



FACULTAD DE DERECHO

LA REGULACIÓN DE LA LICENCIA POR MATERNIDAD Y PATERNIDAD EN  
EL ECUADOR

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos  
establecidos para optar por el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados  
de la República

Profesor Guía:  
Dra. Katerine Muñoz Subía

Autora:  
Carolina Izurieta Alarcón

Año  
2015

### **DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA**

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan el Trabajo de Titulación”

---

Doctora Katerine Muñoz Subía  
C.C. 171302329-7

### **DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE**

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes”

---

Carolina Izurieta Alarcón

C.C. 050293097-7

## **AGRADECIMIENTOS**

Agradezco a Dios por bendecirme en todo el trayecto de mi carrera; a mis padres y hermanos por su amor y apoyo incondicional; al “negro” por su soporte; a mi Director por guiarme en el desarrollo de la tesis; y a mis amigos que han sido siempre fuente de mi alegría y han formado parte de mi vida.

## **DEDICATORIA**

Quiero dedicar mi trabajo a mis padres y hermanos pues gracias a su amor, sacrificio y apoyo pude culminar mi carrera con éxito, siguiendo el ejemplo de constancia y fortaleza de mi padre, teniendo el carisma, el valor y las ganas de triunfar de mi madre, hermana y hermano; y también a mis sobrinos Matías y José Emiliano por ser la luz de mis ojos.

## RESUMEN

La Constitución de la República caracteriza al Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia. Entre los derechos garantizados están los derechos de los trabajadores desarrollados en normas laborales sustantivas, mereciendo especial atención la libertad al trabajo y de reproducción de la mujer.

El presente trabajo de titulación se enfoca en el amparo a la mujer trabajadora y gestante, y la necesidad de ampliar ese amparo laboral en sentido cuantitativo y cualitativo.

En el primer capítulo se define y caracteriza a la maternidad, la paternidad y la filiación como elementos consustanciales de la procreación y la consolidación de la familia como base de la sociedad.

En el segundo capítulo se describe la situación actual de la protección a la mujer trabajadora, entendida ésta como aquella persona que mantiene una relación de dependencia laboral. Se enuncian y describen las normas constitucionales, los instrumentos internacionales referidos al tema, la legislación interna, las sentencias jurisprudenciales ecuatorianas como reivindicación de las normas protectoras, y se hace una rápida visión de la legislación laboral de Cuba, Venezuela y Chile.

En el tercer capítulo se fundamenta la necesidad de ampliar la protección de la mujer trabajadora en la legislación interna, destacando los aspectos y ámbitos de dicha ampliación de la protección; se introduce dentro del análisis un tema relativamente novedoso en el medio como es la vinculación del progenitor en la crianza de los hijos como factor para disminuir la violencia intrafamiliar, que a su vez justifica ampliar la protección laboral hacia el padre, y se culmina con la propuesta de reformas legales que consagren de manera integral la protección.

## ABSTRACT

The Constitution of the Republic characterizes Ecuador as a constitutional State with rights and justice. Among the guarantee rights are the labor rights developed under substantive labor norms, deserving special attention to freedom of work and women's reproduction.

This titling Project is focused on pregnant and working women's protection, and the need to widen this labor protection in terms of both quality and quantity.

In the first chapter I define and characterize maternity and fatherhood and the affiliation as important elements of procreation and the consolidation of family as a base of society.

In the second chapter I describe the current situation of working women's protection, understanding them as those who maintain a labor dependence relationship. The constitutional norms are described and announced, the international instruments referring to the matter, in-house legislation, Ecuadorian jurisprudential judgments as protecting norm reivindication, and a brief vision of the Cuban, Venezuelan and Chile's labor legislation.

On the third chapter we base the need to widen working women's protection in the in-house legislation, highlighting aspects and scopes of such protection; I include within this analysis a relatively new matter in the media, as the inclusion of the father in the child's upbringing as a factor to reduce family violence, which at the same time justifies the widening of father's labor protection; and ends with the proposal of legal norms that withhold protection as integral part.

