio del cuidado.
  - c. Impedir que acceda a servicios de la salud (controles médicos durante el período de embarazo y de lactancia).
  - d. Reducción de rango o remuneración.
  - e. Reubicación del lugar de destino.
  - f. La asignación de trabajos nocturnos o peligrosos que resultaren incompatibles con su embarazo o lactancia.
  - g. Asignación a un espacio u oficina inadecuada.
  - h. Despido injustificado.

- i. Efectuar abuso físico, psicológico o sexual.
  - j. Causar dolor o sufrimiento o actuar de manera indolente ante sus necesidades.
  - k. Obstaculizar la posibilidad de que la mujer alimente o amamante a la persona recién nacida o extraiga, recolecte y almacene su leche.
4. La atención prioritaria y la protección especial se vulnera cuando las mujeres gestantes, o en periodo de lactancia reciben igual trato que cualquier trabajador sin atender a sus necesidades específicas.
  5. Toda actividad que impida o limite injustificadamente la lactancia, al igual todo ambiente laboral que no disponga de espacios saludables o dignos para la lactancia y cuidado infantil, constituye una violación al derecho al cuidado.
  6. En general, irrespetar la protección especial laboral y las obligaciones que emanan del derecho al cuidado (Acción Extraordinaria de Protección. , 2020).

Entonces se entiende que, al ser sometida a estas vulneradas en estos derechos, también se debe de considerar como discriminación; pues, la razón principal viene siendo el encontrarse en embarazo o estar asociada a su condición de gestación o maternidad.

#### **d. Derechos laborales de la mujer embarazo o asociada a su condición de gestación o maternidad, en la legislación nacional y supranacional**

Para poder entender los derechos laborales de la mujer embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad debemos de hacer un breve análisis de lo que nos dicen los doctrinarios respecto del contrato de trabajo; es por ello, citaremos lo que dice Guillermo Cabanellas en su Diccionario Jurídico Elemental; pues, nos hace referencia al acuerdo de dos o más personas sobre un interés en común con un fin específico y particular, generando derechos y obligaciones entre las partes que suscriben el mismo; por lo que el contrato de trabajo es un contrato bilateral ya que existen las voluntades de las partes para suscribir el mismo; ahora en el mismo concepto nos dice lo que es el contrato de trabajo

DE TRABAJO. Aquel que tiene por objeto la prestación retribuída de servicios de carácter económico, ya sean industriales, mercantiles o agrícolas. Más técnicamente cabe definirlo así: el que tiene por objeto la prestación continuada de servicios privados y con carácter económico, y por el cual una de las partes da una remuneración o recompensa a cambio de disfrutar o de servirse, bajo su dependencia o dirección, de la actividad profesional de otra (Cabanellas, Diccionario Jurídico Elemental, 2000, pág. 78).

En base a lo que indica Guillermo Cabanellas en su diccionario el Contrato de Trabajo es el acuerdo entre las partes con el propósito de obligarse el uno con el otro; ahora esto en

concordancia con lo que dispone el artículo 1455 del Código Civil que da un concepto muchísimo más claro de lo que es el Contrato:

Artículo 1455. El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra, que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente (Código Civil, 2005).

Entonces con esta conceptualización se evidencia lo que es un contrato, pues se entiende que el contrato de trabajo es bilateral; cuando entre las partes existen obligaciones, prohibiciones de forma recíproca; entonces con esto es justo el cotejar con lo que estipula el Código del Trabajo; pues, en su artículo 8 indica lo que es un contrato individual de trabajo.

Artículo 8. Contrato Individual. - Contrato individual de trabajo es el convenio en virtud del cual una persona se compromete para con otra u otras a prestar sus servicios lícitos y personales, bajo su dependencia, por una remuneración fijada por el convenio, la ley, el contrato colectivo o la costumbre (Código del Trabajo, 2018).

Considerándose además que la propia normativa indica en su artículo 3 la libertad de trabajo y contratación que tiene las personas a no ser obligadas a realizar trabajos gratuitos; pues nadie será obligado a trabajar sino mediante un contrato de trabajo o por un acuerdo entre las partes, gozando de una remuneración justa; relacionado esto con el principio constitucional de igual trabajo igual remuneración; entendemos así y vinculado esto a la voluntad de las partes de obligarse, donde nace la contratación individual del trabajo que debe de contener las siguientes características:

- ✓ Ser un contrato consensual, por acuerdo entre las partes;
- ✓ El contraer obligaciones entre las partes, y tener derechos; al momento de ser un contrato bilateral;
- ✓ Debe de ser oneroso, pues se recibirá una retribución económica por sus labores;
- ✓ Es solemne, porque existe el acuerdo en base a los requisitos y disposiciones para el inicio de la relación laboral;

Conforme a lo que se ha dicho, las mujeres tienen la misma oportunidad para poder suscribir un contrato de trabajo, sin importar en que régimen laboral se encuentre; con ello, adquiere sus derechos laborales; entonces, los derechos laborales de la mujer embarazada o

asociadas a su condición de gestación o maternidad vienen siendo los mismos que un trabajador común y corriente, con la única diferencia de que el empleador público o privado está en la obligación de proteger a la mujer en su estado y brindar de esta manera las garantías necesarias para que su estado (embarazo) no sea afectado por las labores que se realicen; y que conforme lo manifiesta el catedrático Vásquez López en su obra el Nuevo Derecho Laboral Ecuatoriano indica que la Mujer Embaraza tiene los siguientes beneficios:

1. No podrá ser despedida de su trabajo por causa del embarazo;
2. El despido originado por el estado de maternidad, gestación o lactancia, será considerado ineficaz y la mujer tiene derecho a ser reincorporada;
3. Tiene derecho a percibir sus remuneraciones por todo este periodo;
4. Tiene permiso legal y remunerado durante 12 semanas por motivo de parto, 2 antes y 10 después;
5. Tendrá derecho a un permiso diario de 2 horas para lactancia de su hijo, durante los 9 meses siguientes al parto;
6. Además, la ley obliga a que las empresas que cuenten con más de 50 mujeres trabajadoras, están obligadas a establecer el servicio de guardería infantil a fin de que la manera trabajadora pueda estar cerca de su hijo;
7. Podrá solicitar licencia sin sueldo por 9 meses más después del permiso por maternidad (Vásquez López, 2017, pág. 248).

El autor con los siete beneficios que indica que tiene la mujer embarazada, hace una aclaración completa y válida de lo que consagra tanto la Constitución de la República del Ecuador, el Código del Trabajo y obviamente el Convenio No. 183 de la Organización Internacional del Trabajo OIT; las mismas que son aplicadas dentro del Estado ecuatoriano.

Ahora conforme a estos parámetros la de Constitución de la República del Ecuador garantiza y protege el derecho y no solo al trabajo, sino que esta Norma Suprema hace referencias a otras instancias; tal como lo estipula en el numeral 2 del artículo 66

Artículo 66. Se reconoce y garantizará a las personas:

2. El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, **trabajo**, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Entonces conforme se ha indicado con el artículo citado el Estado ecuatoriano es un Estado constitucional de derecho y seguridad social, entonces desde ahí garantiza el derecho al

trabajo; lo cual concuerda con el numeral 17 del mismo articulado “...*El derecho a la libertad de trabajo. Nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso, salvo los casos que determine la ley...*”.

Adicional a esto la misma Constitución especifica cuales son los principios rectores del trabajo, esto contemplado en el artículo 326 de la Carta Magna para lo que nos permitimos citar los numerales pertinentes y que se encuentran relacionados a la protección de los derechos laborales:

- Artículo 326.- El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios:
2. Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario.
  3. En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, estas se aplicarán en el sentido más favorable a las personas trabajadoras.
  4. A trabajo de igual valor corresponderá igual remuneración.
  5. Toda persona tendrá derecho a desarrollar sus labores en un ambiente adecuado y propicio, que garantice su salud, integridad, seguridad, higiene y bienestar.
  7. Se garantizará el derecho y la libertad de organización de las personas trabajadoras, sin autorización previa. Este derecho comprende el de formar sindicatos, gremios, asociaciones y otras formas de organización, afiliarse a las de su elección y desafiliarse libremente. De igual forma, se garantizará la organización de los empleadores.
  14. Se reconocerá el derecho de las personas trabajadoras y sus organizaciones sindicales a la huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias en estos casos. Las personas empleadoras tendrán derecho al paro de acuerdo con la ley (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

La Constitución establece normas para que los derechos laborales no sean violentados y menos aún sean estos derechos puestos únicamente en beneficio de la parte empleadora; pues, dentro de los numerales se hace un énfasis en la obligatoriedad del Estado ecuatoriano al garantizar los derechos laborales.

Considerándose que estos mismos principios se encuentran configurados de una manera más amplia en la Declaración Universal de los Derechos Humanos conforme constan en el artículo 23 de esta Declaratoria que conlleva similitud con la Constitución de la República del Ecuador.

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo;
2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual;
3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la igualdad humana, y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social;
4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses (Declaración Universal de los Derechos Humanos).

Es necesario en este punto invocar lo que determina la propia Constitución de la República del Ecuador, pues en su artículo 425 indica la jerarquización de las leyes y determina como norma primaria a la Constitución de la República del Ecuador, los tratados y convenios internacionales; por ello, lo que estipula la Carta Universal de los Derechos Humanos y el Convenio No. 183, son normas supranacionales las misma que son de cumplimiento obligatorio. Entonces es justo el citar lo que decreta el artículo 8 del Convenio No. 183 referente a la Protección del Empleo y no Discriminación

1. Se prohíbe al empleador que despidiera a una mujer que esté embarazada, o durante la licencia mencionada en los artículos 4 o 5, o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia. La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador.
2. Se garantiza a la mujer el derecho a retornar al mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, al término de la licencia de maternidad (Conv.183, 2016).

La Constitución de la República del Ecuador hace referencia de la garantía de los derechos laborales en calidad de normativa nacional; la Declaración Universal de los Derechos Humanos indica los derechos a nivel mundial que tenemos en una firma global, mientras que los Tratados o Convenios Internacionales hacen referencias ya específicas o se concretan en determinados derechos como los hoy citados; que exclusivamente son los que se han decretado buscando la protección de las mujeres embarazadas desde el ámbito laboral; cabe aclarar que estos convenios o tratados internacionales han sido suscritos y ratificados por el Estado ecuatoriano teniendo de esta manera carácter de cumplimiento obligatorio; pero esto no queda ahí, pues, la misma Constitución hace referencia a los

derechos laborales de la mujer como consta en el artículo 331 de la Constitución de la República del Ecuador:

Artículo 331. El Estado garantizará a las mujeres igualdad en el acceso al empleo, a la formación y promoción laboral y profesional, a la remuneración equitativa, y a la iniciativa de trabajo autónomo.

Se adoptarán todas las medidas necesarias para eliminar las desigualdades.

Se prohíbe toda forma de discriminación, acoso o acto de violencia de cualquier índole, sea directa o indirecta, que afecte a las mujeres en el trabajo (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Con esto queda claro que el Estado ecuatoriano garantiza la igualdad de la mujer en el ámbito laboral y al mismo tiempo prohíbe bajo cualquier forma la discriminación de las mujeres en el trabajo, proponiendo así medidas con las cuales se eliminarán las desigualdades para este grupo de atención prioritaria, conforme lo indican las propias normas supranacionales como ya se las había citado.

Con estos antecedentes se deduce que los Derechos Laborales para la mujer embarazada o asociadas a su condición de gestación o maternidad han sido y son protegidos desde el ámbito internacional, buscando únicamente la protección y garantía de los derechos laborales de la mujer embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad.

En algunas ocasiones se ha evidenciado el rol proteccionista que tiene el Estado ecuatoriano desde el punto de vista laboral y estableciendo una relación entre la legislación Laboral y el Derecho Constitucional, pues el Dr. Julio César Trujillo en su obra Derechos del Trabajo hace una rápida síntesis de la relación de estas dos ramas del Derecho; entonces, el doctrinario indica:

En Ecuador, desde la Constitución Política de 1830 no ha faltado algún precepto que se interesa por el mejoramiento de las condiciones de vida de las clases necesitadas; pero, es en la de 1929 en donde se constitucionaliza, expresa y categóricamente, el Derecho Ecuatoriano del Trabajo.

El Art. 151.8 de la referida Constitución garantiza la protección del trabajo y su libertad, prescribe la obligatoriedad del contrato de trabajo, tutela al obrero y al campesino, trata de la jornada de trabajo y del salario mínimo, del descanso semanal obligatorio y del seguro social; de las condiciones de salubridad e higiene en los

establecimientos industriales, de las indemnizaciones por accidentes de trabajo y de la reglamentación especial para el trabajo de mujeres y de menores.

Definitivamente se consolida el proceso constitucional del Derecho Ecuatoriano del Trabajo en la Constitución de 1945, cuya sección V del Título Décimo Tercero trata del trabajo y de la previsión social, en especial el Art. 148 que prescribe los derechos fundamentales del trabajador.

La Constitución es la ley suprema de la nación y, por lo mismo contiene los principios, valores, instituciones y las normas fundamentales acerca del contenido y la forma de las otras normas jurídicas que integran el ordenamiento jurídico de un país; así pues, todas las normas jurídicas laborales se han de expedir, interpretar y aplicar dentro del marco fijado en la Constitución (Trujillo, 2008, pág. 17).

Justificando de esta manera que el papel que ha estado desempeñado el Estado ecuatoriano desde hace algunas Constituciones anteriores ha sido el proteger y garantizar la relación laboral, elaborando espacios constitucionales con los que se garantiza el Derechos Laboral; considerándose adicional a esto que dentro de esta Ley Suprema se estandarizan los preceptos y lineamientos de estos Derechos.

Es necesario recalcar que la Constitución de 1929 hasta la presente fecha, han existido cambios sustanciales referentes a los derechos y garantías laborales direccionadas exclusivamente a las mujeres brindándoles igualdad, equidad, protección; más aún cuando según las versiones dadas por el Director Regional de la OIT José Manuel Salazar indica que en América Latina y el Caribe hay alrededor de 117 millones de mujeres quienes están siendo parte del porcentaje laboral en un mercado laboral que cada vez va en alza y mejoras para ellas y que indica que aún se encuentra distante el objeto de la igualdad de género.

Entonces con estas aseveraciones queda claro que las mujeres se han ido empoderando del ámbito laboral llegando al punto de ostentar actualmente puestos dirigenciales en el ámbito industrial, empresarial e incluso en el ámbito público, denotando así que la lucha constante que han librado porque sus derechos sean respetados, sigue cosechando frutos positivos, enmarcados en la lucha diaria.

### **d.1. Estabilidad laboral de la mujer embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad**

La relación laboral existente entre el empleador y el trabajador, ha sido una fuente primordial de las relaciones humanas; pues, históricamente se ha evidenciado que la relación laboral es el acuerdo entre las partes que ha predominado hasta el presente; por estas razones cada uno de los Estados en base a su propia realidad a normado su propia legislación laboral enmarcados dentro de los instrumentos internacionales.

Ahora la relación laboral se encuentra enmarcada por sus respectivas leyes especiales en las cuales se estipulan los derechos, obligaciones y deberes para las partes; es decir, para el empleador y el trabajador; en el Estados ecuatoriano tenemos al Código del Trabajo que regula la relación laboral privada; la Ley Orgánica del Servicio Público. Ley Orgánica de Empresas Públicas y Código Orgánico de las Entidades de Seguridad Ciudadana y Orden Público regula la relación laboral de quienes prestan sus servicios en calidad de empleados del Estado; mientras que en el Estado colombiano el Código Sustantivo del Trabajo regula la relación laboral en ámbito privado y en el sector público la relación laboral es Ley de Servicio Público que al igual que en el estado ecuatoriano establece la relación laboral entre el estado y quienes prestan bajo cualquier forma sus servicios en beneficio del mismo.

Según lo que nos dice el Doctrinario Julio César Trujillo en su libro Derecho del Trabajo, la Estabilidad es un principio laboral que se concede al trabajador una vez que se ha concluido su periodo de prueba en el ámbito privado; entonces, el catedrático en su obra manifiesta

Según este principio, que lo volveremos a revisar en el Capítulo VIII, el trabajador que reingresa a prestar sus servicios en una empresa, luego de pasado el periodo de prueba, tiene derecho a permanecer en su empleo hasta que se jubile, pierda su capacidad para el trabajo o incurra en alguna de las faltas, sancionadas por la ley con la terminación del contrato individual de trabajo.

Se exceptúan de esta regla, los contratos de trabajo precarios o extraordinarios como son: los contrato por tiempo fijo, los temporales, ocasionales y otros que, con estos, se pueden celebrar siempre que los servicios del trabajador no sean necesarios en la empresa de manera habitual, sino accidentalmente o por determinado lapso.

Este principio nunca llegó a formar parte de nuestro Derecho del Trabajo, sino muy relativamente. Y, aún después de las reformas de 1991, sigue como un derecho relativo; porque la violación de la estabilidad tan solo otorga. Al trabajador derecho a demandar indemnización, y no la devolución de su puesto de trabajo como ocurre con los servidores públicos sometidos a la Ley de Servicio Público y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público (Trujillo, 2008, pág. 44).

Conforme a la idea que da en su obra; los trabajadores y empleados poseen una estabilidad laboral al momento de suscribir un contrato de trabajo y al momento de haber sido ganador de un concurso público de mérito y oposición respectivamente; entonces ambas modalidades contractuales generan estabilidad laboral y que al momento de que el empleador quite este principio o derecho a la estabilidad se obliga a cancelar la correspondiente indemnización conforme a los parámetros estandarizados en cada una de las normativas nacionales que se encuentran en vigencia; es decir, en el régimen del Código del Trabajo está el despido intempestivo y en el régimen de la LOSEP está sea la supresión de puesto o la compra de la renuncia.

Sin embargo, se debe de considerar también que en el sector público; la relación laboral puede iniciar por Contrato de Servicio Ocasional conforme lo determina el artículo 18 de la LOSEP; mientras que el Nombramiento Provisional y el Nombramiento de Libre Remoción lo contempla el artículo 17 de la misma ley; ahora ninguno de estas modalidades contractuales genera una estabilidad laboral, salvo el caso de haber sido considerado como ganador de un concurso público de mérito y oposición.

A esta concepción el mismo doctrinario Trujillo establece la misma idea en relación a la estabilidad y a la facultad del empleador de terminar la relación laboral; entendiéndose que es un derecho del empleador el terminar de manera unilateral la relación laboral; derecho que está atado a la obligatoriedad de cancelar una indemnización por este derecho; entonces el Dr. Trujillo manifiesta

Estabilidad limita la voluntad del empleador para romper el vínculo laboral con el trabajador a no ser que por razones adversas a su voluntad este se separe del puesto de trabajo acordado; en sí es el derecho que tiene el trabajador a continuar indefinidamente en su trabajo, a no ser que su decisión sea dar por terminada la relación laboral que mantiene con el empleador (Trujillo, 2008, pág. 44).

Así como lo ha manifestado por Julio César Trujillo también Dr. Alfredo Montoya Melgar en su artículo La estabilidad en el Empleo: recuperación de un principio expresa

la estabilidad de los trabajadores en sus empleos es un principio dotado de doble proyección: de una parte, posee una proyección eminentemente social, que se refiere al interés del trabajador a permanecer vinculado a la empresa (interés obvio puesto que el trabajo es medio de vida y vehículo de inserción social de quienes lo prestan), y, de otro lado, una proyección eminentemente económica – productiva, que se refiere al interés del empresario en adaptar el volumen y la duración del trabajo a las necesidades productivas, organizativa o de otro índole de la empresa (Melgar, 2015, pág. 33).

Basándose en esta argumentación las apreciaciones realizadas por los autores citados la estabilidad laboral, como es obvio se vinculada a la relación existente entre el empleador y el trabajador; la misma que brinda al trabajador la seguridad laboral; siempre y cuando el trabajador no cometa actos de indisciplina con los cuales el empleador pueda solicitar la terminación de la relación laboral mediante los trámites administrativos respectivos.

En el Estado ecuatoriano se habla de un principio de estabilidad laboral y que el mismo también se lo indica en el artículo 2 del Mandato Constituyente No. 8 que fue promulgado el 30 de abril del 2008 que indica que los trabajadores gozarán de estabilidad laboral y protección en base al mismo Mandato atándolo así a la propia Constitución de la República del Ecuador.

Ahora ya centrándonos en lo relacionado a la estabilidad laboral de la mujer embarazo o asociada a su condición de gestación o maternidad; es así, que la propia Constitución de la República del Ecuador indica que el Estado se encargará de garantizar los derechos a las mujeres embarazadas o asociadas a su condición de gestación o maternidad conforme lo determina el artículo 43 de la Norma Suprema determina

Artículo 43. El Estado garantizará a las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia los derechos a:

1. No ser discriminadas por su embarazo en los ámbitos educativo, social y laboral;
2. La gratuidad de los servicios de salud materna;
3. La protección prioritaria y cuidado de su salud integral y de su vida durante el embarazo, parto y posparto; y,
4. Disponer de las facilidades necesarias para su recuperación después del embarazo y durante el periodo de lactancia (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Entonces conforme lo indica el numeral 1 del artículo citado que se conjuga con el artículo 331 de la Norma Suprema e indica la responsabilidad del Estado de garantizar la igualdad de acceso al empleo de las mujeres; entonces, el Estado a su vez por intermedio del Código del Trabajo brinda la protección de las mujeres embarazadas o asociadas a su condición de gestación o maternidad; pues así lo dice el artículo 154 que en su parte pertinente dice “...no podrá darse por terminado el contrato de trabajo por esa causa...” esto en concordancia con lo que determina el artículo 195.1 de la misma normativa laboral en el cual indica la prohibición que tienen los empleadores de terminar la relación laboral de manera unilateral con mujeres que se encuentren embarazadas o asociadas a su condición de gestación o maternidad se determina:

Artículo 195.1. - Prohibición de despido y declaratoria de ineficaz. Se considerará ineficaz el despido intempestivo de personas trabajadoras en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad, en razón del principio de inamovilidad que les ampara.