# ÍNDICE

INTRODUCCIÓN .....	1
CAPÍTULO I.....	3
1. DEFINICIONES Y CARACTERÍSTICAS.....	3
1. MATERNIDAD.....	3
1.1. Maternidad biológica.....	4
1.2 Maternidad subrogada.....	5
1.3 Maternidad legal.....	6
2. PATERNIDAD.....	7
2.1. Paternidad biológica.....	7
2.2. Paternidad legal.....	8
3. FILIACIÓN.....	9
3.1. Filiación natural.....	14
3.2. Filiación por adopción.....	18
3.3. Filiación por reproducción asistida.....	20
CAPÍTULO II .....	22
2. PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD Y PATERNIDAD... 22	
1. PROTECCIÓN EN LA CONSTITUCIÓN.....	22
1.1. Evolución constitucional de la protección.....	22
1.2. La protección en la constitución actual.....	24
2. LA PROTECCIÓN EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS.....	28
2.1. Declaración universal de los derechos humanos.....	28
2.2. Organización internacional del trabajo.....	29
2.3. Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación.....	32
2.4. Convenio 102. Organización internacional de trabajo, de 28 de junio de 1952, sobre la norma mínima de la seguridad social.....	36
3. PROTECCIÓN EN LA LEGISLACIÓN INTERNA DEL ECUADOR.....	43
3.1. El código del trabajo.....	43
3.2. La jurisprudencia.....	55

4. PROTECCIÓN EN LEGISLACIONES DE OTROS PAÍSES. ....	66
4.1. La protección en cuba.....	66
4.2. La protección en Venezuela. ....	70
4.3. La protección en Chile.....	71
3. LA NECESIDAD DE AMPLIAR LA PROTECCIÓN. ....	74
1. Fundamentos de la ampliación.....	74
1.1. Fundamentos ideológicos.....	74
1.2. Fundamentos económicos.....	76
1.3. Fundamentos sociales.....	78
2. ASPECTOS DE LA AMPLIACIÓN. ....	78
2.1. En el período del pre y post parto.....	79
2.2. En la lactancia. ....	79
2.3. En casos especiales.....	80
3. ÁMBITO DE LA AMPLIACIÓN PROTECTIVA. ....	81
3.1. En el caso de la madre.....	81
3.2. En el caso de padre.....	82
4. PROPUESTA DE AMPLIAR LA PROTECCIÓN. ....	85
4.1. Reformas del código del trabajo.....	85
4.2. Reforma de la ley de seguridad social.....	90
CONCLUSIONES.....	90
RECOMENDACIONES.....	96
REFERENCIAS.....	98
ANEXOS.....	101

## INTRODUCCIÓN

La Constitución de la República expedida en Ciudad Alfaro, Cantón Montecristi, Provincia de Manabí, el 25 de julio de 2008, y publicada en el Registro Oficial N° 449 del 20 de octubre del mismo año luego del plebiscito ratificatorio, se caracteriza por definir un marco de oportunidades para el alcance de derechos del trabajo, y de la equidad laboral para hombres y mujeres. En primer lugar, su orientación general parte de una concepción diferente de la economía, la producción y el trabajo. En el caso de la economía, se habla de un sistema económico social y solidario que pone como eje fundamental la equidad y la justicia distributiva, reconociendo las desigualdades de base (entre ellas, las de género). En cuanto al trabajo, se reconoce la validez, la relevancia y el aporte de varias formas y regímenes de trabajo.

Con relación a los derechos laborales de las mujeres, establece que el Estado propiciará la incorporación de las mujeres al trabajo remunerado, en igualdad de derechos y oportunidades, garantizándoles idéntica remuneración por trabajo de igual valor, velando al mismo tiempo por los derechos reproductivos. En este sentido, se establece una serie de derechos para la mujer trabajadora, en especial, para la madre gestante y en período de lactancia.

Otro aspecto importante de la Constitución es que se garantiza el respeto a los derechos reproductivos de las personas trabajadoras -incluida 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. Igualmente, se prohíbe el despido de las mujeres trabajadoras por aspectos relacionados con su condición de gestación y maternidad, así como todo tipo de discriminación relacionada con roles reproductivos.

Al ubicar a la mujer embarazada y en período de lactancia dentro de los grupos de atención prioritaria (Art. 43 Constitucional), el Estado garantiza a este grupo una serie de derechos que incluyen la no discriminación, la gratuidad de los

servicios de salud, la protección prioritaria durante todo el período que incluye embarazo, parto y pos parto, y disponer de las facilidades necesarias para su recuperación después del embarazo y durante el período de lactancia. Esta protección especial del Estado a la mujer embarazada es el resultado de la garantía especial que otorga el Estado a la vida del nuevo ser, incluido el cuidado y la protección, desde la concepción. A partir de esta garantía se derivan las demás acciones como es la preservación del interés superior del niño, la obligación del cuidado compartido al nuevo ser y la corresponsabilidad entre madre y padre por las condiciones en que nace, y se desarrolla el nuevo ciudadano.

A partir de estos preceptos fundamentales, en este trabajo de titulación se realiza un estudio de las instituciones del Derecho vinculadas con el tema de las relaciones entre los progenitores y sus hijos, para lo cual se hace acopio doctrinal y casuístico, comparando las características de la legislación ecuatoriana con legislaciones extranjeras en materia de protección a la madre trabajadora, y se ensaya una propuesta de reformas puntuales a la legislación del trabajo y de protección a los progenitores durante la primera etapa de vida del nuevo ciudadano: su nacimiento y cuidados derivados en el marco de la ley.

## CAPÍTULO I

### 1. DEFINICIONES Y CARACTERÍSTICAS

Una definición es “una proposición que expone con claridad y exactitud los caracteres esenciales de una cosa material o inmaterial” (SALVAT 2004, 6, p. 4290). La lógica tradicional dice que una definición debe cumplir los siguientes requisitos: debe ser convertible, de tal manera que entre lo definido y la definición debe haber una equivalencia; lo definido no debe entrar en la definición, es decir, no puede presentar circularidad; la definición debe ser más clara que lo definido; y, la definición no puede abarcar más o menos que lo definido.

Las características son las cualidades sobresalientes que sirven para distinguir a una persona o cosa de sus semejantes.” (SALVAT 2004, p. 2590) Por extensión se aplica este término al conjunto de factores o cualidades que son propias de un sujeto, hecho o circunstancia identificable por las mismas respecto de las demás.

En el ámbito jurídico es fundamental establecer las definiciones y características subsumidas en cada expresión, a fin de que la misma permita organizar un constructo integrador cuyas componentes sean sujeto de análisis y valoración.

#### 1. MATERNIDAD

De manera general, se ha definido a la maternidad como la relación que vincula a la madre con el hijo, al estado natural o jurídico de la madre o a la condición de madre. Si bien estas definiciones cumplen la función de identificar de manera inequívoca una situación, son insuficientes cuando se trata de describir el cúmulo de implicaciones que están subsumidas en el vocablo, pues el concepto de maternidad es una construcción simbólica relativizada por lo histórico y lo sociocultural con dimensiones subjetivas abordables desde la

psicología, más allá de la simple connotación biológica del que parten las definiciones comunes.

El concepto de maternidad es integrador pues aúna las características biológicas de la fertilidad con la reproducción –asociables a lo natural, a lo instintivo- con las cualidades propias de la condición humana como son la protección, el afecto, la conservación, el cuidado, la incondicionalidad y la potencialidad del sacrificio por el hijo, lo que a su vez genera un correlato entre éste y su progenitora. En este contexto, la maternidad deja de ser una función y pasa a ser una cualidad. En palabras de Silvia Tuber (TUBER, 1996 p. 17.) “... la maternidad no es puramente natural ni exclusivamente cultural; compromete tanto lo corporal como lo psíquico, consciente e inconsciente, participa de los registros real, imaginario, simbólico...”

### **1.1. Maternidad biológica**

En los diccionarios de términos jurídicos no se habla de maternidad biológica sino de maternidad natural. La maternidad natural –para los autores de esos tratados- se sustenta en la momentánea condición civil de la progenitora, pues este tipo de maternidad sería el “Vínculo genésico entre mujer no casada, al concebir, y su hijo, engendrado por quien tampoco estaba casado entonces.” (OSSORIO, 1986, p. 873).

Es más, con una soterrada idea discriminatoria que ha sido superada por la legislación actual, se agrega como primera acepción legal: “Por suposición legal benévola, el de igual carácter entre mujer no casada y su hijo, cuando no consta la cualidad del padre, posiblemente casado, lo que tornaría ilegítima o adulterina la filiación y la maternidad” (OSSORIO, 1986, p.873).