Las mismas reglas sobre la ineficacia del despido serán aplicables a los dirigentes sindicales en cumplimiento de sus funciones por el plazo establecido en el artículo 187 (Código del Trabajo, 2018).

Ahora se debe de entender que la relación laboral puede ser terminada por cualquiera de las partes, en el caso de que la trabajadora sea quien desea terminar la relación laboral existe la modalidad del desahucio que se encuentra contemplado en el numeral 9 del artículo 169 del Código del Trabajo; así como también, existe la voluntad unilateral del empleador de dar por terminada la relación laboral con la trabajadora; ahora esto puede tener dos aristas, en la que el empleador sin necesidad del inicio de una etapa judicial acepta el pago correspondiente al despido ineficaz o cuando el empleador simplemente realiza un despido ineficaz y espera a la resolución judicial para proceder con la indemnización en el caso de que así lo considere el juzgador. Entonces el procedimiento del despido ineficaz se encuentra determinado en el artículo 195.2 del Código del Trabajo en el que se indica como se procede:

Artículo 195.2. - Acción de despido ineficaz. Una vez producido el despido, la persona trabajadora afectada deberá deducir su acción ante la Jueza o el Juez del Trabajo de la jurisdicción correspondiente al lugar donde este se produjo, en el plazo máximo de treinta días.

Admitida a trámite la demanda, se mandará citar en el plazo de veinticuatro horas a la parte empleadora y, en la misma providencia, se podrán dictar las medidas cautelares que permitan el reintegro inmediato al trabajo del trabajador afectado o la trabajadora afectada, mientras dure el trámite.

A la demanda y a la contestación se acompañarán las pruebas de que se disponga y se solicitarán las que deban practicarse.

En la referida providencia se convocará a audiencia que se llevará a cabo en el plazo de cuarenta y ocho horas contadas desde la citación. Esta iniciará por la conciliación y, de existir acuerdo, se autorizará por sentencia. A falta de acuerdo se practicarán las pruebas solicitadas.

La Jueza o el Juez de Trabajo, dictarán sentencia en la misma audiencia. Contra la sentencia que admita la ineficacia será admisible el recurso de apelación con efecto devolutivo (Código del Trabajo, 2018).

Como se lo había dicho en párrafos anteriores, al momento que el supuesto despido ineficaz entre a conocimiento de las autoridades judiciales competentes y que en base a las pruebas presentadas sea el Juez quien determine la existencia del despido ineficaz la sentencia de este procedimiento tendrá los siguientes efectos conforme lo dice el artículo 195.3 del Código del Trabajo:

Artículo 195.3. Efectos. - Declarada la ineficacia, se entenderá que la relación laboral no se ha interrumpido por el hecho que la ha motivado y se ordenará el pago de las remuneraciones pendientes con el diez por ciento (10%) de recargo.

Cuando la persona trabajadora despedida decida, a pesar de la declaratoria de ineficacia del despido, no continuar la relación de trabajo, recibirá la indemnización equivalente al valor de un año de la remuneración que venía percibiendo, además de la general que corresponda por despido intempestivo.

Si la persona empleadora se negare a mantener en sus funciones a la persona trabajadora una vez que se ha dispuesto el reintegro inmediato de la misma en la providencia inicial, o se haya establecido la ineficacia del despido en sentencia, podrá ser sancionada con la pena establecida en el Código Orgánico Integral Penal por el delito de incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente.

En cualquier caso, de despido por discriminación, sea por afectar al trabajador debido a su condición de adulto mayor u orientación sexual, entre otros casos, fuera de los previstos para la ineficacia del despido, el trabajador tendrá derecho a la indemnización adicional a que se refiere este artículo, sin que le sea aplicable el derecho al reintegro.

En caso de despido injustificado de una persona con discapacidad, o de quien estuviere a su cargo la manutención de una persona con discapacidad será indemnizada de conformidad a lo estipulado en la Ley Orgánica de Discapacidades (Código del Trabajo, 2018).

Cabe recalcar que conforme a los artículos que se ha citado en los cuales se ha evidenciado la obligatoriedad de los empleadores de garantizar la estabilidad laboral de las mujeres embarazadas o asociadas a su condición de gestación o maternidad y que esta protección de la estabilidad no solo se encuentra garantizada por la propia Constitución de la República del Ecuador; sino también, se encuentra protegida por los tratados o convenios internacionales que han sido suscritos o ratificados por parte del Estado ecuatoriano; estabilidad que se encontraría de la mano junto al principio de igualdad, equidad pues, las mujeres cuentan con la misma garantía que el género masculino; es más, ellas deberían de ser más protegidas aún por el mismo hecho de ser madres.

En cambio, en la Ley Orgánica del Servicio Público los artículos 81 y 82 estipula que la estabilidad laboral para un servidor público iniciará cuando el funcionario sea declarado ganador de un concurso público de mérito y oposición:

Art. 81.- Estabilidad de las y los servidores públicos. - Se establece dentro del sector público, la carrera del servicio público, con el fin de obtener eficiencia en la función pública, mediante la implantación del sistema de méritos y oposición que garantice la estabilidad de los servidores idóneos. Conforme lo dispuesto en la Constitución de la República, el régimen de libre nombramiento y remoción tendrá carácter de excepcional (...)

Art. 82.- La carrera del servicio público. - Es el conjunto de políticas, normas, métodos y procedimientos orientados a motivar el ingreso y la promoción de las personas para desarrollarse profesionalmente dentro de una secuencia de puestos que pueden ser ejercidos en su trayectoria laboral, sobre la base del sistema de méritos.

La carrera del servicio público garantizará la estabilidad, ascenso y promoción de sus servidoras y servidores de conformidad con sus aptitudes, conocimientos, capacidades, competencias, experiencia, responsabilidad en el desempeño de sus funciones y requerimientos institucionales, sin discriminación a las personas con discapacidad mediante procesos de evaluación e incentivos económicos, para cumplir con el rol social de atender con eficiencia y oportunidad las necesidades sociales para el desarrollo del Buen Vivir como responsabilidad del Estado (Ley Orgánica del Servicio Público, 2018).

Esta normativa, determina que la estabilidad laboral en el sector público se la obtiene únicamente al momento de ser considerado como ganador de un concurso público de mérito y oposición, esto concordante con lo que dispone el artículo 228 de la Constitución de la República del Ecuador; sin embargo, la creencia ha llegado a convencer que de alguna manera el nombramiento provisional también genera una estabilidad, esto conforme a lo que dicen los literales c del artículo 18 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Servicio Público que dice:

Para ocupar un puesto cuya partida estuviere vacante hasta obtener el ganador del concurso de méritos y oposición, para cuya designación provisional será requisito básico contar con la convocatoria. Este nombramiento provisional se podrá otorgar a favor de una servidora, un servidor o una persona que no sea servidor siempre que cumpla con los requisitos establecidos para el puesto (Reglamento de la Ley Organica del Servicio P., 2011).

Ahora también, se debe de considerar la reforma que se realizó a la Ley Orgánica del Servicio Público mediante el Registro Oficial No. 1008 del 19 de mayo del 2017 en la que se incluye la disposición Undécima en la que determina:

Las personas que a la presente fecha hayan prestado ininterrumpidamente por cuatro años o más, sus servicios lícitos y personales en la misma institución, ya sea con contrato ocasional o nombramiento provisional, o bajo cualquier otra forma permitida por esta Ley, y que en la actualidad continúen prestando sus servicios en dicha institución, serán declaradas ganadoras del respectivo concurso público de méritos y oposición si obtuvieren al menos el puntaje requerido para aprobar las pruebas establecidas por el Ministerio del Trabajo (Ley Orgánica del Servicio Público, 2018).

Con esta reforma se entiende que los funcionarios públicos que hayan prestados sus servicios para el Estado y que hasta el 19 de mayo del 2017 hubiesen cumplido 4 años o más, serán declarados ganadores de concursos de mérito y oposición, siempre y cuando dichos funcionarios cumplan con el puntaje mínimo, según la normativa expedida para concursos públicos de méritos y oposiciones; esta disposición puede entenderse que brinda cierta estabilidad a los funcionarios que cumplen con los requisitos hasta que se llame a un concurso de mérito y oposición; y que de alguna manera el Estado ecuatoriano pretende reconocer a estos funcionarios una gratificación por el tiempo que han brindado.

Dentro de la protección que el Estado brinda a las mujeres embarazadas o asociadas a su condición de gestación o maternidad el tercer párrafo del artículo 58 de la LOSEP establece:

Se exceptúa de este porcentaje a las personas con discapacidad, debidamente calificadas por la Autoridad Sanitaria Nacional a través del Sistema Nacional de Salud; personas contratadas bajo esta modalidad en instituciones u organismos de reciente creación, hasta que se realicen los correspondientes concursos de selección de méritos y oposición, en el caso de puestos que correspondan a proyectos de inversión o comprendidos en la escala del nivel jerárquico superior; y el de las mujeres embarazadas. Por su naturaleza, este tipo de contratos no generan estabilidad, en el caso de las mujeres embarazadas la vigencia del contrato durará hasta el fin del período fiscal en que concluya su período de lactancia, de acuerdo con la ley (Ley Orgánica del Servicio Público, 2018).

Con esto es claro que conforme lo que la Constitución de la República del Ecuador manifiesta y propende al garantizar la estabilidad laboral de la mujer embarazada, con el artículo 58 de la LOSEP lo hace, pues ahí se establece claramente que no se podrá terminar la relación laboral con las mujeres embarazadas o en periodo de lactancia hasta que termine el año fiscal en el que termina la lactancia, artículo que ha sido modulado en base a la sentencia de la Corte Constitucional No. 048-17-SEP-CC en referencia a los contratos suscritos en el sector público; sin embargo, hoy con fecha del 5 de agosto del 2020 la Corte Constitucional emite la Resolución No. 03-19-JP/20 en la que ya hace un estudio completo de las modalidades contractuales que indica la LOSEP en su artículo 17; entonces, esta Resolución hace referencia a la estabilidad laboral que poseen las mujeres que se encuentran embarazadas o asociadas a su condición de gestación o maternidad; es decir, contratos de servicios ocasionales, Nombramientos Provisionales y Nombramientos de libre remoción; dicha Resolución en su numeral 190 manifiesta:

En caso de que se produzca la desvinculación de la trabajadora por embarazo o lactancia, por estar expresamente prohibida la discriminación en el ámbito laboral, conforme con el artículo 43 (1) de la Constitución, esta desvinculación se considerará una falta grave por parte del empleador, y el despido carecerá de validez. Por lo que la mujer podrá reincorporarse inmediatamente a su puesto, o en caso de no desearlo así, además de su derecho a la compensación, se establecerán las medidas de reparación según corresponda la circunstancia en cada caso (Acción Extraordinaria de Protección. , 2020).

Es la misma Resolución que al igual que en la normativa laboral del sector privado ha establecido una compensación que deberá ser reconocida por el sector público en los casos

en los que se termine la relación laboral de manera unilateral, que la misma abarca para las modalidades contractuales que se había anunciado y que constan en el artículo 17 de la LOSEP, manifestando:

### **3.6. La compensación para el derecho al cuidado**

**191.** Independientemente del tipo de contrato o nombramiento, si se termina la relación laboral de forma unilateral por parte del empleador o empleadora, la mujer embarazada, en licencia de maternidad o en periodo de lactancia, tiene derecho a la *compensación para el derecho al cuidado* como parte de la corresponsabilidad estatal, salvo los casos previstos en el párrafo 188. No se trata de una indemnización ni tampoco puede considerarse como un gasto público innecesario. El cuidado a la madre y al niño o niña lactante es una cuestión de corresponsabilidad social y pública. De igual modo, independientemente si la madre es biológica o adoptiva, la mujer tendrá igual protección conforme a esta sentencia, siempre que sus hijas e hijos se encuentren dentro del rango de edad de recién nacido a 15 meses y 2 semanas o requieran un período de adaptación. De esta manera se valora el rol de cuidado y permite que personas recién nacidas se desarrollen en contextos en los cuales puedan alcanzar el mejor comienzo posible de vida.

**192.** La naturaleza de la compensación busca garantizar el derecho de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia a la protección especial, además, desincentivar su desvinculación del trabajo.

**193.** La compensación correrá a cargo del empleador o empleadora, y deberá realizarse dentro del plazo de 30 días contados a partir de la notificación de terminación del trabajo, sin la necesidad de judicialización para que la trabajadora pueda obtener el valor respectivo, salvo incumplimiento del empleador o empleadora en cuyo caso cabría la demanda judicial correspondiente.

**194.** La compensación para el derecho al cuidado comprenderá la suma de los siguientes componentes:

a. La misma remuneración que venía percibiendo la persona por el resto de meses de embarazo.

b. La misma remuneración que venía percibiendo por 14 semanas de cuidado (licencia de maternidad).

c. La misma remuneración que venía percibiendo por el tiempo que reste para cumplir el periodo de lactancia establecido en la ley.

**195.** La compensación se calcula a partir del día de terminación de trabajo y se suma el tiempo que faltare hasta completar el periodo de lactancia. En este sentido, por ejemplo, si la terminación se produce durante el cuidado por maternidad (licencia) no se tomará en cuenta el tiempo del embarazo (literal a del párrafo anterior), se sumará el tiempo restante hasta cumplir 14 semanas (literal b) y se añadirá el monto correspondiente a lactancia (literal c); de igual manera, si la terminación se produce en el período de lactancia, no se agregarán los montos de embarazo ni cuidado por maternidad (literal b y c) (Acción Extraordinaria de Protección. , 2020).

Con esta Resolución de alguna manera se obliga al empleador (sector público) a cancelar económicamente a la mujer que por su estado de embarazo ha sido desvinculada de su relación laboral sin que exista causa justa, ahora la misma Resolución indica que en el caso

de que la mujer hubiese cometido alguna falta grave y por ello, se inicie el régimen disciplinario correspondiente no tendrá validez la compensación a la que se acaba de citar.

En lo concerniente a la legislación colombiana el Código Sustantivo del Trabajo al igual que el Código del Trabajo hace referencia a la prohibición del despido de las mujeres embarazadas o que se encuentran asociadas a su condición de gestación o maternidad, y es por esto que en el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo determina:

**Artículo 239. Prohibición de despido**

1. Ninguna trabajadora podrá ser despedida por motivo de embarazo o lactancia sin la autorización previa del Ministerio de Trabajo que avale una justa causa.
2. Se presume el despido efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando este haya tenido lugar dentro del período de embarazo y/o dentro de los tres meses posteriores al parto.
3. Las trabajadoras que trata el numeral uno (1) de este artículo, que sean despedidas sin autorización de las autoridades competentes, tendrán derecho al pago adicional de una indemnización igual a sesenta (60) días de trabajo, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con su contrato de trabajo.
4. En el caso de la mujer trabajadora que por alguna razón excepcional no disfrute de la semana preparto obligatoria, y/o de algunas de las diecisiete (17) semanas de descanso, tendrá derecho al pago de las semanas que no gozó de licencia. En caso de parto múltiple tendrá el derecho al pago de dos (2) semanas adicionales y, en caso de que el hijo sea prematuro, al pago de la diferencia de tiempo entre la fecha del alumbramiento y el nacimiento a término (Código Sustantivo del Trabajo, 1950).

El Estado colombiano por intermedio de la normativa laboral vigente determina la prohibición que tienen los empleadores de terminar de manera unilateral la relación laboral con la mujer que se encuentre en estado de gravidez y lactancia, debiendo obviamente cancelar una indemnización por la contravención a esta prohibición.

Ahora, al entender las dos normativas laborales de cada país es claro que el Estado ecuatoriano es mucho más severo o rígido al tratarse de un despido a mujer embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad en cualquiera de los regímenes laborales; es decir, el Código del Trabajo y la Ley Orgánica del Servicio Público.

**d.2. Licencia de maternidad**

La licencia que se la otorga a las mujeres que han dado a luz a su hijo es concedida por el tiempo de 85 días desde el nacimiento de la o el recién nacido sin diferencia del tipo de

régimen laboral; ahora es necesario el indicar que las mujeres que se encuentran bajo lo normado del Código del Trabajo contarán con un subsidio el cual es cancelado por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social en un porcentaje del 75% mientras que el 25% restante es cubierto por el empleador mientras la mujer se encuentre en esta licencia; en el régimen de la Ley Orgánica del Servicio Público el subsidio será cancelado en su totalidad por el Estado.

Se debe también comprender lo dispuesto en el artículo 152 del Código del Trabajo que también habla sobre la licencia de paternidad que está sujeta a la licencia de maternidad, determinando algunas particularidades en esta licencia conforme lo indica:

Artículo 152. - Toda mujer trabajadora tiene derecho a una licencia con remuneración de doce (12) semanas por el nacimiento de su hija o hijo; en caso de nacimientos múltiples el plazo se extiende por diez días adicionales. La ausencia al trabajo se justificará mediante la presentación de un certificado médico otorgado por un facultativo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, y, a falta de éste, por otro profesional; certificado en el que debe constar la fecha probable del parto o la fecha en que tal hecho se ha producido.

El padre tiene derecho a licencia con remuneración por diez días por el nacimiento de su hija o hijo cuando el nacimiento sea por parto normal; en los casos de nacimientos múltiples o por cesárea se prolongará por cinco días más.

En los casos de que la hija o hijo haya nacido prematuro o en condiciones de cuidado especial, se prolongará la licencia por paternidad con remuneración, por ocho días más y cuando la hija o hijo haya nacido con una enfermedad, degenerativa, terminal o irreversible, o con un grado de discapacidad severa, el padre podrá tener una licencia con remuneración por veinte y cinco días, hecho que se justificará con la presentación de un certificado médico otorgado por un facultativo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, y, a falta de éste, por otro profesional.

En caso de fallecimiento de la madre durante el parto o mientras goza de la licencia por maternidad, el padre podrá hacer uso de la totalidad, o en su caso, de la parte que reste del período de licencia que le hubiere correspondido a la madre si no hubiese fallecido (Código del Trabajo, 2018).

Esta disposición se encuentra vigente y es válida para las mujeres embarazadas o asociadas a su condición de gestación o maternidad que se encuentran laborando en el sector privado y adicional a esto a las trabajadoras que prestan sus servicios en el sector público; disposiciones que deben ser cumplidas a cabalidad por parte de los empleadores, pues, esta licencia no puede ser susceptible a una autorización de los mismos.

Se debe de considerar que conforme a la normativa que se encuentra vigente por parte de la Ley de Seguridad Social, las mujeres que den a luz gozarán de un subsidio que se encuentra regulada por la misma ley que corresponde a la cancelación del 25% de la remuneración a cargo del empleador y el 75% de la remuneración a cargo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; esto se lo realizará en base a la remuneración que ha venido percibiendo la trabajadora, por el tiempo que dure esta licencia; también es justo el mencionar que esto se encuentra regulado por la misma disposición y que este subsidio cuenta con sus propios requisitos para poder ser beneficiado de este.

Mientras para quienes prestan sus servicios en el sector público es la Ley Orgánica del Servicio Público en los literales c) y d) del artículo 27 donde se indica lo que se considerará como licencia con remuneración a la maternidad y a la paternidad bajo la misma modalidad que lo hace el Código del Trabajo

Artículo 27. Licencias con remuneración. - Toda servidora o servidor público tendrá derecho a gozar de licencia con remuneración en los siguientes casos:

c) Por maternidad, toda servidora pública tiene derecho a una licencia con remuneración de doce (12) semanas por el nacimiento de su hija o hijo; en caso de nacimiento múltiple el plazo se extenderá por diez días adicionales. La ausencia se justificará mediante la presentación del certificado médico otorgado por un facultativo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; y, a falta de éste, por otro profesional de los centros de salud pública. En dicho certificado se hará constar la fecha probable del parto o en la que tal hecho se produjo;

d) Por paternidad, el servidor público tiene derecho a licencia con remuneración por el plazo de diez días contados desde el nacimiento de su hija o hijo cuando el parto es normal; en los casos de nacimiento múltiple o por cesárea se ampliará por cinco días más (Ley Orgánica del Servicio Público, 2018).

Conforme a lo que se indicó en lo referente al subsidio del cual gozan las mujeres que han dado a luz a sus hijos, este subsidio es completamente diferente; pues, en el sector público el pago de este estará a cargo del Estado ecuatoriano el mismo que será cancelado en su totalidad; es decir, el 100% de la remuneración de la servidora, esto durante el tiempo que dure la licencia y que para esto no necesita cumplir con determinados requisitos como se lo hace en el sector privado.

Ahora en la normativa laboral del Estado colombiano se debe de aclarar que el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 236 establece una nueva reforma hace referencia a la misma licencia con remuneración de 18 semanas, con la diferencia que pueden ser 2 semanas antes del parto y 16 luego del parto; así la diferencia entre las 2 legislaciones respecto a la licencia por maternidad; aclarando que, en la legislación colombiana se habla de una licencia post parto mientras que en el Ecuador eso ya no se lo aplica, desde la promulgación de la LOSEP.

También es importante el indicar que esta legislación establece la posibilidad que tiene la madre de otorgar al padre del recién nacido sus 2 semanas de licencia muy a parte de la licencia que el padre tiene por paternidad.

De la misma manera es preciso el indicar que en esta misma normativa existe un párrafo que indica “...*Estos beneficios no excluyen al trabajador del sector público...*”; es decir que las funcionarias del servicio público gozarán de los mismos beneficios de la mujer que labora en el sector privado colombiano, manifestando de la siguiente manera:

**Artículo 236. Licencia en la época del parto e incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido.**

1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia.
2. Si se tratare de un salario que no sea fijo como en el caso del trabajo a destajo o por tarea, se tomará en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicio, o en todo el tiempo si fuere menor.
3. Para los efectos de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico, en el cual debe constar:
  - a) El estado de embarazo de la trabajadora;
  - b) La indicación del día probable del parto, y
  - c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.

Los beneficios incluidos en este artículo, y el artículo 239 de la presente ley, no excluyen a los trabajadores del sector público.

4. Todas las provisiones y garantías establecidas en la presente ley para la madre biológica, se hacen extensivas en los mismos términos y en cuanto fuere procedente a la madre adoptante, o al padre que quede a cargo del recién nacido sin apoyo de la madre, sea por enfermedad o muerte, asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se ha adoptado, o del que adquiere custodia justo después del nacimiento. En ese sentido, la licencia materna se extiende al padre en caso de fallecimiento o enfermedad de la madre, el empleador del padre del niño le

concederá una licencia de duración equivalente al tiempo que falta para expirar el periodo de la licencia posterior al parto concedida a la madre.

5. La licencia de maternidad para madres de niños prematuros, tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, las cuales serán sumadas a las dieciocho (18) semanas que se establecen en la presente ley. Cuando se trate de madres con parto múltiple, la licencia se ampliará en dos semanas más.

6. La trabajadora que haga uso de la licencia en la época del parto tomará las dieciocho (18) semanas de licencia a las que tiene derecho, de la siguiente manera:

a) Licencia de maternidad preparto. Esta será de una (1) semana con anterioridad a la fecha probable del parto debidamente acreditada. Si por alguna razón médica la futura madre requiere una semana adicional previa al parto podrá gozar de las dos (2) semanas, con dieciséis (16) posparto. Si en caso diferente, por razón médica no puede tomarla semana previa al parto, podrá disfrutar las dieciocho (18) semanas en el posparto inmediato.

b) Licencia de maternidad posparto. Esta licencia tendrá una duración normal de diecisiete (17) semanas contadas desde la fecha del parto, o de dieciséis (16) o dieciocho (18) semanas por decisión médica, de acuerdo a lo previsto en el literal anterior.

**Parágrafo 1°.** De las dieciocho (18) semanas de licencia remunerada, la semana anterior al probable parto será de obligatorio goce en caso de que el médico tratante prescriba algo diferente. La licencia remunerada de la que habla este artículo, es incompatible con la licencia de calamidad doméstica y en caso de haberse solicitado esta última por el nacimiento de un hijo, estos días serán descontados de la misma.

**Parágrafo 2°.** El esposo o compañero permanente tendrá derecho a ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad.

La licencia remunerada de paternidad opera por los hijos nacidos del cónyuge o de la compañera.

El único soporte válido para el otorgamiento de la licencia remunerada de paternidad es el Registro Civil de Nacimiento, el cual deberá presentarse a la EPS a más tardar dentro de los 30 días siguientes a la fecha del nacimiento del menor.

La licencia remunerada de paternidad estará a cargo de la EPS, para lo cual se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad.

Se autoriza al Gobierno nacional para que en el caso de los niños prematuros y adoptivos se aplique lo establecido en el presente parágrafo.

**Parágrafo 3°.** Para efectos de la aplicación del numeral quinto (5) del presente artículo, se deberá anexar al certificado de nacido vivo y la certificación expedida por el médico tratante en la cual se identifique diferencia entre la edad gestacional y el nacimiento a término, con el fin de determinar en cuántas semanas se debe ampliar la licencia de maternidad, o determinar la multiplicidad en el embarazo.

El Ministerio de Salud reglamentará en un término no superior a seis (6) meses contados a partir de la expedición de la presente ley, lo concerniente al contenido de la certificación de que trata este parágrafo y fijará los criterios médicos a ser tenidos en cuenta por el médico tratante a efectos de expedirla (Código Sustantivo del Trabajo, 1950).

Cabe mencionar que lo que establece el Código Sustantivo de Trabajo en el Estado colombiano tiene algunas diferencias pues conforme a las mismas disposiciones mientras

dura la licencia de maternidad el pago de la remuneración a la mujer que ha dado a luz es del 100%, pago que es cubierto por parte de la Seguridad Social y la mujer embarazada gozará de dieciocho semanas de licencia por maternidad, pudiendo tomar dos semanas antes del parto y luego gozar las 16 semanas restantes, adicional a esto se debe de considerar también que esta misma disposición abarca a las servidoras públicas, pues en Colombia existe una sola normativa laboral, a diferencia del Ecuador que se cuenta con tres normativas laborales.

Ahora con estos antecedentes, se debe de indicar el estudio que realizó por la Oficina Internacional del Trabajo en el libro de la Maternidad en el Trabajo, hace referencia al incumplimiento que damos al no acatar las recomendaciones que se han realizado para todos los miembros de la OIT, sin embargo de esto también es necesario el indica que dentro de la región si existen países que han sabido respetar estas recomendaciones y de esta manera estos países han sido quienes de cualquier manera han querido proteger a la mujer embarazada a la parte de la protección que se da al recién nacido

Entre los 32 países de América Latina y el Caribe abarcados en este informe, cuatro de ellos (Belice, Brasil, Costa Rica y Panamá) prevé al menos 14 semanas de licencia, en tanto que otros tres van más allá del Convenio núm. 183 y, reconocimiento de 18 semanas de licencia, cumplen el nivel fijado en la Recomendación núm. 191 (Chile, Cuba y Venezuela), las tres cuartas partes de los países de esta región (el 72 por ciento) prevé entre 12 y 13 semanas de licencia de maternidad, y otro 6 por ciento, menos de 12 semanas (Organización Internacional del Trabajo, La Maternidad en el Trabajo, examen de la legislación nacional, 2010, pág. 10).

De la misma manera dentro de este estudio realizado se indica que la duración de la licencia en Colombia la licencia de maternidad es de dieciocho semanas y en Ecuador es de 12 semanas donde si existen algunas diferencias como en los subsidios que se dan en cada uno de los países; con la gran diferencia en base a la fuente de financiamiento; pues en el Ecuador la seguridad social cancela el 75% y el 25% restante lo hace el empleador en relación al sector privado; mientras que en el sector público el 100% de la remuneración es cancelada por el Estado; En el país de Colombia la fuente de financiamiento está a cargo en su totalidad por la Seguridad Social; aclarando que en el cuadro adjunto se puede observar la realidad de la licencia de maternidad en América Latina y Centro América;

información que ha sido citada del libro de la Maternidad en el Trabajo, Examen de la Legislación Nacional.

**Figura 1**

PAÍS	DURACIÓN DE LA LICENCIA	PORCENTAJE DEL SALARIO	FUENTE DE FINANCIAMIENTO	TIPO DE FINANCIAMIENTO	CONVENIO SOBRE LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD RATIFICADOS		
					C3	C103	C183
Antigua y Barbuda	13 semanas	100% durante 6 semanas; 60% durante 7 semanas	Mixta (60% seguridad social, 40% empleador durante las primeras 6 semanas)	Obligatoria			
Argentina	90 días	100%	Seguridad Social	Obligatoria	X		
Bahamas	12 semanas	100%	Mixta (2/3 seguridad social durante 13 semanas; 1/3 empleador durante 12 semanas)	Obligatoria		X	
Barbados	12 semanas	100%	Seguridad Social	Obligatoria			
Belice	14 semanas	100%	Seguridad Social	Obligatoria			x
Bolivia, Estado Plurinacional	60 días	100% del salario mínimo más el 70% de la diferencia entre el salario mínimo y los ingresos regulares	Seguridad Social	Obligatoria		X	
Brasil	120 días	100%	Seguridad Social	Obligatoria		X	
Chile	18 semanas	100% hasta cierto límite	Seguridad Social	Obligatoria		X	
<b>Colombia</b>	<b>12 semanas</b>	<b>100%</b>	<b>Seguridad Social</b>	<b>Obligatoria</b>	<b>X</b>		
Costa Rica	4 meses	100%	Mixta (50% seguridad social; 50% empleador)	Obligatoria			
Cuba	18 semanas	100%	Seguridad Social	Obligatoria	X		X
Dominica	12 semanas	60%	Mixta	Obligatoria			
República Dominicana	12 semanas	100%	Mixta (50% seguridad social; 50% empleador)	Obligatoria			
<b>Ecuador</b>	<b>12 semanas</b>	<b>100%</b>	<b>Mixta (75% seguridad social; 25% empleador)</b>	<b>Obligatoria</b>		<b>X</b>	
El Salvador	12 semanas	75%	Seguridad Social	Obligatoria			

Granada	3 meses	105% durante 2 meses; 65% para el último mes	Mixta (65% seguridad social por 12 semanas; 40% empleador por 2 meses)	Obligatoria			
Guatemala	84 días	100%	Mixta 2/3 seguridad social; 1/3 empleador)	Obligatoria		X	
Guayana	13 semanas	70%	Seguridad Social	Obligatoria			
Haití	12 semanas	100% durante 6 semanas	Empleador	No hay información			
Honduras	10 semanas	100% durante los 84 días	Seguridad Social	Obligatoria			
Jamaica	12 semanas	100% durante 8 semanas	Seguridad Social	Obligatoria			
México	12 semanas	100%	Seguridad Social	Obligatoria			
Nicaragua	12 semanas	100%	Mixta ( 60% seguridad social; 40% empleador)	Obligatoria	X		
Panamá	14 semanas	100%	Mixta		X		
Paraguay	12 semanas	50% durante las 9 semanas	Seguridad Social	Obligatoria			
Perú	90 días	100%	Seguridad Social	Obligatoria			
Saint Kitts y Nevis	13 semanas	65%	Seguridad Social	Obligatoria			
Santa Lucía	3 meses	65%	Seguridad Social	Obligatoria			
San Vicente y Las Granadinas	13 semanas	65%	Seguridad Social	Obligatoria			
Trinidad y Tobago	13 semanas	100 durante 1 mes y 50% durante 2 meses con cargo al empleador más una suma según las ganancias con cargo a la seguridad social	Mixta	Obligatoria			
Uruguay	12 semanas	100%	Seguridad Social	Obligatoria		X	
República Bolivariana de Venezuela	18 semanas	100%	Seguridad Social	Obligatoria	X		

(Organización Internacional del Trabajo, La Maternidad en el Trabajo, examen de la legislación nacional, 2010).

Dentro de este cuadro que ha sido publicado en la licencia de maternidad en América Latina y Centro América; información que ha sido citada del libro de la Maternidad en el Trabajo, Examen de la Legislación Nacional, se observa que tanto el Estado ecuatoriano y colombiano otorgan a las mujeres embarazadas o asociadas a su condición de gestación o maternidad 12 semanas como licencia de maternidad; las cuales de manera distintas son aplicadas en cada una de los Estados; pero esta manera de protección a la madre y recién

nacido no se encuentran inmersas dentro de las recomendaciones que realiza la Organización Internacional del Trabajo OIT conforme consta en la recomendación sobre la protección de la maternidad No. 95 de 1952 que en su recomendación 1 sobre el Descanso de Maternidad.

### **d.3. Permiso de lactancia**

La lactancia, es la alimentación que recibe el recién nacido por parte de su madre, en el mejor de los casos y se la realiza por medio de la leche materna; este alimento tiene su peculiaridad; pues, permite que la madre transmita sus mecanismos de defensa al recién nacido, mientras que el acto de amamantar logra fortalecer la relación madre hijo.

Es por ello que Guillermo Cabanellas en su Diccionario Jurídico Elemental conceptualiza de manera clara a lo que es la lactancia “...es el lapso en el que el recién nacido se alimenta de la leche materna, desde su nacimiento hasta los tres años de vida del menor...”.

En base a esto la Oficina Internacional del Trabajo OIT en sus convenios núm. 103 de 1952 y Convenio núm. 183 del 2000; dejan un campo abierto a las legislaciones nacionales el procedimiento para gozar de la licencia de lactancias; es decir, que será cada una de las naciones quienes fijarán la manera de disfrutar de la licencia de lactancia; ahora el convenio núm, 183 también deja la posibilidad de reducir el tiempo de trabajo de la madre lactante, dentro del Convenio núm. 183 del año 2000 en su artículo 10 instaura:

1. La mujer tiene derecho a una o varias interrupciones por día o a una reducción diaria del tiempo de trabajo para la lactancia de su hijo.
2. El periodo en el que se autorizan las interrupciones para la lactancia o la reducción diaria del tiempo de trabajo, el número y la duración de estas interrupciones y las modalidades relativas a la reducción diaria del tiempo de trabajo serán fijados por la legislación y la practica nacionales. Estas interrupciones o la reducción diaria del tiempo de trabajo deben contabilizarse como tiempo de trabajo y remunerarse en consecuencia (Organización Internacional del Trabajo, La Maternidad en el Trabajo, examen de la legislación nacional, 2010).

Conforme a esto en la legislatura ecuatoriana se hace referencia a la disposición de dicho convenio y el tiempo del permiso de lactancia se lo ha sectorizado dependiendo del tipo de

régimen laboral de la mujer embarazada; entonces, para las mujeres que se encuentren prestando sus servicios para el Estado en el párrafo 4 del artículo 33 de la Ley Orgánica del Servicio Público en el que indica que la madre tendrá permiso de dos horas diarias para el cuidado del recién nacido esto en concordancia con el artículo 61 del Reglamento General de la LOSEP que establece:

Artículo 61. Permiso para el cuidado del recién nacido. - La autoridad nominadora concederá permiso con remuneración a las servidoras para el cuidado del recién nacido por dos horas diarias durante doce meses efectivos contados a partir de la terminación de la licencia por maternidad. El lapso en el cual se otorgue dicho permiso puede ser fraccionado conforme al requerimiento de la servidora pública, para garantizar el adecuado cuidado del niño o niña.

Cuando se produzca el fallecimiento de la madre de la o el niño en el período posterior a la licencia por maternidad, el padre hará uso de la totalidad o de la parte de tiempo que reste de este permiso (Reglamento de la Ley Organica del Servicio P., 2011).

Con la Sentencia No. 03-19-JP/20 el Juez Ponente Dr. Ramiro Ávila Santamaria brinda una apreciación completa del derecho a la lactancia en la que manifiesta:

La lactancia materna, entendida no solo como el “dar de lactar” sino como el periodo de tiempo en el que se alimenta de distintos modos a una niña o niño recién nacido, es la piedra angular para la supervivencia y salud de las niñas y niños y podría brindarles un mejor comienzo en la vida.<sup>46</sup> Por tanto, reconocer el periodo de lactancia es fundamental para el ejercicio de derechos y es una etapa que tiene que ser promovida y protegida desde el Estado a través de políticas públicas adecuadas (Acción Extraordinaria de Protección. , 2020).

Todo esto relacionado a lo que establece el artículo 332 de la Constitución de la República del Ecuador sobre la obligación del Estado de respetar la lactancia, esto relacionado con al numeral 2 del artículo 24 del Convenio sobre los Derechos del Niño, adicional a esto lo que determina el artículo 120 de la Ley Orgánica de Salud del Ecuador que dice:

La autoridad sanitaria nacional, en coordinación con el Ministerio del Trabajo y Empleo y el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, vigilará y controlará las condiciones de trabajo, de manera que no resulten nocivas o insalubres durante los periodos de embarazo y lactancia de las mujeres trabajadoras.

Los empleadores tienen la obligación de cumplir las normas y adecuar las actividades laborales de las mujeres embarazadas y en período de lactancia (Acción Extraordinaria de Protección. , 2020).

Ahora para las madres que prestan sus servicios en el sector privado y se rigen por el Código del Trabajo es claro al indicar en el párrafo tercero del artículo 155 las madres lactantes serán de seis horas durante doce semanas posteriores al parto; es decir, que las madres lactantes laborarán seis horas diarias hasta que el recién nacido cumpla su primer año de vida; por lo que se cita lo dispuesto por esta norma legal

Artículo 155. Durante los doce (12) meses posteriores al parto, la jornada de la madre lactante durará seis (6) horas, de conformidad con la necesidad de la beneficiaria (Código del Trabajo, 2018).

Con esto que es claro el panorama para las madres lactantes en el Estado ecuatoriano pues se nota una gran diferencia por el tiempo del permiso de lactancia, pues las servidoras públicas gozan de doce (12) meses de este periodo, mientras que las trabajadoras del sector privado gozan de solo nueve (9) meses; debiendo de considerarse que el cuidado es el mismo e incluso debería de predominar el intereses superior del niño conforme al derecho que protege a este grupo de atención prioritaria; por eso es que en el artículo 44 de la Constitución de la República del Ecuador nos dice que el Estado atenderá el principio de su interés superior.

Evidenciándose de esta manera que dentro de la normativa existe una discriminación hacia las mujeres, entonces no existe equidad e igualdad pues al estar separadas o diferenciadas por el régimen laboral al que se amparan; y que esta está en todo lo que estipula la propia Constitución de la República del Ecuador pues en el numeral 1 del artículo 43 dice que la mujer embarazada no será discriminada por su embarazo en el ámbito educativo social y laboral; evidenciándose así ya una contraposición a esta disposición; aún más cuando en el artículo 44 indica también la función del estado al brindar un desarrollo integral de las niñas y niños, situación que no sucede pues existen 3 meses en los cuales en determinados casos la madre no pasa con su hijo recién nacido

Artículo 44. El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno

de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.

Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Ahora, conforme lo dice la Sentencia de la Corte Constitucional antes citada en su acápite 85 y 86 manifiesta:

Las mujeres tienen derecho a dar de lactar a su hijo o hija en condiciones dignas en su trabajo o donde pudieren hacerlo. Las mujeres tienen derecho a decidir si optan por la lactancia y a interrumpir la misma sin que esto interfiera en el tiempo que tienen para alimentar de otra forma a su hijo o hija. El deber que tienen el padre y la madre de alimentar al niño o niña debe ser compartido de forma equitativa.

**86.** Las mujeres que optan por la lactancia no deberían adaptarse a las circunstancias laborales, sino que los espacios de trabajo deben crear ambientes propicios para la compatibilización de la lactancia y el cuidado con el trabajo. Entre las medidas adecuadas para que esto suceda, como se desarrolla más adelante en el derecho al cuidado, están los permisos, las licencias incluida la de paternidad, los lactarios, las guarderías.

**87.** Toda mujer que desee tener una hija o hijo y decida amamantarlo debe poder hacerlo sin tener miedo de perder su trabajo, sus ingresos o su carrera. La protección especial a la mujer prima frente a las necesidades del mercado. (Acción Extraordinaria de Protección. , 2020).

Con esto, la apreciación es más claro pues, la misma sentencia o la misma idea puede ser acogida para el sector privado, pues el derecho que tiene la madre lactante y el recién nacido no se lo evidencia por el tipo de régimen laboral, sino por un derecho universal.

Se debe de hacer ahora una referencia de este permiso en el Estado colombiano; en esta legislación que es el Código Sustantivo de Trabajo hace una breve referencia a lo que contempla este permiso; pues, en su artículo 238 establece que el permiso de lactancia se lo hará en dos (2) turnos de treinta (30) minutos dentro de la jornada diaria, sin que este tiempo sea descontado de su remuneración; permiso que se lo gozará hasta los primeros 6 meses de edad como lo dice:

## **ARTICULO 238. DESCANSO REMUNERADO DURANTE LA LACTANCIA.**

1. El patrono está en la obligación de conceder a la trabajadora dos descansos, de veinte (20) minutos cada uno, dentro de la jornada, para amamantar a su hijo, sin descuento alguno en el salario por dicho concepto, durante los primeros seis (6) meses de edad.
2. El {empleador} está en la obligación de conceder más descansos que los establecidos en el inciso anterior si la trabajadora presenta certificado médico en el cual se expongan las razones que justifiquen ese mayor número de descansos.
3. Para dar cumplimiento a la obligación consagrada en este artículo, los {empleadores} deben establecer en un local contiguo a aquel en donde la mujer trabaja, una sala de lactancia o un lugar apropiado para guardar al niño.
4. Los {empleadores} pueden contratar con las instituciones de protección infantil el servicio de qué trata el inciso anterior (Código Sustantivo del Trabajo, 1950).

Entre cada una de las normativas es evidente que existe mucha más protección de la madre lactante y obviamente del menor en la normativa ecuatoriana, protección que también se encuentra tipificada en la Constitución de la República del Ecuador.

Pero es justo el reconocer que el Estado ecuatoriano por intermedio de los Ministerio de Salud Pública y el Ministerio del Trabajo han elaborado un Acuerdo Interministerial con el cual busca el estimular y proteger al menor ya que como se es conocido la leche materna es el mejor alimento para el recién nacido; y lo que se busca con dicho acuerdo interinstitucional es garantizar a la mujer lactante en base a lo que indica el Acuerdo No. 3 publicado en el Registro Oficial 33 del 15 de agosto del 2019 el que prevé la Adecuación y uso de las salas de apoyo a la lactancia materna en las empresas del sector privado, y que dicho control está a cargo de los funcionario del Ministerio del Trabajo a través de los Inspectores Laborales y del Ministerio de Salud Pública; y que al incumplimiento de estas disposiciones serán susceptibles a las sanciones previstas en la misma normativa amparándose en lo que dispone el artículo 7 del Mandato Constitucional No. 8.

### **d.4. Derecho al cuidado del recién nacido**

El Estado ecuatoriano en agosto del 2016 incorporó a su legislación la Ley Orgánica para la promoción del Trabajo Juvenil, regulación excepcional de la Jornada de Trabajo, Cesantía y Seguro de Desempleo que fue inscrito en el Registro Oficial No. 820 del 17 de agosto del 2016 en el cual concede una licencia o permiso a la madre o padre del recién nacido para su cuidado; es decir, que él o la trabajadora puede presentar a su empleador el permiso o licencia para cuidar a su hijo durante los siguientes nueve (9) meses después de

haberse incorporado de su licencia de maternidad; siempre y cuando el menor no cumpla su primer año de vida.

Mientras este permiso o licencia sin remuneración se garantizará la Seguridad Social y que esta prestación será restituida por parte del Ministerio de Salud Pública.