Para este trabajo, el concepto de maternidad biológica o maternidad plena implica al conjunto de situaciones que vive la mujer durante la época de gestación, nacimiento de la nueva persona, cuidados posteriores y atención y ayuda al recién nacido; es decir: concepción, embarazo, parto, crianza y

desarrollo, sin descuidar también la educación de la madre mucho antes de la gestación, en diferentes edades y épocas de su vida, en cuanto a la conservación adecuada de sus funciones generativas, para el mejor cumplimiento de su función biológica maternal.

## **1.2 Maternidad subrogada**

La subrogación es la “sustitución o colocación de una persona o cosa en lugar de otra” (CABANELLAS, p. 372) conforme dice su primera acepción. La maternidad subrogada es una forma contractual por la que una mujer asume el rol de gestante ya sea a título gratuito o a título oneroso (por pago), y es el resultado de los adelantos científicos y tecnológicos en el campo de la reproducción asistida, que trata de superar determinadas deficiencias biológicas de los progenitores, o de satisfacer aspiraciones de maternidad y paternidad sin las alteraciones propias de la gestación.

Cuando una mujer es infértil o estéril, pueden darse las siguientes posibilidades de maternidad subrogada:

- a) Cuando una mujer es estéril, pero su óvulo es apto para realizar la fecundación.
- b) Cuando una mujer es infértil, por lo que no puede gestar, pero su óvulo sirve para la fecundación.
- c) Cuando el óvulo de la mujer no es apto para la fecundación y por medio de una donadora de óvulo, solicita a otra mujer, o a la donadora, que gaste para que dé a luz un bebé.

Por motivos estéticos o de conveniencia, la maternidad subrogante puede ser:

- a) Cuando una mujer simplemente no quiere embarazarse, pero sí tener un hijo propio.

- b) Cuando la mujer ha muerto y, antes de morir deja un embrión congelado, producto de unir su óvulo y el espermatozoides de su marido mediante una fecundación in vitro.
- c) Cuando una pareja de homosexuales, o un solo hombre, hace que se insemine artificialmente a una mujer con espermatozoides de uno de los hombres de la pareja o del hombre solo.

Estas formas de subrogación de la maternidad dan origen a las siguientes modalidades de relación:

- a) Maternidad genética, es la de quien se convierte en donante de óvulos.
- b) Maternidad gestativa, cuando la mujer lleva adelante la gestación de un embrión a partir de un óvulo donado.

### **1.3 Maternidad legal**

Es la figura jurídica que se produce cuando la mujer asume frente al hijo los derechos y obligaciones inherentes a la maternidad sin que existan entre ellos vínculos biológicos, y esta vinculación se produce a través de la adopción, que es el acto jurídico de prohijar, es decir, “adoptar como hijo a quien no lo es naturalmente, con arreglo a los requisitos de fondo y forma de las leyes, allí donde se admite” (CABANELLAS, p. 372). El Código Civil ecuatoriano define a la adopción como “... institución en virtud de la cual una persona, llamada adoptante, adquiere los derechos y contrae las obligaciones de padre o madre, señalados en este Título, respecto de un menor de edad que se llama adoptado” (Código Civil, p. 59). El principal efecto jurídico de la adopción es que los adoptantes ejercen la patria potestad respecto del adoptado, por lo que la adopción está sujeta a reglas, condiciones y requisitos que se han ido perfeccionando desde su institucionalización en el derecho romano.

## **2. PATERNIDAD**

La Comisión Económica para América Latina CEPAL define como paternidad a “la relación que los hombres establecen con sus hijas e hijos en el marco de una práctica compleja en la que intervienen factores sociales y culturales, que además se transforman a lo largo del ciclo de vida. Esta definición supera la connotación netamente biológica de la procreación y se adentra en lo simbólico como construcción histórica y cultural, donde la paternidad está definida prioritariamente por su condición de productor y de ciudadano. En este contexto, la calidad de padre se adquiere por propia decisión del hombre antes que por evidencia biológica de engendramiento, situación radicalmente diferente en el caso de la madre.