Esta licencia a la par de ser una gran ayuda para la madre o el padre también garantiza la antigüedad laboral, así como también que una vez que se concluya la misma es obligación del empleador de reincorporar a la o el trabajador a su mismo sitio o puesto de trabajo; ahora para cubrir esta vacante mientras dure este permiso o licencia el empleador de ser necesario contratará mediante un contrato eventual al reemplazo de quien se acoja; llevando las reglas propias del contrato eventual conforme lo norma el artículo 17 del Código del Trabajo.

Ahora también es importante el mencionar que, si fuese el caso y la voluntad del empleador de terminar la relación laboral durante o concluida la licencia sin remuneración, esto será considerado como despido ineficaz para la madre o el padre. Todo esto está contemplado conforme al artículo 152 del Código del Trabajo:

Artículo 152. Licencia o permiso sin remuneración para el cuidado de los hijos. - El trabajador o trabajadora, concluida la licencia o permiso por maternidad o paternidad, tendrán derecho a una licencia opcional y voluntaria sin remuneración, hasta por nueve (9) meses adicionales, para atender al cuidado de los hijos, dentro de los primeros doce meses de vida del niño o niña.

Esta licencia aplicará también para el caso de padres o madres adoptivos.

El período en que los trabajadores hagan uso de la licencia o permiso, conforme a lo establecido en el presente artículo, será computable a efectos de antigüedad.

Terminado el periodo de licencia o permiso de paternidad o maternidad respectivamente, el padre o la madre podrán solicitar dentro de los 3 días posteriores a la terminación de la licencia o permiso de paternidad o maternidad los fondos de cesantía que tuvieren acumulados, los mismos que serán entregados el día sesenta y uno (61) contados a partir de la presentación de la solicitud; y para tal efecto estos valores no se considerarán para otras prestaciones de la seguridad social.

Durante el periodo de licencia o permiso sin remuneración se garantizarán las prestaciones de salud por parte de la seguridad social, las cuales deberán ser reembolsadas por parte del Ministerio de Salud Pública.

Los contratos eventuales que se celebraren con un nuevo trabajador, para reemplazar en el puesto de trabajo al trabajador en uso de la licencia o permiso previstos en este artículo, terminarán a la fecha en que dicha licencia o permiso expire y estarán exentos del pago del 35% previsto en el segundo inciso del artículo 17 del Código del Trabajo, en estos casos su plazo podrá extenderse hasta que dure la licencia.

Si luego del uso de la licencia sin remuneración a la que se acoja el padre o la madre fuesen despedidos por este hecho, se considerará despido ineficaz (Código del Trabajo, 2018).

Esto relacionado a las mujeres que prestan sus servicios lícitos y personales en el ámbito laboral del sector privado en el artículo 152 de la misma normativa nos hace referencia a las personas que se rigen bajo esta normativa; pero de la misma manera la LOSEP normativa que regula la relación laboral entre el servidor público y el Estado ecuatoriano en su literal f) del artículo 28 determina:

Artículo 28. Concluida la licencia o permiso por maternidad o paternidad, tendrán derecho a una licencia opcional y voluntaria sin remuneración, hasta por nueve (9) meses adicionales, para atender al cuidado de los hijos, dentro de los primeros doce (12) meses de vida del niño o niña.

Esta licencia aplicará también para el caso de padres o madres adoptivos.

El período en que los servidores públicos hagan uso de la licencia o permiso, conforme a lo establecido en el presente literal, será computable a efectos de antigüedad.

Terminado el periodo de licencia o permiso de paternidad o maternidad respectivamente, el padre o la madre podrán solicitar dentro de los 3 días posteriores a la terminación de la licencia o permiso de paternidad o maternidad los fondos de cesantía que tuvieren acumulados, los mismos que serán entregados el día sesenta y uno (61) contados a partir de la presentación de la solicitud; y para tal efecto estos valores no se considerarán para otras prestaciones de la seguridad social.

Durante el periodo de licencia o permiso sin remuneración se garantizarán las prestaciones de salud por parte de la seguridad social, las cuales deberán ser reembolsadas por parte del Ministerio de Salud Pública.

Los contratos ocasionales que se celebraren con un nuevo servidor público, para reemplazar en el puesto de trabajo al servidor en uso de la licencia o permiso previstos en este literal, terminarán a la fecha en que dicha licencia o permiso expire (Ley Orgánica del Servicio Público, 2018).

De la misma manera como se lo ha dicho en el Código de Trabajo; las y los servidores públicos tiene derecho a solicitar a su empleador una licencia sin remuneración para el cuidado del recién nacido conforme se lo indico en la Ley de Justicia Laboral en la que se estipulo el cuidado del recién nacido.

Con esta normativa el Estado ecuatoriano se enmarca en lo que dispone la Constitución de la República del Ecuador y brinda la atención y protección al recién nacido precautelando su salud al momento de poder ser cuidado por sus progenitores, considerándose que esta legislación es aplicable para las madres o padres que prestan sus servicios en el sector privado como en el sector público, bajo los mismos parámetros y procedimientos.

Entonces se evidencia que a raíz de la promulgación de la Ley de Justicia Laboral en el año 2015 el Estado ecuatoriano ha demostrado ser un Estado constitucional de derechos y justicia social, ya que brinda las garantías necesarias para la protección de la familia y más aún que esta protección no solo está enmarcada en el ámbito laboral sino social.

En la Constitución Política de Colombia en su artículo 50 busca la protección de los menores de un año, en los casos de no estar cubiertos por la Seguridad Social, manifestando:

**Artículo 50.** Todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. La ley reglamentará la materia.

Con esto el Estado colombiano protege la integridad del menor de un año otorgándole salud y seguridad gratuita por las entidades estatales; garantizando la protección integral, este artículo se encuentra correlacionado con lo que dispone el último inciso del artículo 44 que dice: “...*Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás...*”, prevaleciendo el interés superior del niño sobre cualquier situación.

Todo esto enmarcado en lo que dispone el artículo 333 de la Constitución de la República del Ecuador que establece:

Se reconoce como labor productiva el trabajo no remunerado de autosustento y cuidado humano que se realiza en los hogares.

El Estado promoverá un régimen laboral que funcione en armonía con las necesidades del cuidado humano, que facilite servicios, infraestructura y horarios de trabajo adecuados; de manera especial, proveerá servicios de cuidado infantil, de atención a las personas con discapacidad y otros necesarios para que las personas trabajadoras puedan desempeñar sus actividades laborales; e impulsará la corresponsabilidad y reciprocidad de hombres y mujeres en el trabajo doméstico y en las obligaciones familiares.

La protección de la seguridad social se extenderá de manera progresiva a las personas que tengan a su cargo el trabajo familiar no remunerado en el hogar, conforme a las condiciones generales del sistema y la ley (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Concordante con lo que en la Sentencia No. 03-19-JP/20 en su numeral 102 el Juez Ponente Dr. Ávila Santamaría ha determinado:

A nivel internacional, el derecho al cuidado ha sido reconocido expresamente en la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Adultas Mayores (artículo 12), la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 3.2), la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas (objetivo 5), las Conferencias Regionales de la Mujer de América Latina y el Caribe (2007, 2010, 2013 y 2016). La que tuvo lugar en la ciudad de Quito, en el año 2007, expresamente estableció el compromiso de: *formular y aplicar políticas de Estado que favorezcan la responsabilidad compartida equitativamente entre mujeres y hombres en el ámbito familiar, superando los estereotipos de género, reconociendo **la importancia del cuidado** y del trabajo doméstico para la reproducción económica y el bienestar de la sociedad como una de las formas de superar la división sexual del trabajo... adoptar medidas en todas las esferas de la vida particular, en los ámbitos económico y social, incluidas reformas institucionales, para garantizar el reconocimiento y el aporte al bienestar de las familias y al desarrollo promover su inclusión en las cuentas nacionales.* (Énfasis añadido) (Acción Extraordinaria de Protección. , 2020).

Con todo esto queda que, así como lo dice la Constitución de la República del Ecuador se reconocerá el *sumak kawsay* a todos quienes se encuentren en el territorio ecuatoriano, y que este será un deber primordial del Estado, razón por la cual el derecho al cuidado también ha sido incluido dentro de la misma Constitución, y más aún al estar relacionado en el ámbito laboral, buscando desde luego el bienestar social.

**e. Los juzgadores como garantistas del principio de igualdad de la mujer embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad**

Conforme a las enseñanzas que se ha recibido sobre el concepto de Derecho, se ha entendido que el Derecho es el conjunto de normas y principios que regulan la relación

entre las personas dentro de una sociedad; con esta finalidad, resulta difícil no reconocer la importancia del ámbito jurídico en la sociedad; la importancia del Derecho en la sociedad es la de diseñar una institución jurídica como garantista de los derechos sociales y en fin garantita de la Ley o normativa.

Según Sastre Ariza la garantía se sometería a dos distinciones como garantías en el sentido estricto y garantías en el sentido amplio; este pensamiento lo desarrollo en la Revista Jueces para la Democracia con su artículo Derechos y Garantías; ahora bien, este autor en referencia a lo que dice la garantía en el sentido estricto manifiesta:

Con el primer sentido se alude a la protección de un bien específico que es la protección de un bien específico que es la libertad individual. A ello se refiere Tarello cuando afirma que “cuando se habla de garantismo, se habla de defensa y apoyo de la libertad individual”. Desde este punto de vista, el Derecho debe de estar orientado a preservar el mayor grado de libertad posible y a su vez el Estado (o el poder en genera) tiene un poder negativo o es contemplado con cierta desconfianza debido a la dificultad de compatibilizar su intervención con la libertad de los ciudadanos (Sastre Ariza , 2000, pág. 47).

Entendemos así que la garantía en el sentido estricto es la obligación que tiene el Estado en precautelar los derechos de los ciudadanos para que sean respetados a su plenitud y en su totalidad; considerándose adicional a esto que, al referirse al sentido estricto, se concibe que el deber del Estado es obligatorio porque así lo dispone la propia normativa.

Ahora se debe de considerar también lo que el mismo tratadista dice referente a la Garantía en el sentido amplio:

Con el segundo sentido se alude a la defensa de los derechos fundamentales. Si bien la incorporación o la positivación de estos pueden ser interpretada ya como una garantía, este aspecto cobra una mayor importancia una vez que figuran en unas constitucionalidades que se caracterizan por su rigidez en materia de derechos y libertades y por la existencia de mecanismos eficaces para su tutela concreta para los tribunales. De todo ello se deriva, como habrá ocasión de profundizar más adelante, una cierta visión oportunista o favorablemente hacia el derecho que define el Estado constitucional contemporáneo, que se manifiesta en una predicción por el punto de vista interno (Sastre Ariza , 2000, pág. 47).

Con esto nos refiere a la rigidez de los derechos, que se encuentran constitucionalizados con el propósito de garantizar la tutela de los derechos ante los tribunales de justicia.

Ahora según lo que nos dice el artículo 1 del Código Orgánico de la Función Judicial la potestad de administrar justicia la proviene el pueblo y la actúa la Función Judicial, concordante con lo estipula el artículo 167 de la Constitución de la República del Ecuador; y todo esto, también relacionado con el artículo 1 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que determina:

Esta ley tiene por objeto regular la jurisdicción constitucional, con el fin de garantizar jurisdiccionalmente los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos y de la naturaleza; y garantizar la eficacia y la supremacía constitucional (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Contr, 2018).

Así, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional garantiza la eficacia y la supremacía constitucional de los derechos reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador; y que dentro de esta misma normativa se establece que la interpretación se la realizará en el sentido más favorable a la tutela de los derechos que se encuentran reconocidos en la Norma Suprema con el fin de respetar la voluntad del constituyente.

Es claro que la vía correspondiente para poder reclamar y denunciar la violación de los derechos constitucionales, es la vía constitucional y que dicha competencia la estable el artículo 7 de la LOGJCC, y se indica quienes son los competentes para conocer la respectiva reclamación:

Artículo 7. Competencia. - Será competente cualquier jueza o juez de primera instancia del lugar en donde se origina el acto u omisión o donde se producen sus efectos. Cuando en la misma circunscripción territorial hubiere varias juezas o jueces competentes, la demanda se sorteará entre ellos. Estas acciones serán sorteadas de modo adecuado, preferente e inmediato. En caso de que se presente la demanda oralmente, se realizará el sorteo sólo con la identificación personal. En las acciones de hábeas data y acceso a la información pública, se estará a lo dispuesto en esta ley.

La jueza o juez que deba conocer las acciones previstas en este título no podrá inhibirse, sin perjuicio de la excusa a que hubiere lugar.

La jueza o juez que sea incompetente en razón del territorio o los grados, inadmitirá la acción en su primera providencia.

La jueza o juez de turno será competente cuando se presente una acción en días feriados o fuera del horario de atención de los otros juzgados (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Contr, 2018).

Entonces la competencia para conocer sobre reclamaciones por supuestas violaciones a los derechos constitucionales la tendrán los jueces de primera instancia quienes se convertirán en jueces constitucionales, indistintamente de la unidad judicial en la que se desempeñen y que estas reclamaciones serán sometidas a un sorteo a excepción de cuando una de estas reclamaciones sea ingresada en los días de descanso, será para el juez que se encuentre de turno.

Es por ello que, la Corte Constitucional ha venido desarrollando jurisprudencias en las cuales ha garantizado la protección integral de las mujeres embarazadas o asociadas a su condición de gestación o maternidad en el ámbito laboral; a esto es necesario y justo, el citar los criterios de la Jueza ponente Dra. Daniela Salazar Marín en la Sentencia No. 108-14-EP/20 que en su parte pertinente numeral 93 y 99 establece:

**93.** Esta Corte identifica que, parte de estas medidas positivas, se encuentran también reconocidas en el mismo artículo 58 de la LOSEP que. Si bien fue interpretado de forma posterior a los hechos del caso por la Corte Constitucional en su sentencia No. 048-17-SEP-CC, actualmente permite distinguir, analógicamente, que si bien los contratos de servicios ocasionales no generan estabilidad laboral para la o el servidor público, si lo hace en el caso de mujeres embarazadas o en periodo de lactancia;

**99.** En este punto, es necesario señalar que esta Corte no desconoce la naturaleza de los contratos de servicios ocasionales, los cuales se crean debido a su necesidad institucional no permanente a través de una partida presupuestaria y de la disponibilidad de recursos económicos. No obstante, de conformidad con el contenido y alcance del derecho a la protección especial y reforzada de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia, las medidas de extensión o renovación del contrato de servicios ocasionales, más allá de encontrarse justificadas, son medidas conducentes a garantizar el ejercicio efectivo de este derecho en el ámbito laboral, y por tanto son prevalentes frente al límite temporal que establece la misma ley para este tipo de contratos (Acción Extraordinaria de Protección. , 2020).

Dentro de esta Acción Extraordinaria de Protección se hace referencia a lo que indica que el artículo 58 de la Ley Orgánica del Servicio Público en el que establece con claridad que el contrato de servicios ocasionales no genera una estabilidad laboral a quien se encuentre inmerso dentro de esa contratación, pero brinda cierta protección a la mujer embarazada o en lactancia para que la relación laboral continúe.

En la sentencia que se hace referencia; es decir, 048-17-SEP-CC se indica lo ya manifestado en relación a la no estabilidad laboral en la suscripción de un contrato de servicios ocasionales.

Con todo esto, es claro que el papel de los jueces constitucionales de cualquier nivel es brindar una protección de los derechos constitucionales a quienes se sientan víctimas de vulneración de derechos; y que al emitir sentencias que sean de interés nacional ayudan a fomentar y fortalecer la justicia nacional, con el principal objeto de brindar las garantías necesarias.

Ahora, con la emisión de la Sentencia 03-19-JP/20 el Juez Ponente deja claro que la vía adecuada para garantizar la no vulneración de los derechos constitucionales es la Acción de Protección, pues en el numeral 202 manifiesta:

Hay dos situaciones que merecen ser valoradas para determinar el mecanismo procesal adecuado y eficaz. El primero tiene que ver con los derechos que están en litigio. Si el caso se refiere a servidoras o servidores públicos por violación de sus derechos laborales, en general, la vía adecuada y eficaz es la contenciosa administrativa. Si el caso se refiere a mujeres embarazadas y en periodo de lactancia, estamos ante múltiples derechos (autodeterminación reproductiva, intimidad, salud, lactancia, no discriminación y derecho al cuidado) que no fueron considerados para diseñar la vía contenciosa administrativa. La vía adecuada, entonces, para proteger los derechos de la mujer embarazada y en periodo de lactancia es la acción de protección (Acción Extraordinaria de Protección. , 2020).

Esta sentencia al ser de carácter vinculante erga omnes; brinda una protección integral a la mujer embarazada que se encuentra en el sector público, pues hasta antes del 5 de agosto del 2020 no existía una garantía o protección a las mujeres embarazadas salvo el caso de quienes habían suscrito un contrato ocasional de servicios, ahora con esta sentencia abarca a las demás modalidades contractuales con las que cuenta la LOSEP.

**f. Efectos jurídicos de la vulneración del principio de igualdad frente al derecho de estabilidad laboral de la mujer embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad**

Para determinar los efectos que conlleva la vulneración del principio de igualdad frente al derecho de la estabilidad laboral se deben de considerar dos aristas importantes; al momento que la parte vulnerada ha propuesto una acción de protección amparándose en lo que dispone el artículo 88 de la Constitución de la República del Ecuador y esto en concordancia con lo determinado en el artículo 39 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; al ser la vía constitucional considerada como una garantía que persigue como finalidad fundamental la protección eficaz e inmediata de los derechos constitucionales, quien se sienta afectado por estos hechos podrá en la misma acción solicitar la reparación integral de los daños causados, o medidas cautelares con la finalidad de prevenir e impedir la violación de derechos constitucionales.

La autoridad Constitucional quien se encuentre a cargo de conocer esta garantía deberá de valorar la existencia real de una vulneración de un derecho constitucional; para lo cual deberá evidenciará la vulneración o no de derechos en base a los fundamentos de hecho y derechos citados; ahora, con todas las apreciaciones debe ponerse de manifiesto mediante una Resolución en la que se explicará ampliamente la existencia o no de una violación a los derechos constitucionales; según lo dice el artículo 17 de Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional:

Artículo 17. La sentencia deberá contener al menos:

1. Antecedentes: La identificación de la persona afectada y de la accionante, de no ser la misma persona; la identificación de la autoridad, órgano o persona natural o jurídica contra cuyos actos u omisiones se ha interpuesto la acción;
2. Fundamentos de hecho: La relación de los hechos probados relevantes para la resolución;
3. Fundamentos de derecho: La argumentación jurídica que sustente la resolución; y,
4. Resolución: La declaración de violación de derechos, con determinación de las normas constitucionales violadas y del daño, y la reparación integral que proceda y el inicio del juicio para determinar la reparación económica, cuando hubiere lugar.

De no encontrar violación de ningún derecho, la jueza o juez deberá cumplir con los elementos anteriores en lo que fuere aplicable (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Contr, 2018).

Esto relacionado con lo estipulado en la Constitución de la República del Ecuador pues en el literal l) del numeral 7 del artículo 76 indica que todas las resoluciones de los poderes públicos deberán de ser motivadas siendo necesario en dicha resolución existan preceptos, normas y principios jurídicos para demostrar de manera eficiente la vulneración de los Derechos, dentro de la misma la autoridad podrá ordenar la reparación integral por los daños causado al momento de haber violentado los derechos.

Ahora para la reparación integral conforme al requerimiento que el accionante solicite en su acción de protección, esta reparación se la realizará en marco de lo que determina la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional conforme consta pues en el artículo

Artículo 18. Reparación Integral. - En caso de declararse la vulneración de derechos se ordenará la reparación integral por el daño material e inmaterial. La reparación integral procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación.

La reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud.

La reparación por el daño material comprenderá la compensación por la pérdida o detrimento de los ingresos de las personas afectadas, los gastos efectuados con motivo de los hechos y las consecuencias de carácter pecuniario que tengan un nexo causal con los hechos del caso.

La reparación por el daño inmaterial comprenderá la compensación, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, por los sufrimientos y las aflicciones causadas a la persona afectada directa y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia del afectado o su familia. La reparación se realizará en función del tipo de violación, las circunstancias del caso, las consecuencias de los hechos y la afectación al proyecto de vida.

En la sentencia o acuerdo reparatorio deberá constar expresa mención de las obligaciones individualizadas, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que deben cumplirse, salvo la reparación económica que debe tramitarse de conformidad con el artículo siguiente.

La persona titular o titulares del derecho violado deberán ser necesariamente escuchadas para determinar la reparación, de ser posible en la misma audiencia. Si la jueza o juez considera pertinente podrá convocar a nueva audiencia para tratar exclusivamente sobre la reparación, que deberá realizarse dentro del término de ocho días (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Contr, 2018).

Ahora conforme lo indican los numerales 212, 213, 214, 215, 216 y 217 de la Resolución de la Sentencia No. 03-19-JP/20 del 5 de agosto del 2020 en la que la Corte Constitucional determina:

**212.** La *restitución* consiste en restablecer la situación laboral de las mujeres a su empleo cuando han sido despedidas estando embarazadas, en las mismas condiciones, similares, o mejores. Cuando se trate de terminación del contrato por razón del embarazo o lactancia, el despido será ineficaz. En los cargos de libre remoción, no procederá la compensación por el derecho al cuidado cuando se trate de una nueva administración. La restitución nunca empeorará la situación de las mujeres antes de producirse la violación, en términos de ambiente laboral y de remuneración.

**213.** La compensación económica, en los casos de mujeres embarazadas y lactantes, se considera la *compensación para el derecho al cuidado* conforme ha quedado establecido el cálculo en esta sentencia (ver párrafo 194).

**214.** Dentro del sector público, cuando termine la relación laboral con una persona que tiene protección especial de embarazo y lactancia para ejercer el derecho al cuidado, tendrá derecho a una remuneración completa por cada mes desde que dejó de trabajar hasta que termine el periodo de lactancia. El cálculo se realizará tomando en consideración las 14 semanas de licencia por maternidad que establece como mínimo la OIT<sup>132</sup> y los 12 meses de lactancia correspondientes estipulados en la ley. La entidad pública deberá contar con la disponibilidad de los fondos previo a la decisión de desvincular a las mujeres que tienen derecho a la compensación de cuidado.

**215.** La *rehabilitación* cabe en los casos en que, por no propiciar un ambiente laboral de cuidado, los derechos de las mujeres embarazadas, en maternidad o en periodo de lactancia, así como su salud física o psicológica resulte afectada. La rehabilitación podrá incluir tratamientos médicos y acompañamiento psicosocial de acuerdo a las necesidades y requerimientos de las mujeres.

**216.** La *satisfacción* cabe siempre que sea posible y que se considere necesario en función de lo demandado por las mujeres, como disculpas públicas en el lugar del trabajo y por parte de quien no cumplió con sus obligaciones de cuidado. El juez o jueza no podrá ordenar disculpas públicas si las mujeres no están de acuerdo con esta medida.

**217.** Para cumplir con la obligación de *no repetición*, el juez o jueza tomará medidas encaminadas para que el lugar donde se produjo la violación se constituya en un ambiente laboral de cuidado y de ser el caso dispondrá medidas tales como la reforma o la expedición de reglamentos que incluyan sanciones disciplinarias, sin perjuicio de la acción civil u otras acciones a que hubiere lugar por discriminar a las mujeres embarazadas o en periodo de lactancia, capacitaciones, la implementación de lactarios en las instituciones del sector público.

Como se lo había dicho anteriormente, esta Resolución tiene el carácter de erga omnes, por lo que es de cumplimiento obligatorio tanto para las autoridades administrativas y judiciales; en este sentido para quienes sean funcionarias públicas ya se establece la reparación integral a la que se pueden acoger, así como también la misma Resolución en su punto 3.6 al determina las compensaciones económicas que también son en beneficio de las mujeres que prestan sus servicios profesionales al Estado.

De la misma manera se debe de considerar que al momento de iniciar una acción en la vía ordinaria para el reclamo del despido ineficaz queda a voluntad de la accionante decidir si desea reincorporarse nuevamente a sus funciones bajo los mismos parámetros de su contratación o desea que se le cancele la indemnización que por derecho le corresponde que sería la cancelación de doce remuneraciones; ahora esto también debería de ser analizado desde el punto de vista constitucional porque si bien es cierto el Código del Trabajo establece una prohibición para despedir a las mujeres embarazadas el mismo código establece que es un derecho del empleador despedir a sus trabajadores conllevando esto a una indemnización; entonces entendemos que si el despido ineficaz es válido y al momento de cancelar lo que le corresponde por indemnización a la mujer embarazada no se estaría violentando un derecho sino que el empleador también estaría haciendo valer sus derechos constitucionales, referente a la libre contratación.

Pero debemos de ser claros al indicar que cuando el empleador no quiera reconocer lo que por derecho le corresponde, simplemente el empleador ha vulnerado un derecho constitucional de la mujer embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad respecto de la estabilidad laboral y menos cuando este despido sea por motivo mismo del embarazo; es decir, se ha cometido un acto discriminatorio.

### **1.2.1. Situación problemática**

Las mujeres embarazadas o asociadas a su condición de gestación o maternidad se encuentran inmersas en los grupos de atención prioritaria conforme lo consagra la Constitución de la República del Ecuador aprobada mediante referéndum de 2008.

La mujer se ha ido insertando al mundo laboral en el transcurso de la historia; sin embargo, sus condiciones todavía no son igualitarias a pesar de que el derecho laboral es universal; la mujer debe enfrentarse a estereotipos laborales establecidos en la sociedad, como el machismo, la discriminación y el odio de género.

A pesar que en la actualidad los derechos laborales han superado viejos paradigmas y se han vuelto más garantistas aún existen violaciones de los derechos de las mujeres trabajadoras en especial cuando se encuentran en estado de embarazo o asociadas a su condición de gestación o maternidad. Es por ello que, con fecha del 15 de abril del 2016 se publicó la Ley de Justicia Social Laboral con la que se implementó dentro del ordenamiento jurídico estatal “el despido ineficaz” con el que garantiza el derecho al trabajo de las mujeres gestantes.

Por esta razón, es necesario comparar la legislación ecuatoriana con la colombiana, en referencia a los derechos, garantías y protecciones que el Estado brinda a las mujeres en gestación o asociadas a su condición. En el caso de la legislación colombiana, en los artículos 43 y 53 de la Constitución Política de Colombia y en concordancia a los artículos 238 y 239 del Código Sustitutivo del Trabajo garantiza el derecho a la igualdad y justicia social, sin embargo esta legislación en base a la indemnización por desvinculación es más benevolente que la ecuatoriana; pero esto no conlleva que esta misma legislación no tenga muchas garantías a favor de este grupo vulnerable, como los beneficios en el periodo de lactancia.

Conforme a esto se puede determinar la existencia de semejanzas entre la legislación ecuatoriana y colombiana en relación a la prohibición de desvincular laboralmente a las mujeres embarazadas o asociadas a su condición de gestación o maternidad; sin embargo, en la legislación colombiana brinda nuevas garantías y derechos a las mujeres embarazadas así como derechos a las mujeres lactantes y a quienes se encuentran gozando a su licencia por maternidad y que como punto a favor de la legislación colombiana es la no discriminación por el tipo de régimen laboral; es en Colombia es una sola normativa laboral.

Ahora bien, se debe de considerar sobre la jerarquización de las leyes en las cuales las legislaciones comparadas concuerdan; pues de esta manera los convenios internacionales suscritos tendrían plena validez conforme así lo determina la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 425 en el que nos hace referencia de la jerarquización de las normas; a esto la Organización Internacional del Trabajo por intermedio del estudio la maternidad en el trabajo se refiere a la protección de la mujer embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad

La protección del empleo de las mujeres embarazadas o asociadas a su condición de gestación o maternidad y las mujeres que están con licencia de maternidad se ha abordado en todas las normas de la OIT sobre la protección de la maternidad. Tanto el Convenio núm. 3 como el Convenio núm. 103 se centraron en la prevención del despido de las mujeres que se ausentan del trabajo durante la licencia de maternidad o durante cualquier prórroga de dicha licencia que pueda ser necesaria a causa de enfermedad derivada del embarazo o el parto. El Convenio núm. 183 extiende el período de protección de la mujer contra el despido a todo el período del embarazo y la licencia de maternidad y a un período adicional después de haberse reintegrado al trabajo, período que ha de determinarse en la legislación nacional (Organización Internacional del Trabajo, La Maternidad en el Trabajo, 2010, pág. 69).

Indudablemente la maternidad incluyendo todas sus etapas, como lo son la gestación, el alumbramiento y la lactancia, demandan el cumplimiento de sus derechos, para evitar que la mujer abandone su trabajo ya sea por discriminación o vulneración de sus derechos; muchas veces la mujer embarazada no conoce sus derechos y se es sometida a trabajos que por su estado no puede realizar por ejemplo, levantar o empujar grandes pesos; trabajos que requieren esfuerzos físicos por el hecho de permanecer de pie o laboral en horarios nocturnos o excesivas horas extraordinarias; es importante, que la mujer conozca y reclamen sus derechos; se debe de considerar también la responsabilidad que existe por parte de la mujer que se encuentra embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad de acudir a las autoridades correspondientes y consulten sobre sus derechos y deber al encontrarse en estado de gestación o maternidad; ya que el desconocimiento de esos derechos hace que el empleador abuse de su autoridad y por ende violente los derechos de las mujeres haciéndose valer por engaños, presiones y miedos.

### **1.2.2. Formulación y justificación del problema científico**

¿Cómo garantizar de una manera efectiva el respeto absoluto a la estabilidad laboral de las mujeres embarazadas o asociadas a su condición de gestación o maternidad en la legislación ecuatoriana en comparación con la legislación colombiana?

### **1.3. Objetivos de la investigación**

#### **1.3.1. Objetivo general**

Analizar jurídicamente sobre el principio de igualdad y justicia social entre las constituciones de Ecuador y Colombia, para garantizar la estabilidad laboral de mujeres embarazadas o asociadas a su condición de gestación o maternidad durante el año 2019.

#### **1.3.2. Objetivos específicos**

- ✓ Estudiar la situación actual entre las constituciones de Ecuador y Colombia, respecto al principio de igualdad y justicia social que garantice la estabilidad laboral a las mujeres embarazadas o asociadas a su condición de gestación o maternidad; referente a leyes, doctrina, jurisprudencia, convenios o tratados internacionales;
- ✓ Establecer la diferencia y semejanzas entre las constituciones de Ecuador y Colombia, respecto al principio de igualdad y justicia social que garantice la estabilidad laboral a las mujeres embarazadas o asociadas a su condición de gestación o maternidad;
- ✓ Proponer para que sean incorporados a nuestra legislación los principios de igualdad y seguridad jurídica que garantizan la estabilidad laboral a las mujeres embarazadas o asociadas a su condición de gestación o maternidad, que posea la legislación colombiana y que sean de beneficio y mejora de esta normativa.

## **CAPITULO II. MARCO METODOLÓGICO**

### **2.1. Enfoque de la investigación**

Con el enfoque cualitativo se busca la producción del conocimiento a través de un modelo estructurado y sistemático de observaciones, descripción y análisis de problemas en un intento por ofrecer soluciones a diversas problemáticas, que tiene que ver con una exploración no numérica de datos no estadística; por lo que es un enfoque que se relaciona más con la interpretación subjetiva y amplio del estudio del problema. En el campo subjetivo nos permite partir desde la lógica y coherencia de los conocimientos que se adquieran y obviamente esto hace que el conocimiento se expanda.

Por lo que nos permitirá entender ampliamente el objeto de la investigación y desarrollar de esta manera un proceso mucho más claro respecto a esta problemática social que es nacional e internacional.

### **2.2. Tipo de investigación**

En el presente trabajo utilizaremos la metodología descriptiva y analizaremos la Constitución de la República del Ecuador y la Constitución Política de Colombia y más legislaciones relacionadas a la garantía de la estabilidad laboral de mujeres embarazadas o asociadas a su condición de gestación o maternidad, para determinar si el principio de igualdad y de justicia social es respetado como así lo establece la Organización Internacional del Trabajo, así como también verificar si estos dos Estados están acogiéndose a las recomendación que la OIT ha dado para la protección de la mujer en estado de gravidez.

A la par de la descripción también sumaremos un diseño documental; por la manejo que daremos a la Constitución ecuatoriana y colombiana, al Código de Trabajo ecuatoriano y al Código Sustantivo del Trabajo colombiano y a su vez todos los convenios internacionales suscritos por Ecuador y Colombia con el fin de garantizar el principio de igualdad, justicia social y la estabilidad laboral de mujeres embarazadas o asociadas a su condición de gestación o maternidad.

## **Métodos**

La metodología al ser un conjunto de procedimiento y técnicas que se utilizan para la investigación, nos brinda un mecanismo ya estandarizado para una mejor aplicación de esto en un trabajo de investigación. Es por esto que, dentro de este estudio aplicaremos:

Método Jurídico, que según lo indica Bartolo Pablo Rodrigue Cepeda en su libro Metodología Jurídica hace un análisis respecto a la Metodología Jurídica en la que nos indica

Entendemos un proceso lógico que permite relacionar las dimensiones jurídicas y está orientado tanto a la adquisición, sistemática y transmisión de conocimientos jurídicos, como a la solución de conflictos en el ámbito del derecho. Se trata de una forma de acceso a la realidad jurídica (Rodríguez, 2006, pág. 41).

Ahora también dentro del mismo libro el autor hace una referencia del beneficio o necesidad del método jurídico para la investigación dentro de esta rama, pues nos hace entender que el derecho está ligado a distintas ramas profesionales realizando la siguiente consideración

Puesto que el derecho es una realidad compleja, integrada por varias dimensiones (normativa, fáctica y valorativa), por varios aspectos (normativo, lógico, ontológico, lingüístico, sociológico, axiológico, etc.) vinculadas con diferentes realidades (biológicas, psicológicas, históricas, económicas, ideológicas, éticas, etc.), y que sobre ella inciden diferentes puntos de vistas(científicos, filosóficos y empírico-técnico), requiere un método propio; el método jurídico de una manera racional y sistemática, la realidad jurídica mencionada (Rodríguez, 2006, pág. 43).

Método Socio – Jurídico. – este método permite tener un conocimiento más amplio de los problemas sociales como en este caso de investigación; ahora también este método será de mucha importancia en la investigación; pues permitirá, obtener una serie de informaciones y datos investigativos para poderlos sistematizar y plasmarlos en una redacción adecuada; pues esto ya lo ha manifestado Carlos Alberto Ghersi en su libro Metodología de la Investigación en Ciencias Jurídicas que obra en la cual hace referencia de una manera sucinta de lo que es el método socio - jurídico

Numerosos autores han trabajado en la construcción de una Teoría General de Relaciones Sociales, desde distintos ámbitos y posturas del saber, verbigracia: estructuralistas como FOUCAULT, ALTHUSSER; sistemáticos como LUHMANN o anti sistemáticos como JÜRGEN HAMERMAS, etc., nosotros pretendemos

sumarnos humildemente al esfuerzo investigativo en el análisis de un subconjunto: la teorización de la relación socioeconómica y jurídicas contractuales.

En primer lugar, debemos reconocer al contrato como integrante de la interrelación entre seres que poseen roles y funciones diferenciadas en el conjunto o sistema social y asumirlo como proceso: son simultáneamente agentes económicos; personas sociales; sujetos jurídicos; individuos culturales; personajes con historia o que poseen historicidad, etc.; es decir, la interrelación es compleja, por que incluye un conjunto de aspectos (episteme) de la realidad en la comunidad.

En este sentido; entonces, calificaremos a esa interrelación como una estructura que representa un conjunto articulado de subestructuras dinámicas que se interinfluyen las unas con las otras, verbigracias condicionantes sociales (permanencia a clase social); de conocimiento o ignorancia (cultura); con determinado poder financiero o patrimonial o monetario (económico) etc.

Este implica reconocer la estructura como acto dinámico de interrelación, pero sujeta a distintas cualidades que conforman las diferentes subagrupaciones que coincidan al sistema de la estructura (Gherzi, 2013, pág. 110).

Con esta cita demostramos que el método socio – jurídico es importante porque indica la situación problemática real de la investigación con la que se puede lograr una investigación adecuada y eficaz.

Método Histórico – Jurídico. - Con el propósito de evidenciar los avances que ha tenido el derecho en la actualidad, estudiaremos los logros que durante la historia han ido logrando las mujeres y hoy la protección integral con la que cuentan las mujeres embarazadas o asociadas a su condición de gestación o maternidad desde la Carta Magna y tratados internacionales.

Ahora en lo referente al Método Comparativo Graciela Tonon en su artículo científico que ha sido publicado en la revista de Temas Sociales Kairos noa permite tener un entendimiento más claro de la manera adecuada de usar el método comparativo

El método comparativo describe similitudes y disimilitudes, trabaja con el presente siendo su despliegue horizontal, compara objetos que pertenecen al mismo género, se basa en el criterio de homogeneidad y por ende se diferencia de la mera comparación. La utilización del método comparativo en estudios cualitativos en ciencias sociales y en ciencia política, requiere de un investigador que sea prudente en la selección de los casos a comparar, tarea que ha de desarrollar siguiendo criterios metodológicos, lo cual significa que los casos elegidos presenten variables

similares que puedan ser consideradas constantes y variables disimilares interesantes de ser contrastadas (Tonon, 2011).

Con este procedimiento realizaremos un análisis de profundidad con el propósito de comprender el objeto de la investigación y así fortalecer los conocimientos respecto a esta problemática.

### **2.3. Técnicas e instrumentos de recolección de información**

Con la técnica de análisis documental, realizaremos un estudio comparado entre las legislaciones nacionales de Ecuador y Colombia para evidenciar en cuál de los 2 países se respetan con mayor cumplimiento lo establecido en el Convenio de la OIT y sus respectivas Recomendaciones; por lo que se realizará la entrevistas a expertos conocedores de la materia; que según lo que nos dicen (Deslauriers, 2011) en el artículo científico definen a la entrevista como un instrumento de investigación de procesos científicos, así también dicen que la entrevista cuenta con un potencial complementario en relación al estudio cualitativo, con el que se pretende obtener conocimientos en base a las vivencias de los actores en un contextos social, cultural y científico a través de los descubrimientos por su propia cotidianidad.

En lo referente a la comparación de las legislaciones ecuatoriana y colombiana, esta técnica de estudio se ha realizado al ir citando a cada una de las normas jurídicas referentes al tema de investigación.

Ahora de la misma manera el tipo de entrevista que se realizará es la Focalizada que el mismo autor la define

La entrevista focalizada, como su nombre lo indica, se concentra sobre un punto o puntos muy específicos acerca de los cuales el sujeto es estimulado a hablar libremente, y que el entrevistador ha de ir planteando a lo largo de la situación, procurando en todo momento identificar lo que desea ser conocido. Sin dejar de ser una entrevista abierta, posee un mayor grado de estructuración que la entrevista profunda. Por lo general, es empleada con sujetos que han participado de una misma situación, para estudiar cambios de actitud, para estudiar situaciones que serán objeto de trabajo social, animación cultural o de tipo educativo; igualmente para abordar problemas poco conocidos por el investigador y que serán estudiadas más adelante (Deslauriers, 2011, pág. 8).

También es importante el citar lo dicho por Humberto Ñaupas Paitán, Marcelino Raúl Valdivia Dueñas, Jesús Josefa Palacios Vilela y Hugo Eusebio Romero Delgado en su libro Metodología de la investigación, cuantitativa – Cualitativa y redacción de la Tesis quienes hacen una conceptualización de lo que es la entrevista

La entrevista es una modalidad de la encuesta, que consiste en formular preguntas en forma verbal al encuestado con el objetivo de obtener respuestas o informaciones y con el fin de verificar o comprobar las hipótesis de trabajo; es una especie de conservación formal entre el investigador y el investigado o entre el entrevistador y el entrevistado o infórmate (Humberto Ñaupas Paitán, 2013, pág. 294).

Y son estos mismos autores quienes clasifican a la entrevista que son las entrevistas:

- Estructuradas;
- Semi – estructuradas;
- No estructuradas; y,
- Grupal.

Aclarando que para el propósito de esta investigación usaremos la Entrevista Estructurada que conforme a lo que manifiestan los autores

Es propia de la investigación cuantitativa, llamada también entrevista dirigida, controlada o guiada; es aquella que se ciñe a un plan preestablecido, a un diseño y se realiza de acuerdo con una guía o formulario previamente preparado con preguntas que responden a las hipótesis formuladas. El instrumento fija los reactivos y el orden en el que se harán. Este tipo de entrevista es el más aconsejable porque permite procesar mejor los datos e informaciones proporcionados (Humberto Ñaupas Paitán, 2013, pág. 295).

Ahora también se debe de considerar que el objeto de la entrevista es absorber las experiencias que el entrevistado ha obtenido a lo largo de su trayectoria profesional, y que de esa manera el entrevistador pueda entender de mejor manera el asunto que se encuentra investigando; en este sentido es importante citar lo dicho por Bibiana Ximena Sarmiento Álvarez en su artículo científico La entrevista cualitativa: elementos introductorios para su aplicación en investigaciones socio-jurídicas, que nos indica:

La entrevista informal conversacional, la entrevista estructurada con una guía, la entrevista estandarizada, según Patton (Bonilla y Rodríguez, 1997: 94), la entrevista conversacional informal, la entrevista basada en un guión, la entrevista estandarizada abierta, según Valles (1997: 180), son algunos de los nombres que recibe la entrevista cualitativa de la investigación social, a la cual hacemos referencia como

instrumento de producción de información y reconstrucción de fenómenos sociales que resulten de interés para el investigador. Según Patton, “la finalidad de la entrevista cualitativa es entender cómo ven [el mundo] los sujetos estudiados, comprender su terminología y su modo de juzgar, captar la complejidad de sus percepciones y experiencias individuales” (Corbetta, 2003: 370). Es ante todo un “proceso comunicativo” (Alonso, 1999: 225) que se da a través de la intervención de dos sujetos –entrevistado y entrevistador– y cuya finalidad es crear las condiciones para que, a través de la palabra, se transmita “una experiencia personalizada, biográfica e intransferible” (ibíd.: 228) que brindará elementos de análisis a la problemática objeto de investigación. Y su contenido puede estar dirigido a la:

1. Reconstrucción de acciones pasadas: enfoques biográficos, archivos orales, análisis retrospectivo de la acción, etc.
2. Estudio de las representaciones sociales personalizadas: sistemas de normas y valores asumidos, imágenes y creencias prejuiciables, códigos y estereotipos cristalizados, rutas y trayectorias vitales particulares, etc.
3. Estudio de la interacción entre constituciones psicológicas personales y conductas sociales específicas: estudios, por ejemplo, sobre agresividad, violencia, las llamadas conductas desviadas, etc., donde el grupo de discusión tampoco suele funcionar por la tendencia a la dispersión y falta de homogeneidad de las trayectorias y respuestas individuales.
4. Prospección de los campos semánticos, vocabulario y discursos arquetípicos de grupos y colectivos, sobre los que luego vamos a pasar un cuestionario cerrado (Alonso, 1999: 228-229). De manera que se trata de un proceso de interacción social entre esos dos individuos (Corbetta, 2007: 361) –entrevistado y entrevistador– que va más allá de la simple recolección de información; se trata de una relación dinámica, construida conjuntamente, donde los resultados dependen del vínculo empático que logre establecerse (Corbetta, 2003: 388-389) (Sarmiento Álvarez, 2011).

Ahora ya con esta apreciación que se ha citado queda claro que la entrevista es valde para las investigaciones de temas sociales y más aún cuando estos temas investigativos han sido considerados desde el constitucionalismo de una sociedad; adicional a esto se debe también indicar que la entrevista nos ayudará a recolectar experiencias de profesionales especialistas en el tema investigado.

## **CAPÍTULO III.- RESULTADOS**

### **3.1. Presentación de resultados**

Ahora para presentar los resultados de esta investigación debemos de separarlas por las entrevistas realizadas a profesionales inmersos en el Derecho y que han marcado su trayectoria profesional por estar en constante relación con el tema de investigación.

La presente entrevista se ha realizado a expertos dentro del tema de investigación, y que a raíz de cada una de esas entrevistas se ha desarrollado una apreciación con las experiencias de cada entrevistado, con el fin de tener una idea central de las preguntas que se han realizado.

1. ¿Cuál es su criterio respecto de los Derechos de la Mujer Embarazada o Asociada a su condición de Gestación o Maternidad, en base a la Legislación Nacional?
2. Que criterio daría respecto a la Estabilidad Laboral y Justicia Social de la Mujer Embarazada o Asociada a su condición de Gestación o Maternidad.
3. ¿Qué nos puede decir del Principio de igualdad en el ámbito laboral de la Mujer Embarazada o Asociada a su condición de Gestación o Maternidad?
4. ¿Cuál sería la vía jurídica adecuada para garantizar el Principio de igualdad, Estabilidad Laboral y Justicia Social de la Mujer Embarazada o Asociada a su condición de Gestación o Maternidad?
5. ¿A su criterio, considera que los jueces competentes garantizan cumplimiento del Principio de igualdad, Estabilidad Laboral y Justicia Social de la Mujer Embarazada o Asociada a su condición de Gestación o Maternidad?

Conforme al a entrevista que se ha realizado a profesionales del derecho con experiencia suficiente y amplia, y conforme al sentido estricto de la entrevista se han impregnado los conocimientos de dichos expertos para dar una respuesta mucho más clara de cada una de las preguntas.

En referencia a la primera pregunta; la protección de la mujer embarazada siempre ha sido y será un tema de prioridad para el Estado, el ejercicio pleno de los derechos de la mujer embarazada es un medio para que esta logre alcanzar un adecuado nivel de vida, gracias a la inserción laboral y la posibilidad de tener estabilidad laboral a pesar del estado de embarazado o asociada a su condición de gestación o maternidad, el cumplimiento de los

derechos de la mujer trae consigo la igualdad de condiciones laborales y el empoderamiento femenino, lo que es positivo para el correcto desarrollo de la sociedad.

Se estima actualmente que la mujer esté o no en estado de embarazo, es quien más trabaja, ya sea fuera o dentro de hogar, sin que este esfuerzo sea realmente remunerado y reconocido por la sociedad o la familia; motivos por los cuales se hace necesario crear, fortalecer y renovar políticas públicas, leyes e instituciones que permitan mejorar las condiciones de vida y alcanzar el verdadero *sumak kawsay* consagrado en la Carta fundamental ecuatoriana.

Considerándose además que la Constitución de la República del Ecuador conforme lo dice su propio artículo 35 establece que la mujer embarazada está dentro del Grupo de Atención Prioritaria lo que conlleva que las mujeres embarazadas o asociadas a su condición de gestación o maternidad.

En la segunda pregunta, la función legislativa expidió la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del trabajo en el hogar, el cuerpo normativo que entro a reformar, sustituir y derogar ciertos artículos del Código de Trabajo, y a introducir ciertas figuras jurídicas con la finalidad de otorgar mayor protección a las mujeres en estado de gravidez al ser un grupo de atención prioritaria tal como lo ampara Constitución de la República del Ecuador.

La estabilidad laboral es el derecho del empleado a conservar un puesto durante toda la vida laboral, no pudiendo ser declarado cesante antes de dicho momento sino por alguna causa taxativamente determinada.

Estos principios tienen por objeto precautelar y garantizar la permanencia y continuidad de las personas trabajadoras en su lugar de trabajos; que, a través de la historia reciente, se ha dado mayor importancia en el ámbito laboral, de hecho, las nuevas reformas en el Código de Trabajo se centran en estos principios jurídicos como base fundamental para hacer efectivo el mandato constitucional respecto de la garantía de estabilidad laboral, continuidad laboral o inamovilidad laboral.

En la tercera pregunta, los esfuerzos del Ecuador por legislar de manera equitativa en términos de género, buscando igualdad entre hombres y mujeres, y equilibrar dichas relaciones, son evidentes en los últimos años. Vale la pena mencionar que ya en 1981 se dio un paso importante con la ratificación de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW). Esta Convención de las Naciones Unidas busca la protección de las trabajadoras frente a la discriminación que tenga origen en la maternidad y/o el matrimonio, e insta a los Estados firmantes a tomar todas las medidas necesarias en ese sentido, como la prohibición de despedir a una mujer por su embarazo o permiso de maternidad; los permisos de maternidad pagados; la no realización de trabajos que puedan perjudicar a las trabajadoras durante el embarazo; y la toma de disposiciones que permitan combinar las responsabilidades familiares y laborales de padres y madres.

El Estado garantizará el respeto a los derechos reproductivos de las personas trabajadoras, lo que incluye la eliminación de riesgos laborales que afecten la salud reproductiva, el acceso y estabilidad en el empleo sin limitaciones por embarazo o número de hijas e hijos, derechos de maternidad, lactancia, y el derecho a licencia por paternidad. Se prohíbe el despido de la mujer trabajadora asociado a su condición de gestación y maternidad, así como la discriminación vinculada con los roles reproductivos.

Ahora también hay que hacer nuevamente hincapié en lo dicho por la propia Norma Suprema que todos somos iguales y gozamos de derechos, deberes, responsabilidades y obligaciones y lo más importante que ante la ley la igualdad primará sin importar etnia, origen, religión, estado civil, condición etc.

La protección de la maternidad en el trabajo tiene sus sustentos en la Constitución, pues su mayor objetivo es evitar que la trabajadora que se encuentra en estado de gestación sea discriminada por esa situación, es por ello, que el Estado cumple un papel fundamental, al comprometerse a que no se vulneren sus derechos y tengan la debida protección.

En esta relación jurídica se desarrolla un escenario en donde las partes están revestidas de diversas garantías, pero sobre todo de recíprocos derechos y obligaciones, y aunque la ley

busca proteger al trabajador por considerarse que el más débil del escenario, la idea natural es brindar seguridad jurídica a la relación laboral.

La acción por despido ineficaz, es potestad por supuesto de la trabajadora y el legítimo contradictor es su empleador, la esencia de este trámite es que sea rápido, de manera que cese lo más antes posible la vulneración a derechos. Este trámite está contemplado en el artículo 195.2 del Código de Trabajo, todo esto referente a lo que por vía ordinaria se pudiese reclamar.

Sin embargo, en lo relacionado a la vía constitucional, debemos de hacer caso a los requisitos establecidos en la propia Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional pues en el numeral 3 del artículo 40 establece como requisito esencial para la presentación de la Acción de Protección es el haber agotado todas las instancias judiciales adecuadas y eficaces para proteger el derecho violado.

Y de esta manera prevenir que sea mal utilizada la vía constitucional habiendo otros mecanismos judiciales para velar por los derechos de los ciudadanos y en este caso por los derechos de la mujer embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad.

La quinta pregunta, tanto el Principio de igualdad como la estabilidad laboral son instituciones jurídica que tiene sus orígenes en los convenios y tratados internacionales sobre derechos humanos y especialmente sobre los derechos del trabajador y la trabajadora, por consiguiente, ésta se ha incorporado en nuestra legislación a través de la Constitución de la República del 2008, misma que en su artículo 1 expresa claramente que: “El Ecuador es un estado constitucional de derechos y de justicia social, democrático(...)”, por lo tanto, se dice que el deber más alto del Estado es cumplir o respetar y hacer cumplir o respetar ese conjunto finito de derechos garantizados en la referida constitución.

De igual manera, el artículo 11 de la Constitución de la República, indica específicamente que el ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios, en su parte pertinente: “1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva (...). 2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismo derechos, deberes y oportunidades”. Con esto queda indiscutiblemente definido el rol que juega el Estado en

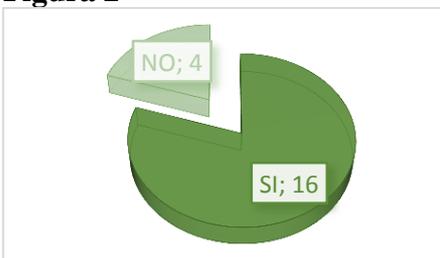
el cumplimiento y aplicación de los derechos garantizados por la constitución, siendo obligación de éste como se menciona más adelante el respetar y hacer respetar estos derechos, así pues, el Estado a través de sus órganos e instituciones debe encargarse de implementar mecanismos políticos, jurídicos y sociales que logren tal acometido.

Ahora con las encuestas realizadas hemos podido obtener datos estadísticos suficientes con los cuales se ha podido fortalecer aún más el tema investigado; es por ello que lo describimos; la presente encuesta fue realizada a 20 mujeres que se encuentran o se han encontrado embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad; de las cuales 12 son mujeres que se encuentran bajo el régimen laboral del Código del Trabajo y 8 que se encuentran regidas por la Ley Orgánica del Servicio Público; las que han dado contestación a las siguientes preguntas:

**20 encuestadas que se encuentran regidas por el Código del Trabajo:**

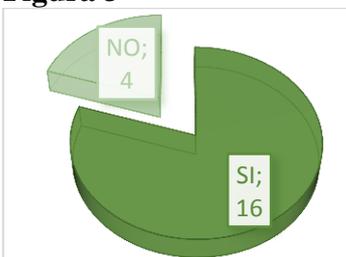
1.- ¿Sabe cuáles son sus derechos al encontrarse en estado de Embarazo?

**Figura 2**



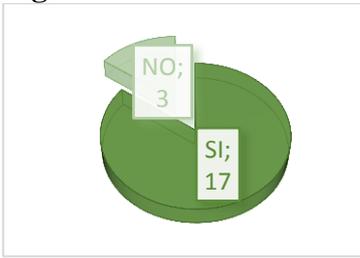
2.- ¿Sabía Usted que el tiempo de la licencia por maternidad es de 12 semanas?; es decir, ¿84 días?

**Figura 3**



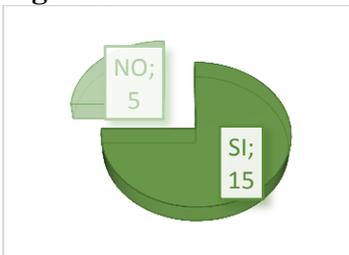
3.- ¿Sabe Usted en qué consiste el permiso de lactancia?

**Figura 4**



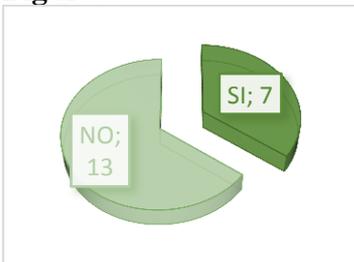
4.- ¿Usted se ha sentido discriminada en el ámbito laboral, por encontrarse embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad?

**Figura 5**



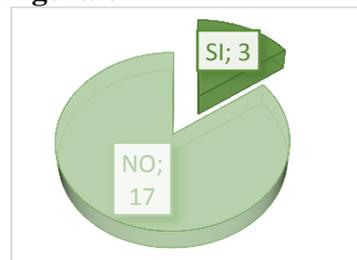
5.- ¿Sabía Usted que dependiendo del régimen laboral (Código del Trabajo – Ley Orgánica del Servicio Público) varía el permiso correspondiente a la lactancia?

**Figura 6**



6.- Cree Usted que se respeta el principio de igualdad para las madres lactantes (Código del Trabajo – Ley Orgánica del Servicio Público)

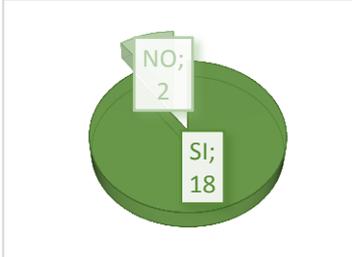
**Figura 6**



## 20 encuestadas regidas por la Ley Orgánica del Servicio Público

1.- ¿Sabe cuáles son sus derechos al encontrarse en estado de Embarazo?

**Figura 7**



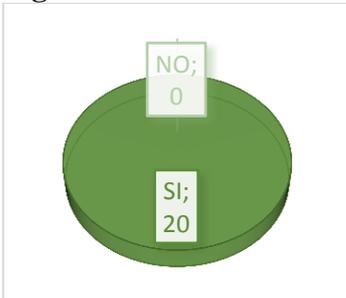
2.- ¿Sabía Usted que el tiempo de la licencia por maternidad es de 12 semanas?; es decir, ¿84 días?

**Figura 8**



3.- ¿Sabe Usted en qué consiste el permiso de lactancia?

**Figura 9**



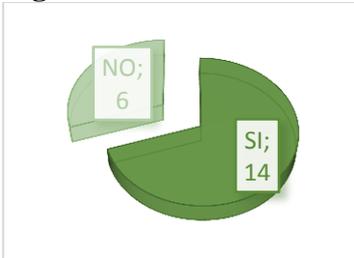
4.- ¿Usted se ha sentido discriminada en el ámbito laboral, por encontrarse embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad?

**Figura 10**



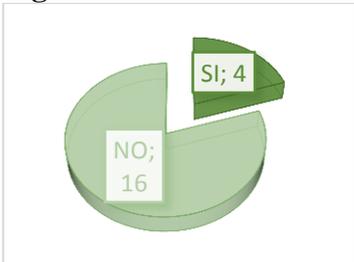
5.- ¿Sabía Usted que dependiendo del régimen laboral (Código del Trabajo – Ley Orgánica del Servicio Público) varía el permiso correspondiente a la lactancia?

**Figura 11**



6.- Cree Usted que se respeta el principio de igualdad para las madres lactantes (Código del Trabajo – Ley Orgánica del Servicio Público)

**Figura 12**



### **3.2. Análisis e interpretación de resultados**

Hay que ser claro que la Constitución de la República del Ecuador determina que todos somos iguales ante la Ley, que todos quienes estamos en el Estado ecuatoriano gozamos de derechos, deberes, responsabilidades y obligaciones.

Los Derechos Constitucionales deben de ser respetados desde cualquier panorama y perspectiva; pues, es obligación de toda autoridad pública sean estas administrativas o judiciales el hacer respetar y valer los derechos; que, en este caso de investigación serían los derechos de la mujer embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad, razón por la cual en esta investigación hacemos un breve análisis de todo lo relacionado a los derechos de la mujer en estado de gravidez, exclusivamente en el ámbito laboral; la Constitución de la República del Ecuador promulgada en el 2008 es garantista y protectora de derechos, garantías dentro de las cuales se encuentran las mujeres embarazadas.

Así también, la Carta Magna hace referencia del derecho a la estabilidad laboral que ostentan todos quienes de alguna manera tiene relación de dependencia y más aún la mujer

embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad, pues en el Código del Trabajo para el sector privado, la Ley Orgánica del Servicio Público para el sector público establecen la prohibición del empleador de dar por terminada la relación laboral a causa de su estado de gravidez; y que ahora con la emisión de la sentencia No. 03-19-JP/20 del 5 de agosto del 2020 que brinda dicha estabilidad para todas las mujeres embarazadas o asociadas a su condición de gestación o maternidad, sin importar la modalidad contractual con la cual presta los servicios el sector público, pues como en la misma sentencia dice es ERGA OMNES.

En el sector privado la normativa laboral prohíbe el despido a la mujer en estado de gravidez por el derecho a la estabilidad laboral, el mismo cuerpo legal determina que uno de los derechos del empleador es dar por terminada la relación laboral, derecho que conlleva también una responsabilidad pues al momento de existir un despido existe la obligación de una indemnización; es decir, a la par de un derecho existe una obligación; entonces, en el caso del despido ineficaz la responsabilidad que conlleva es la indemnización pero se debe de distinguir que existen en este caso dos tipos de indemnizaciones; la primera, a raíz del despido intempestivo conforme lo determina el artículo 188 del Código del Trabajo; y la segunda, indemnización por el despido ineficaz que se la realiza conforme lo determinado en el artículo 195.3 de la misma normativa; es decir, que al momento de que el empleador haga valer su derecho a la libre contratación y de por terminado una relación laboral de manera unilateral está en la obligación de cancelar una indemnización por el despido y el despido ineficaz; esto en el sector privado y para quienes se encuentran bajo el régimen laboral del Código del Trabajo.

En el ámbito del sector público, la Ley Orgánica del Servicio Público en su artículo 58 establece que la relación laboral de una funcionaria con contrato de servicios ocasionales que se encuentre embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad gozará de cierta estabilidad laboral hasta el cierre del periodo fiscal en el que se le termine el permiso de lactancia; esto en base a la Resolución de la Corte Constitucional No. 048-17-SEP-CC que modula a dicho artículo; por otro lado, la Resolución de la Corte Constitucional No. 03-19-JP/20 establece una protección mucho más amplia a la mujer que se encuentra embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad; en esta Resolución se hace referencia a todas las modalidades contractuales que no generan una

estabilidad laboral fija; es decir, contrato de servicios ocasionales, nombramiento provisional y nombramiento de libre remoción; en la misma se establecen compensaciones, reparaciones y en algunos casos esta Resolución también exige las sanciones respectivas a los funcionarios que incurran en esta vulneración o incumplimientos a esta sentencia.

Ahora, es importante también el citar los porcentajes respecto de la situación laboral de las mujeres en el 2019 que es del 30,60%, mientras que la de los hombres es del 44,80% cifras que han sido tomadas del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos INEC quien a indicado:

A finales del año 2019, la situación laboral de las mujeres en general se encontraba en desventaja en relación con los hombres. Las tasas de empleo adecuado o pleno por sexo se ubicaron en 44,8% para los hombres y 30,6% para las mujeres. La tasa de participación en la fuerza de trabajo fue del 74% para los hombres y del 47% para las mujeres. El ingreso laboral promedio mensual de un hombre con empleo era de \$345,5 y de las mujeres 292,7. El porcentaje de mujeres que no tienen oportunidad de trabajar, entre 18 y 34 años, llegó a ser del 72% (806.737 mujeres). En nuestro país apenas el 7% del personal directivo en las empresas son mujeres. De las mujeres que ejercen el derecho al trabajo, la mayoría 31,6%) se encuentra entre los 45 y 64 años. Le siguen las mujeres entre 25 y 34 años, que representan un 29,3% del total de mujeres trabajadoras. Precisamente en este último grupo se encuentran las mujeres en edad reproductiva (Censos, 2019).

Con estos datos se observa porcentualmente que la mujer en el ámbito laboral se encuentra en desventaja con el hombre; pues, se observa que desde el punto de vista directivo ocupa el 7%; mientras que las mujeres que se encuentran en una edad reproductiva y con relación de dependencia es del 29.30%.

Así también, en la Sentencia No. 03-19-JP/20 ha elaborado en cuadro explicativo porcentual con el que se podrá evidenciar la desventaja laboral que la mujer aún tiene; pero que en base a esta misma resolución busca una progresividad en la inserción laboral de la mujer embarazada:

**Figura 13**

RECEPCIÓN DEL DERECHO		
Indicador Estructural	SI	PENDIENTE
Reconocimiento constitucional		
Ratificación y reconocimiento de principales instrumentos internacionales de derechos humanos		

Adecuación normativa provisión de instancias de cuidado materno-infantil, normativa laboral que incluya regulaciones conciliaciones trabajo-familia y normativa civil que incluya la obligación de cuidados de los niños a ambo progenitores				
<b>Indicador de proceso</b>				
Políticas específico (con programas y proyectos) que incorporen componentes del cuidado compartido y estímulo a la lactancia				
<b>Indicadores de resultado</b>				
Tasa de población económicamente activa por sexo y edad, nivel educativo y quintiles de ingresos				
Número de personas trabajadoras		2019: H=8.0900.030; M= 4.711.947		
Tasa de empleo adecuado o pleno		2019: H= 44,80%; M= 30,60%		
		2020: Progresividad		
Tasa de participación global en la fuerza de trabajo		2019: H= 77,70%; M= 53,50%		
		2020: Progresividad		
Tasa de participación bruta en la fuerza de trabajo		2019: H= 55,20%; M= 38,00%		
		2020: Progresividad		
Ingreso laboral promedio mensual		2019: H= 345,50; M= 292,70		
		2020: no regresividad		
Personal directivo		2019: H= 93%; M= 7%		
		2020: Progresividad		
Número de mujeres en personal directivo		2019: H= 93%; M= 7%		
		2020: Progresividad		
Tasa de trabajo formal/informal		2019		Formal: H= 60,8%; M= 39,2%
				Informal: H= 57,5%; M= 42,50%
				Doméstico: H= 4,5%; M= 95,5%
				No clasificado: H= 78,4%; M= 21,6%
				Total: H= 58,5%; M= 41,5%
		2020		Formal:
				Informal:
				Doméstico:
				No clasificado:
				Total:
Rasgos de edad trabajo mujer		2019		15-24 años: 402,329
				25-34 años: 732,816
				35-44 años: 790,688
				45-64 años: 1.057,367
				Más de 65 años: 246,771
		2020		15-24 años:
				25-34 años:
				35-44 años:
				45-64 años:

		Más de 65 años:
Trabajadoras del hogar no remuneradas	2019: 1.324.077	
	2020=	
Participaciones trabajadoras no remuneradas en PEA	2019: 16,35%	
	2020=	
Porcentaje de tiempo para trabajo remunerado	2012: H= 86,10%; M= 59,60%	
Porcentaje de personas que realizan labores de cuidado (no remunerado)	2012: H= 13,90%; M= 40,40%	
	2020: Progresividad	
Porcentaje de personas que realizan labores de cuidado a niños/as (menores de 5 años)	2012: Padres= 2,80%; Madres= 84,30%	
	2020: no regresividad	
Porcentaje de personas que realizan labores de cuidado a personas enfermas	N/D	
	N/D	
Porcentaje de personas que realizan labores de cuidados a personas con discapacidad	N/D	
	N/D	
Porcentaje de personas que realizan labores de cuidados a personas adulta mayores	N/D	
	N/D	
Número de horas dedicadas al cuidado (por cada 100 horas)	2019: H= 33 horas; M= 77 horas	
	2020: Progresividad	
Número de licencias otorgadas para el cuidado y porcentaje en relación a hombres y mujeres	2020=	
	2021: progresividad	
Número de mujeres en edad fértil en el sector público	N/D	
Horas de trabajo total remuneradas	2012: H= 51,36; M= 46,15	
	2020: Progresividad	
Horas de trabajo total remuneradas	2012: H= 9:09; M= 31,49	
	2020: Progresividad	
Número de mujeres con compensación para el derecho al cuidado	N/D	
Número de personas varones con licencia de paternidad	N/D	
Porcentaje de personas trabajadoras (hombres y mujeres) que se han sentido discriminadas por ejercer el derecho y las obligaciones de cuidado	N/D	
Número de inspecciones de trabajo para ver condiciones de trabajo de mujer embarazada y lactancia en sector público	N/D	
Número de niños y niñas que reciben cuidado estatal (desarrollo infantil integral: CDI, CNH, CCRA, otros DI)	2020: 287,142	
	2021: progresividad	
Número de personas adultos mayores que reciben cuidado estatal	2020: 106,716	
	2021: progresividad	
Número de personas con discapacidad que reciben cuidado estatal	2020= 34,027	
	2021: progresividad	
Número de personas que requieren protección especial	2020= 13,642	
	2021: progresividad	
Número de personas que reciben bonos para cuidado MIES	2020= 1025,285	
	2021: progresividad	

(Acción Extraordinaria de Protección. , 2020).

El Juez Constitucional Dr. Ramiro Ávila Santamaría busca demostrar numéricamente que las mujeres embarazadas o asociadas a su condición de gestación o maternidad han sido desde muchas perspectivas segregadas en el ámbito laboral; y que gracias a las luchas sociales que han venido disputando han podido de a poco insertarse en la relación laboral y llegando hasta el momento a tener ya un espacio directivo.

Por otro lado, para garantizar que el Principio de igualdad, el derecho a la estabilidad laboral y justicia social sean respetados; se evidencia que la vía adecuada es la justicia constitucional al ser directa y eficaz conforme lo indica la propia Constitución de la República del Ecuador y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Al ser el Estado ecuatoriano parte de algunas Organizaciones Internacionales como la OIT ha sido parte de la suscripción de varios convenios con los que se ha logrado proteger a la parte más vulnerada de la relación laboral; es decir, la parte trabajadora; Convenios y Tratados Internacionales que han sido ratificados por el Ecuador para protegen a la mujer embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad, y que dichas Organizaciones vigilan que los estados partes de estos convenios sepan respetar los mismos como norma supranacional.

En el Ecuador se ha visto avances significativos en relación a los derechos de las mujeres embarazadas o asociadas a su condición de gestación o maternidad, ya que desde la Constitución del 2008 se han desarrollado los derechos conocidos como los de tercera generación, que se enmarcan más en el reconocimiento de los derechos humanos; y que por ende se han visto plasmados en la misma Norma Suprema.

El Ecuador ha sido el país en América Latina que ha incursionado en temas de protección a las mujeres embarazada o asociadas a su condición de gestación o maternidad desde el punto de vista laboral, pues en el país vecino de Colombia existe el despido a la mujer embarazada pero no bajo los mismos parámetros de nuestra legislación, ya que en la legislación colombiana se habla de una indemnización de 3 remuneraciones mientras que en la legislación ecuatoriana se habla de 12 remuneraciones por indemnización de despido

ineficaz. Demostrando de esta manera que el Estado ecuatoriano ha logrado más avances en referencia a la protección.

Al haber realizado encuestas a mujeres embarazadas o asociadas a su condición de gestación o maternidad, se ha realizado a las mismas a 20 mujeres que se rigen bajo las disposiciones del Código del Trabajo y a 20 mujeres que se rigen por la Ley Orgánica del Servicio Público, es por ello que se vio importante el separar las encuestas pero que al final se ha hecho un solo dato estadístico.

En la primera pregunta, las mujeres del Código del Trabajo con el 80% y las mujeres de la LOSEP en un 90% conoce sobre sus derechos al encontrarse en estado de embarazo; es decir, que de manera global las mujeres conocen sobre sus derechos al encontrarse en estado de embarazo en un total del 85%.

En la segunda pregunta, tanto las mujeres que laboran bajo el Código del Trabajo con el 80% y las mujeres de la LOSEP en un 85% han indicado que saben el tiempo de la licencia de maternidad que es de 12 semanas o de los 84 días; en forma global el 82,5% de las mujeres encuestas conocen del tiempo destinado a la licencia de maternidad.

En la tercera pregunta, las mujeres que se encuentran bajo el Código del Trabajo con el 85% y las mujeres de la LOSEP con el 100% saben en qué consiste el permiso por lactancia; y que en forma global el 92,5% de las mujeres encuestadas saben a qué se refiere el permiso de lactancia.

En la cuarta pregunta, las mujeres regidas por el Código del Trabajo con el 75% y las mujeres regidas por la LOSEP con el 65% indican que de distintas maneras se han sentido discriminadas por su estado de embarazo en las labores que desempeñan; y que esto en forma global hablamos que el 70% las mujeres se han sentido discriminadas.

En la quinta pregunta, las mujeres regidas por el Código del Trabajo en un 35% y las mujeres de regidas por la LOSEP con el 70% indican que sabían sobre la diferencia existente entre el permiso de lactancia para las madres lactantes del Código del Trabajo y

LOSEP; que de forma global en el 52,5% afirma que sabía de la diferencia existente en el permiso de lactancia para cada uno de los regímenes laborales.

Y en la última pregunta, las mujeres regidas por el Código del Trabajo con el 85% y las mujeres regidas por la LOSEP con el 80% manifiesta que el principio de igualdad no es respetado al momento de otorgar el permiso de lactancia; que en forma global hablamos del 82,5% de las mujeres encuestas indica que el principio de igualdad no es respetado.

Ahora con estas respuestas ha reforzado, la síntesis de este tema de investigación, pues han sido las mujeres quienes han podido dar su criterio, pues ellas indican que de alguna manera se han sentido discriminadas por el hecho de encontrarse embarazada o asociada a su condición, así como también indican que no es aceptable que exista una diferencia entre las mujeres lactantes, pues ellas sean de cualquier régimen laboral, deben de tener los mismos derechos, deberes, obligaciones y responsabilidades tal como lo consagra la Constitución de la República del Ecuador.

## **CAPÍTULO IV.- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

### **4.1. Conclusiones**

- En referencia a los derechos fundamentales debemos entender que todos los seres humanos deben de gozar de sus derechos en igualdad de condiciones y libres de cualquier tipo de discriminación; que todos somos iguales ante la Ley y por lo tanto tenemos deberes, derechos, responsabilidades y obligaciones, con el fin de poder alcanzar una vida digna, para lograr en primera instancia, el bienestar de la persona como individuo y a nivel social, mantener el orden y la mutua convivencia; premisas que se encuentran plasmadas en las Normas Supremas de Ecuador y Colombia;
- Las políticas públicas promueven la protección de derechos laborales de las mujeres embarazadas o asociadas a su condición de gestación o maternidad; para que estos derechos constitucionales no sean vulnerados ya sea en la atención prioritaria, igualdad y no discriminación, al trabajo y seguridad jurídica consagrados en la Constitución de la Republica del Ecuador;
- El derecho inherente al trabajo necesita cumplir con las garantías de protección no solo de las mujeres trabajadoras sino también del empleador; porque es la fuente de desarrollo de toda sociedad y es por esta razón que los empleadores buscan la estabilidad laboral pero a su vez buscan resultados eficaces y eficientes, esto se ve opacada cuando una mujer en estado de gravidez y al gozar de su licencia de maternidad no puede producir como lo hacía antes; por otro lado, la mujer trabajadora, actualmente, evita el embarazo por el temor a ser despedidas de sus puestos de trabajo;
- La normativa laboral ecuatoriana; Código del Trabajo y Ley Orgánica del Servicio Público, desde su competencia protege y garantiza la estabilidad laboral de la mujer embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad; esto relacionado a lo que dispone la Constitución de la República del Ecuador; pero debe de resaltarse que la normativa ecuatoriana es mucho más protectora que la legislación colombiana.
- Con este análisis y en base a lo que las propias normas laborales ecuatorianas, se ha evidenciado que existe diferencia al momento de conceder el permiso de lactancia; pues para las madres lactantes del Código del Trabajo se conceden 9 meses, mientras que para las madres lactantes de la LOSEP se concede 12 meses; y es ahí donde es preciso el citar lo que dispone el numeral 2 del artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador donde indica que todos somos iguales y gozaremos de los mismos

derechos; entonces se observa que este derecho no está siendo respetado por parte de las legislaciones ecuatorianas;

- Se concluye que con la socialización adecuada de las normas laborales por parte tanto de funcionarios administrativos como funcionarios judiciales se podría mejorar las relaciones entre trabajadores y empleadores con el propósito de que ambas partes no vulneren los derechos que se encuentran inmersos y atribuidos a estos grupos;
- La protección tanto a la mujer embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad y la del menor debe de ser prioridad de cada uno de los Estados, buscando de cualquier manera proteger y garantizar que gocen de Seguridad social y respeto de sus derechos constitucionales.

#### **4.2. Recomendaciones**

- En base al análisis de las normativas ecuatorianas y colombiana se ha evidenciado la necesidad de crear una ley que garantice y proteja a la mujer embarazada o que se encuentre asociada a su condición de gestación o maternidad; en la que se proteja a la mujer en su totalidad dentro del ámbito laboral y seguridad social, que esta sea aplicable para las mujeres trabajadoras sin importar su régimen laboral; en dicha ley debería de constar:
  - Acoger las recomendaciones emitidas por la Organización Internacional del Trabajo, de 14 semanas de licencia de maternidad;
  - Acoger las recomendaciones emitidas por la Organización Internacional del Trabajo, de extender la licencia de paternidad;
  - Fijar un solo permiso de lactancia para las madres lactantes;
  - Incentivar la inserción laboral de las mujeres en plazas de trabajo como una obligación (ejemplo la Ley de Orgánica de Discapacidad obligatoriedad de la inserción laboral del 4% de la nómina de los trabajadores);
  - Que, como medida protectora y con el fin de garantizar la estabilidad laboral de las mujeres en estado de gravidez, sea el Estado ecuatoriano quien pueda hacerse cargo del pago de la remuneración en el 100% para que el empleador no tenga la justificación de que no le alcanza a cancelar;
- Fomentar en cada una de las entidades reguladoras, protectoras y competentes para garantizar los derechos laborales mediante políticas públicas y capacitaciones

correspondientes con el objeto de garantizar la estabilidad laboral de la mujer en estado de gravidez;

- Fomentar por la creación de un Código Sustantivo del Trabajo, en el que estén inmiscuidos los empleados y funcionarios del Código del Trabajo, Ley Orgánica del Servicio Público, Ley Orgánica de Empresas Públicas; Código Orgánico de las entidades de Seguridad Ciudadana y Orden Público;
- Reformar el Código del Trabajo y brindar mayor protección a las mujeres en el caso de que exista la posibilidad de un despido ineficaz; es decir, darle celeridad a la reclamación del despido ineficaz cuando sea solicitado por la mujer en estado de gravidez;
- Conminar a la Corte Constitucional con su facultad y atribución moduladora, afine las disposiciones legales respecto al permiso de lactancia del sector público y privado a fin de garantizar el Principio de Igualdad para las madres lactantes tal como lo ha hecho en los casos de la Sentencia No. 048-10-SEP-CC y que hoy mediante la Sentencia No. 03-19-JP/20 encarga a la Defensoría del Pueblo como Institución Nacional de los Derechos Humanos presentar un proyecto de reforma de Ley.
- Capacitar a los profesionales del derecho, sobre los derechos, deberes, obligaciones y responsabilidades que tienen las mujeres embarazadas; con el propósito de que ellos al momento de establecer su defensa técnica la realizan por la vía judicial adecuada y con eso no entorpecer la administración de la justicia.

## Bibliografía

- Sarmiento Álvarez, B. X. (2011). *La entrevista cualitativa: elementos*. Madrid: MMA.
- Acción Extraordinaria de Protección, 03-19-JP/20 (Corte Constitucional 05 de agosto de 2020).
- Acción Extraordinaria de Protección. , 108-14-EP/20 (Corte Constitucional del Ecuador 09 de junio de 2020).
- Alarcón Cabrera, C. (1987). Reflexión de la Igualdad Material. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1-2.
- Alvarado, P. A. (2007). La Protección de los Derechos de la mujer en la Constitución Colombiana. *Revista de Derecho del Estado No. 20*, 49. Obtenido de Heinonline.
- Ávila, C. C. (2009). *La protección judicial de los derechos sociales*. Quito - Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Bernal, C. (2010). *Metodología de la Investigación*. Bogotá: Pearson.
- Caballero, J. F. (2006). La teoría de la justicia de John Rawls. *Voces y contextos*, 5.
- Cabanellas, G. (1993). *Diccionario Jurídico Elemental*. España: Editorial Helias S.R.L.
- Cabanellas, G. (2000). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Editoria.
- Carbonell, M. (2003). *El principio constitucional de igualdad*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- Carmona Cuenca, E. (1994). El principio de igualdad material en al jurisprudencia del tribunal constitucional. *Revista de estudios jurídicos*, 265.
- Censos, I. N. (01 de Diciembre de 2019). [www.ecuadorencifras.gob.ec](http://www.ecuadorencifras.gob.ec). Obtenido de <https://ecuadorencifras.gob.ec>: <https://ecuadorencifras.gob.ec>
- Chiriboga, G., & Salgado, H. (23 de enero de 1995). *Derechos Fundamentales en la Constitución Ecuatoriana*. Quito: Instituto Latinoamericana de investigaciones Sociales. Recuperado el 23 de 01 de 2020, de Derecho Ecuador: <http://www.derechoecuador.com>
- Código Civil. (2005). *Código Civil*. Quito: Asamblea Nacional.
- Código de la Niñez y Adolescencia. (2003). *Código de la Niñez y Adolescencia*. Quito: Asamblea Nacional.
- Código del Trabajo. (2018). *CODIGO DDEL TRABAJO*. Quito: Asamblea Nacional.
- Código Orgánico Integral Penal. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Asamblea Nacional.
- Código Sustantivo del Trabajo. (1950). *Código Sustantivo del Trabajo*. Bogotá - Colombia: Senado Colombia.
- Colombia, S. d. (1951). *Código Sustantivo del Trabajo*. Bogotá: Senado de Colombia.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Montecristi: Asamblea Constituyente.

- Constitución de la República del Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi: Asamblea Constituyente.
- Constitución Política de Colombia. (1991). *Constitución Política de COlombia*. Bogotá: Senado Nacional.
- Constituyente, A. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi: Asamblea Nacional.
- Conv.183. (2016). *Organización Internacional del Trabajo*. Ginebra: OIT.
- Coronal, V. (2013). *Justicia Laboral y formación de estado como contraparte ante el capital transnacional en Ecuador*. Quito - Ecuador: Illes i imperis.
- Cuenca, E. C. (1994). *El principio de igualdad materia en la Jurisdicción del Tribunal Constitucional*. Quito: Revista de Estudios Políticos.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos. (s.f.). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*.
- Derecho a la igualdad como Derecho Fundamental, 432/92 (Corte Constitucional 25 de 06 de 1992).
- Deslauriers, R. E.-P. (2011). La entrevista cualitativa como técnica. *Margen No. 61*, 1.
- Díaz, S. T. (1962 ). Que es la Justicia . *Universidad de Córdoba*, 8.
- Distribuidora Jurídica Nacional. (2011). *Diccionario Jurídico, un diccionario con tecnología digital*. Quito: Distribuidora Juridica Elemental.
- Gago Guerrero, P. F. (1994). Los principios de la justicia social. *Cuaderno de Trabajo SOcial*, 87 - 107.
- Galán Melo , G. S. (2013). *Igualdad Jurídica y la no discriminación en el Régimen Tributario*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Galeas, L. H. (2014). *El estado Constitucional de derecho y Justicia Social*. Quito: Editorial jurídica del Ecuador.
- Ghersí, C. L. (2013). *Metodología de la Investigación en Ciencias Jurídicas*. Bogotá: Universidad Javeriana .
- Gordon, D. (2009). La justicia social y políticas públicas, la búsqueda de la equidad en diversas sociedades . *Mundo Siglo XXI*, 15 - 28.
- Hoz, B. N. (2016). Analisis del Derecho a la Elección Libre de la Maternidad. *Analisis del Derecho a la Elección Libre de la Maternidad*. Bogota, Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia.
- Humberto Ñaupas Paitán, M. R. (2013). *Metodología de la investigación; cuantitativa - Cualitativa y redacción de la tesis*. Bogotá: Delau.
- Jaramillo, I. D. (2010). *Presente y futuro del derecho del trabajo: breve jistoria jurídica del derecho del trabajo en colombia*. Bogotá: Opinión jurídica.

- Lencioni, G. M. (2013). *Instituciones de derecho laboral individual, herramientas didacticas*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Ley de Maternidad Gratuita y Atención a Infancia. (2006). *Ley de Maternidad Gratuita y Atención a la Infancia*. Quito: Congreso Nacional.
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Contr. (2018). *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Quito: Asamblea Nacional.
- Ley Orgánica del Servicio Público. (2018). *LOSEP, Ley Oránica del Servicio Público*. Quito, Ecuador: Asamblea Nacional.
- Lopez, J. V. (2013). *Derecho Laboral Práctico*. Quito: Cevallos.
- López, J. V. (2017). *Nuevo Derecho Laboral Ecuatoriano*. Quito: Cevallos.
- María Jesús Espuny Tomás, O. P. (2011). *Esquemas de historias del desarrollo social y de las instituciones laborales*. Valencia: tirant lo blanch.
- Martín, V. A. (2013). *Curso de Derecho del Trabajo*. Madrid: tecnos.
- Melgar, A. M. (2015). La estabilidad en el empleo: recuperación de un principio. *Revista del Ministerio de Trabajo y ASuntos Sociales*, 33.
- Molas, I. (2008). *Derecho Constitucional*. Madrid: tecnos.
- Murillo Torrecilla , J., & Reyes Hernández, C. (2011). Hacia un concepto de justicia social. *Revista Iberoamericana sobre Calidad, Eficacia y Cambio en Educación*. , 8 - 23.
- Nacional, C. (2005). *Código del Trabajo*. Quito: Congreso Nacional.
- OIT. (2000). Buenas prácticas y desafíos en relación con el convenio sobre la protección de la maternidad. *Convenio de la Maternidad*, 20.
- Organización Internacional del Trabajo. (2010). *La Maternidad en el Trabajo*. ginebra: Organización Internacional del Trabajo.
- Organización Internacional del Trabajo. (2010). *La Maternidad en el Trabajo, examen de la legislación nacional*. Glbera, Suiza: OIT.
- Oviedo, I. M. (2012). *Los principios del derecho laboral y la seguridad social, dinamiza la jurisdicción constitucional en Colombia*. Bogotá: Entramado .
- Oyarte Martínez, R. (24 de NOviembre de 2005). *DerechoEcuador.com*. Obtenido de DerechoEcuador.com: <https://www.derechoecuador.com/el-reconocimiento-de-los-derechos-fundamentales>
- Oyarte, R. (2019). *Derecho Constitucional*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Parada, M. P. (2010). *Violencia de Género*. Caracas: Liber.
- Protección de la Mujer Embarazada, C-355 (Tribunal Constitucional 10 de 09 de 2006).
- Rabossi, E. (1990). *Derechos Humanos: El Principio de igualdad y la discriminación*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales.

- Reglamento de la Ley Organica del Servicio P. (2011). *Reglamento General de la Ley Orgánica de Servicio Público*. Quito: Asamblea Nacional.
- Rodríguez, B. P. (2006). *Metodología Jurídica*. México DF: Editorial Mexicana.
- Rojas, A. (2011). *Fuero de Maternidad, Garantía a la estabilidad laboral*. Caracas: Revista de Derecho.
- Sánchez, N. (2005). *El Derecho Humano al Desarrollo frente a la Mundialización del Mercado*. Madrid: IEPala.
- Sanchis, L. P. (1995). *Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial*. Revista del Centro de Estudios Constitucionales.
- Sanchis, L. P. (1995). *Los Derechos Sociales y el Principio de Igualdad Sustancial*. Mexico: Revista del Centro de Estudios Constitucionales.
- Santamaria, C. C. (2009). *La protección judicial de los derechos sociales*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Sastre Ariza, S. (2000). Derechos y Garantías. *Jueces para la Democracia*, 47-55.
- Tonon, G. (2011). *www.revistakairos.org*. Obtenido de [www.revistaskairos.org](http://www.revistaskairos.org): <http://www.revistakairos.org>
- Torres, C. A. (2010). *Metodología de la Investigación*. Bogotá : Pearson.
- Trabajo, C. d. (2019). *Código del Trabajo*. Quito: Asamblea Nacional.
- Trabajo, O. I. (1958). *Convenio No. 111*. Ginebra : OIT.
- Trabajo, O. I. (2014). 2000. *La maternidad y la paternidad en el trabajo*, 1 - 18 .
- Trabajo, O. I. (2015). Copilación de Convenios y Recomendaciones Internacionales del Trabajo. *Protección de la Maternidad* , 731 - 737 .
- Trabajo, O. I. (s.f.). *Convenio No. 183 Sobre la Protección de la Maternidad*.
- Trujillo, J. C. (2008). *Derecho de Trabajo*. Quito: PUCE.
- Vásquez López, J. (2017). *Nuevo Derecho Laboral ecuatoriano*. Quito: Cevallos.
- Vita, L. R. (2012). *El principio de igualdad en la enseñanza del derecho constitucional*. Buenos Aires: Revista de enseñanzas del derecho .
- Zarga, L. P. (2012). La igualdad de oportunidades y el Derecho al Trabajo de la mujer. *Revista IUS*, 108 - 129.

## ANEXOS

### Anexo No. 1.

Buenas tardes;

Nos presentamos ante Usted: Abg. María José Aldás Guerrero y Abg. Ivanhoe Josafat Mafla Yépez Inspectores Integrales del Trabajo de la provincia de Imbabura; somos estudiantes de la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad de Otavalo; y previo a la obtención del Título de Magíster en Derecho Constitucional debemos de realizar el respectivo trabajo de investigación, para lo cual debemos de realizar una entrevista a profesionales que se encuentren enmarcados en nuestro tema de investigación que es: **“El principio de igualdad y justicia social que garantice la estabilidad laboral de la mujer embarazada en las legislación ecuatoriana y colombiana”**; razón por la cual solicitamos de manera comedida se nos ayude con las siguientes preguntas, y adicional a esto se nos autorice el utilizar su entrevista para nuestros fines investigativos.

Por toda su colaboración, anticipamos desde ya nuestros sinceros agradecimientos.

#### **Entrevista:**

1. ¿Cuál es su opinión respecto de los Derechos de la Mujer Embarazada o Asociada a su condición de Gestación o Maternidad, en base a la Legislación Nacional?
2. Dígame Usted, que opinión daría respecto a la Estabilidad Laboral y Justicia Social de la Mujer Embarazada o Asociada a su condición de Gestación o Maternidad.
3. ¿Qué nos puede decir del Principio de Igualdad en el ámbito laboral de la Mujer Embarazada o Asociada a su condición de Gestación o Maternidad?
4. Cuál sería la vía jurídica adecuada para garantizar el Principio de Igualdad, Estabilidad Laboral y Justicia Social de la Mujer Embarazada o Asociada a su condición de Gestación o Maternidad?
5. A su criterio, quienes son los encargados de Garantizar el Principio de Igualdad, ¿Estabilidad Laboral y Justicia Social de la Mujer Embarazada o Asociada a su condición de Gestación o Maternidad?

## **Anexo No. 2**

### **Entrevista**

#### **Entrevistado:**

Dr. David Morán Cabascango, Abogado en libre ejercicio, experto en Derecho Laboral.

#### **Tema de Investigación:**

**“El principio de igualdad y justicia social que garantice la estabilidad laboral de la mujer embarazada en las legislación ecuatoriana y colombiana”**

#### **1. ¿Cuál es su criterio respecto de los derechos de la mujer embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad, en base a la legislación nacional?**

Los derechos de la mujer embarazada y su condición asociada, nace de la misma Constitución de la República del Ecuador cuando en el artículo 43 refiere respecto a los derechos de las mujeres embarazadas y para referirme al ámbito laboral tengo que hacer énfasis en el derecho consagrado en el numeral 1 de la disposición constitucional indicada, es decir que, no debe existir discriminación por su estado de embarazo, entre otros ámbitos se refiere también al laboral. Esta protección constitucional también guarda estrecha relación con lo preceptuado en el artículo 45 inciso 1ro., de la Constitución de la República del Ecuador donde establece que el estado reconoce y garantiza la vida, el cuidado y protección desde la concepción; esto significa que la única forma de proteger a una persona desde el momento de su concepción es justamente protegiendo a la persona en cuyo interior se desarrolla y crece el que está por nacer y por ende para garantizar su existencia la única forma de aquello es protegiendo a la mujer que biológicamente y por naturaleza es la que engendra y desarrolla prácticamente la formación física y biológica de un ser humano próximo a nacer y como el Estado brinda la protección en la forma que dejo indicado, considero acertado que los derechos de una mujer embarazada debe extenderse hasta tiempo después de que haya nacido su hijo; es decir, todas las condiciones asociadas como es el cuidado de su salud integral, de su propia vida durante el embarazo, parto y post parto, que en definitiva podríamos concluir señalando que se está garantizando la vida e integridad de una persona procreadora así como en la misma condición al procreado.

## **2. Que criterio daría respecto a la estabilidad laboral y justicia social de la mujer embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad.**

Para referirme a la estabilidad laboral y justicia social de la mujer embarazada y su condición asociada, puedo señalar que para cualquier trabajador en primer lugar, incluyendo a la mujer embarazada y su condición asociada, esta particularidad obedece a varios factores, empezando por la estabilidad y seguridad económica que brinde el país en términos generales; en segundo lugar, que la actividad emprendedora sea de aquellas que genere estabilidad económica para el emprendedor y sus colaboradores que son los trabajadores y en tercer lugar la eficiencia laboral; es decir, un trabajo responsable, ejecutado con experiencia, destreza, calidez y varios factores que hacen que el mercado sea dinámico para calificar de bueno, muy bueno o excelencia en la ejecución de un trabajo y como contraprestación a ello el pago o cumplimiento de obligaciones patronales de manera total y oportuna; son factores que a mi modesto conocimiento contribuyen para que una fuente de trabajo tenga el carácter progresivo y con ello se afiance la estabilidad en el trabajo. Ahora bien, la estabilidad laboral de una mujer embarazada siempre provoca un temor patronal ya que la sanción en calidad de reparación a un eventual despido intempestivo, es significativo económicamente y ante ello se advierte resistencia para la contratación laboral o inclusión en este ámbito a las mujeres ya que prácticamente son veintidós meses que la trabajadora embarazada tiene protección de estabilidad por su condición de embarazo y asociado; indudablemente que esta garantía constituye una justicia social por cuanto mirando el derecho constitucional estaría hasta cierto punto protegiendo a la trabajadora y a su hijo o hija concebido que está por nacer, protección que se extiende hasta un año después de su nacimiento que, como señalé anteriormente son aspectos que desde el punto de vista patronal se observa únicamente el resultado productivo que hace opere resistencia para su contratación lo que nos llevaría a determinar una probable discriminación para contratar a una mujer.

## **3. ¿Qué nos puede decir del principio de igualdad en el ámbito laboral de la mujer embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad?**

Para hablar del principio de igualdad en el ámbito laboral de la mujer embarazada o su condición asociada, lógicamente que de acuerdo al artículo 11.2 de la Constitución de la República del Ecuador dice que todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades, en la práctica es una utopía pues, para una mujer que

quiera ingresar como persona económicamente activa en el ámbito laboral, no puedo señalar que por regla general todos así lo consideren pero si gran parte se resisten a su contratación, justamente porque tanto la Constitución como la ley protege a una mujer en el ámbito laboral, más aún cuando por su naturaleza se encuentre en estado de embarazo o condición asociada, consiguientemente no se cumple a plenitud el principio de igualdad frente a la interrogante formulada, por lo que el Estado, sobre todo la Asamblea Nacional como órgano legislativo debería profundizar un análisis al respecto para que la condición de embarazo de una mujer no sea un limitante a efectos de ingresar al mercado laboral, es decir, para que no exista esa resistencia patronal en su contratación y se cumpla con lo prescrito en la Constitución respecto al ejercicio de derechos y el principio de igualdad.

**4. ¿Cuál sería la vía jurídica adecuada para garantizar el principio de igualdad, estabilidad laboral y justicia social de la mujer embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad?**

Como ya indiqué al emitir mi criterio a la pregunta anterior la vía jurídica adecuada para garantizar el principio de igualdad, la estabilidad laboral y la justicia social de la mujer embarazada o su condición asociada, es justamente profundizando un análisis por parte del organismo legislador, creando normativa legal que permita garantizar la igualdad de todas las personas que al hablar de aquello es referirme a los dos géneros, una estabilidad laboral que no genere resistencia para que el empleador requiera mano de obra femenina y con ello se avizore una justicia social que como resultado obtendríamos el buen vivir; todo aquello descartando visiones políticas y legislando con un espíritu patriótico, sin egoísmo, sin intereses personales, sino más bien en procura de la justicia social.

**5. ¿A su criterio, considera que los jueces competentes garantizan cumplimiento del principio de igualdad, estabilidad laboral y justicia social de la mujer embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad?**

Reitero que para garantizar el principio de igualdad, estabilidad laboral y justicia social de la mujer embarazada, los únicos encargados de aquello es el Estado, a través de sus organismos, empezando por el legislativo cuyos integrantes tendrían la obligación de despojarse de sus colores partidistas para mirar el interés general de la ciudadanía en pro del desarrollo y crecimiento del país, toda vez que una familia que sus integrantes tengan

una fuente de trabajo garantizada, en primer lugar afianza el núcleo familiar que contribuye al buen vivir y el engrandecimiento del país en general.

### **Anexo No. 3**

#### **Entrevista**

##### **Entrevistada:**

Dra. María de las Mercedes Cuastumal, Jueza de la Unidad de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia.

##### **Tema de investigación:**

**“El principio de igualdad y justicia social que garantice la estabilidad laboral de la mujer embarazada en las legislación ecuatoriana y colombiana”**

#### **1. ¿Cuál es su criterio respecto de los derechos de la mujer embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad, en base a la legislación nacional?**

En primer lugar hay que partir de la Constitución de la República del Ecuador, pues la mujer embarazada pertenece a los grupos de atención prioritaria conforme lo determina el artículo 35 de la Constitución de la República del Ecuador, además de ello la misma Constitución en el numeral 2 del artículo 11 dice que todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades; por lo tanto el hecho de que una mujer esté en el estado de embarazo de gestación no significa que sea menospreciada o que tenga un derecho menor al resto de las demás personas, por lo tanto en el principio de igualdad todas las personas como iguales ante la ley, tenemos los mismos derechos conforme se lo indicó anteriormente, y más aún cuando una mujer embarazada está dentro de los grupos de atención prioritaria los que debemos de dar mayor énfasis, mayor cuidado, mayor prioridad y por ende estabilidad laboral a la mujer embarazada.

#### **2. Que criterio daría respecto a la estabilidad laboral y justicia social de la mujer embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad.**

En cuanto a la estabilidad laboral, como se ha manifestado la Constitución de la República del Ecuador es lo primero que se debe de respetar siendo esta la base para determinar la base de los derechos y en este caso la base de los derechos de la mujer embarazada cuando está en su actividad laboral, pues se deben de respetar los derechos y para eso tenemos

procedimientos especial establecido en el Código Orgánico General de Procesos en el supuesto caso que haya un despido intempestivo a una mujer embarazada, creo y estoy más que segura que son mínimos los casos que se dan en estas condiciones, se respetan los derechos de la mujer embarazada; los empleadores tiene pleno conocimiento de los derechos de la mujer embarazada; pues la mujer embarazada posee una estabilidad laboral, en el momento del embarazo en el cuidado, en la lactancia; considerando que también el Código de la Niñez y Adolescencia ampara a la mujer desde el momento de gestación, maternidad y lactancia; esto que esté en pleno conocimiento de las autoridades.

**3. ¿Qué nos puede decir del principio de igualdad en el ámbito laboral de la mujer embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad?**

El principio de igualdad dice que todas las personas somos iguales ante la ley y más aún la mujer embarazada que pertenece a un grupo de atención prioritaria conforme así lo dispone la propia Constitución de la República del Ecuador esta mismo establece los principios rectores en materia constitucional; entonces el principio de igualdad no puede ser menoscabado por tratarse de una mujer que se encuentra en estado de gestación; entonces se debe de aclarar que la Constitución de la República del Ecuador, el Código del Trabajo ampara a la mujer embarazada a gozar de una estabilidad laboral garantizando mejores condiciones laborales, no puede ser degradada, y protección por su estado de embarazo.

**4. ¿Cuál sería la vía jurídica adecuada para garantizar el principio de igualdad, estabilidad laboral y justicia social de la mujer embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad?**

Se debe de considerar que la vía constitucional sería la vía adecuada en relación a la violación de derechos constitucionales de la mujer embarazada; pero también se debe de considerar que existe la vía ordinaria donde se puede hacer valer los derechos de la mujer embarazada respecto de la estabilidad, pues ahí serían los jueces competentes quienes determinarían la existencia de un despido ineficaz; no se pudiese iniciar un proceso por al vía constitucional, pues existe el procedimiento establecido en el Código del Trabajo. Pues se debe de saber diferenciar lo que es la vulneración de derechos a lo que es un procedimiento judicial en la vía ordinaria.

**5. ¿A su criterio, considera que los jueces competentes garantizan cumplimiento del principio de igualdad, estabilidad laboral y justicia social de la mujer embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad?**

Esta pregunta está encaminada con la anterior pregunta, pues existen la vía ordinaria y la vía constitucional para garantizar los derechos; pues a mi criterio los abogados en el libre ejercicio confunden los procedimientos, solicitando que existan jueces solo constitucionales, ya que todo se reclamaría por la vía constitucional; si bien es cierto la vía constitucional es para determina la vulneración de un derecho pero no se debe de confundir con los reclamos que se deben de plantear en la vía judicial ordinaria.

## **Anexo No. 4**

### **Entrevista**

#### **Entrevistado:**

Dr. William Jiménez, Juez de la Corte Provincial Multicompetente de Imbabura.

#### **Tema de Investigación:**

**“El principio de igualdad y justicia social que garantice la estabilidad laboral de la mujer embarazada en las legislación ecuatoriana y colombiana”**

#### **1. ¿Cuál es su criterio respecto de los derechos de la mujer embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad, en base a la legislación nacional?**

La actual normativa tanto para las mujeres que trabajan en el sector público como en el sector privado tiene la suficiente garantía por su condición de embarazo, gestación o maternidad, así se observa en el Código del Trabajo y la Ley Orgánica del Servicio Público, en donde ha tomado relevancia y respecto ante dichas situaciones.

#### **2. Que criterio daría respecto a la estabilidad laboral y justicia social de la mujer embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad.**

La estabilidad laboral con respecto a este tipo de situaciones se encuentra ya establecida con las debidas garantías fundamentales consagradas en la constitución, y rar vez una autoridad administrativa podrá en juego la estabilidad laboral de este grupo de personas que por sus circunstancias son más vulnerables; no sucede lo mismo en el campo privado en donde si se observa que existe vulneración a este tipo de derecho laboral.

#### **3. ¿Qué nos puede decir del principio de igualdad en el ámbito laboral de la mujer embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad?**

En nuestro país y en nuestro medio, a mi criterio, no existe tal principio de igualdad ni siquiera con la mujer en forma general, peor en estado de embarazo o maternidad. Esto será algo en que la legislación deberá mejorar para dar mayores beneficios y oportunidades a la mujer en este estado de salud. Habrá que buscar mecanismos que favorezcan o

permitan que la parte empleadora pública o privada encuentren beneficios para contratar bajo este tipo de situaciones.

**4. ¿Cuál sería la vía jurídica adecuada para garantizar el principio de igualdad, estabilidad laboral y justicia social de la mujer embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad?**

Las vías se encuentran ya establecidas, Ley Orgánica del Servicio Público y Código del Trabajo el asunto está en cómo aplicarías o anclarles en la vía constitucional para su mejor aplicación.

**5. ¿A su criterio, considera que los jueces competentes garantizan cumplimiento del principio de igualdad, estabilidad laboral y justicia social de la mujer embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad?**

En el caso de vulneración de los derechos constitucionales la vía adecuado es la vía constitución y obviamente para esto los jueces competentes serán los jueces constitucional de primera y segunda instancias y en el caso se acción extraordinarias será los jueces de la Corte Constitucional; en los casos de reclamación por el despido ineficaz los jueces competentes serán lo de la vía judicial ordinaria quienes por sus competencias conocerán las reclamaciones por el despido ineficaz cuando así se lo reclame.

## **Anexo No. 5**

### **Entrevista**

#### **Entrevistado:**

Dr. Jaime Eduardo Alvear Flores, Juez de la Corte Provincial Multicompetente de Imbabura.

#### **Tema de Investigación:**

**“El principio de igualdad y justicia social que garantice la estabilidad laboral de la mujer embarazada en las legislación ecuatoriana y colombiana”**

#### **1. ¿Cuál es su criterio respecto de los derechos de la mujer embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad, en base a la legislación nacional?**

A partir de la Constitución de la República del Ecuador del 2008 se van disgregando los derechos de los ciudadanos, como ha ocurrido con los derechos de la mujer embarazada; obviamente que esto reviste un carácter importante de la protección de los derechos de la mujer embarazada, si no ponemos a ver la naturaleza, el origen y la semántica de los derechos de un ciudadano con los derechos de una mujer embarazada con una mujer no embarazada podemos obtener distintos matices dependiendo de la forma como uno mire los derechos en esta nueva forma de estado tenemos; más allá de eso la mujer embarazada tiene protección especial, siendo esto importante; caso contrario la propia Norma Suprema no hubiese dado esa característica de un grupo de atención prioritaria y especializada, obviamente en esa garantía todas las normas que forma parte del ámbito intra o infra constitucional como se dice tiene que estar adaptadas al tema, mucho tendrá que ver el Código del Trabajo así como la Ley Orgánica del Servicio Público pues estas normativas protegen desde su ámbito a la mujer embarazada independientemente de la ley que la regula; el Ecuador ha cumplido con la emisión de regular y proteger a la mujer embarazada conforme a las recomendaciones dadas por parte de las organizaciones e instituciones internacionales.

## **2. Que criterio daría respecto a la estabilidad laboral y justicia social de la mujer embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad.**

Forma parte del tema de la vulnerabilidad pues la mujer embarazada por su estado tiene en camino un ser nuevo un ser humano que nacerá y hoy esa tutela dependen de procurar tener los medios económicos, para velar por sus necesidades pues ahora son dos vidas las que se están desarrollando, en la sociedad esas dos vidas que están desarrollándose y por ende buscan ingresos económicos desde la dependencia laboral; la importancia que radica que al estabilidad siempre tendrá que ser garantía laboral de la mujer, esto no quiere decir que la mujer embarazada tiene una patente de corso, del porque estoy embarazada no voy a cumplir con mis obligaciones que las mismas leyes me rigen, pues si una mujer embarazada comete un acto disciplinario la constitución no la protege, se debe de entender que la regulación de la estabilidad no le da la carta abierta para que incumpla con sus obligaciones. Así como también se debe de garantizar que las actividades que realice la mujer embarazada deberán de ser en pro de su protección por su condición de embarazo.

## **3. ¿Qué nos puede decir del principio de igualdad en el ámbito laboral de la mujer embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad?**

El principio de la igualdad formal y material que se suele decir, la Constitución de la República del Ecuador determina que todos somos iguales ante la ley, pero ya en el tema del desarrollo progresivo de los derechos ya por norma constitucional y normas legales nos hablan que para que esa igualdad formal tenga plena vigencia nos dicen que siempre las autoridades que públicas tenemos que propender a que esa igualdad formal sea efectiva a través de la aplicación de la igualdad material; es decir, acciones positivas que las autoridades tendamos que aplicar a favor de personas que en ciertos casos estén en inferioridad de condiciones, pues en el ámbito laboral la producción que puede tener una mujer que no esté embarazada a una mujer que esté embarazada obviamente que va a ser superior; es allí donde nace la igualdad material con la que tenemos que actuar todas las autoridades en el sector público podríamos dar contenido a la igualdad como lo dice la Constitución de la República del Ecuador

## **4. ¿Cuál sería la vía jurídica adecuada para garantizar el principio de igualdad, estabilidad laboral y justicia social de la mujer embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad?**

Las acciones positivas, cuando hay concursos de méritos y oposición, donde se materializa el principio de la igualdad material y formal, las acciones positivas tienden a esto de garantizar de mejor manera a la mujer embarazada y no solo en el ámbito laboral sino en un ámbito global; en lo laboral pues se debe de considerar que tanto como la estabilidad laboral y la justicia social se enmarcan desde el principio de igualdad donde todos son iguales ante la ley, considerándose de manera especial lo dicho por la Constitución del Ecuador al dar a la mujer embarazada protección especial.

**5. ¿A su criterio, considera que los jueces competentes garantizan cumplimiento del principio de igualdad, estabilidad laboral y justicia social de la mujer embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad?**

Los jueces competentes para garantizar el cumplimiento del Principio de Igualdad, Estabilidad Laboral y Justicia Social; serían al existir una vulneración de los derechos constitucionales pues la vía adecuada es la vía constitucional en la que se determinará de ser el caso la vulneración de derechos constitucionales; y en el caso de tratarse de un proceso de despido ineficaz la vía adecuada es la ordinaria; pues, es el juez competente para determinar el pago de la indemnización por el despido ineficaz son los jueces ordinarias.

**Anexo No. 6**

**Encuesta**

**UNIVERSIDAD DE OTAVALO**

**MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

**RÉGIMEN LABORAL:**

**CÓDIGO DEL TRABAJO**

**LEY ORGANICA DEL SERVICIO PÚBLICO**

1.- ¿Sabe cuáles son sus derechos al encontrarse en estado de Embarazo?

**SI**  
**NO**

2.- ¿Sabía Usted que el tiempo de la licencia por maternidad es de 12 semanas?; es decir, ¿84 días?

**SI**  
**NO**

3.- ¿Sabe Usted en qué consiste el permiso de lactancia?

**SI**  
**NO**

4.- ¿Usted se ha sentido discriminada en el ámbito laboral, por encontrarse embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad?

**SI**  
**NO**

5.- ¿Sabía Usted que dependiendo del régimen laboral (Código del Trabajo – Ley Orgánica del Servicio Público) varía el permiso correspondiente a la lactancia?

**SI**  
**NO**

6.- Cree Usted que se respeta el principio de igualdad para las madres lactantes (Código del Trabajo – Ley Orgánica del Servicio Público)

**SI**  
**NO**