### **2.1. Paternidad biológica**

La paternidad biológica se la define como la relación parental que resulta de la capacidad de engendramiento materializada en un nuevo ser, al que el engendrante prodiga las expresiones de cuidado y protección propias de la cultura en que se halla inmerso. Es importante destacar, en este contexto, que el simple engendramiento no es suficiente para definir la paternidad biológica, pues las atenciones y cuidados que brinda el progenitor están inmersas en esa capacidad, generando un conjunto de vínculos afectivos que le unen con el nuevo ser.

Por lo tanto, la paternidad biológica trasciende el instinto de reproducción y configura una relación que le hace identificable respecto de la nueva persona, que deriva hacia la responsabilidad que adquiere por la misma y que se consagra en la ley. Esta derivación es el resultado de la manifestación de la voluntad del engendrante, hecha mediante instituciones jurídicas como el matrimonio y la adopción, o proclamada y convalidada en el registro de la nueva persona ante el organismo correspondiente. Por eso, no cae en esta categoría de paternidad biológica los casos en los que el engendrante no tiene la voluntad de asumir su rol de padre, como es el caso de los donantes de

semen que, aunque genéticamente se vinculan con el nuevo ser, no asumen ninguno de los roles que la paternidad conlleva.

## **2.2. Paternidad legal**

La paternidad legal es el conjunto de vínculos afectivos, derechos y obligaciones que surgen como efecto del acto voluntario de reconocimiento del hijo por parte del padre, que se expresa en los efectos de la institución civil del matrimonio, donde el fin es la procreación y por lo tanto los hijos nacidos dentro de él se asumen como hijos del contrayente, o como efecto de la institución civil de la adopción.

Aún en los casos de reproducción asistida, examinados en el caso de la maternidad subrogada, la paternidad sigue siendo eminentemente voluntaria pues el donante de semen no adquiere ninguna responsabilidad con el uso de su donación, y por lo mismo, nada tiene que ver con su resultado aunque biológicamente ha desempeñado el papel de engendrante.

El reconocimiento del hijo por mandato de la ley que resulta de la aplicación del artículo 252 y siguientes del Código Civil ecuatoriano, no se puede confundir con el concepto de paternidad legal toda vez que el efecto jurídico de la declaración judicial de paternidad se limita al ámbito de los deberes y las responsabilidades, pero jamás puede generar los lazos afectivos del acto voluntario de reconocer en otra persona al hijo deseado o aspirado.

La paternidad legal tiene como efectos principales la filiación, la patria potestad y el derecho a heredar, instituciones que son resultado de una construcción histórica y cultural y que obedecen a un modo de producción definido.

### 3. FILIACIÓN

En el Diccionario de la Lengua Española (lemae, s.f.) consta como segunda acepción de la palabra filiación, la “procedencia de los hijos respecto a los padres”. Según, Enrique Russel Saavedra (s.f., p. 16). Manual de Derecho de Familia define a la filiación como: “El vínculo jurídico que une a un hijo con su padre o con su madre y que consiste en la relación de parentesco establecida por la ley entre un ascendiente y su inmediato descendiente, o sea, su descendiente en primer grado”. En el mismo contexto se inscribe esta otra definición: “La filiación es un derecho jurídico que existe entre dos personas donde una es descendiente de la otra sea por un hecho natural o por un acto jurídico.” (silec, 2014)

Estas definiciones son suficientes para entender el concepto de filiación, pues consideran que la filiación es el vínculo inmediato que se genera entre padres e hijos en el momento que nace el hijo o hija. A este tipo de filiación se la llama filiación natural. Existen casos en los que la mujer, el hombre o los dos sin haber concebido un hijo adopten uno, con lo que estaría ante la filiación legal.

La filiación es la descendencia que tiene el hijo de sus padres; no afecta si la procreación fue dentro del matrimonio, en unión de hecho o de relación de pareja no legalizada, pues en todo caso se genera la relación sanguínea entre padres e hijos.

Según el Código Civil del Ecuador (s.f.), respecto de la presunción de la concepción del niño o niña, establece la siguiente norma: “Art. 62.- De la fecha de nacimiento se colige la época de concepción, según la regla siguiente: Se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos de ciento ochenta días cabales, y no más de trescientos, contados hacia atrás, desde la media noche en que principie el día del nacimiento”.

Por su parte, el artículo 20 del Código de Niñez y Adolescencia manifiesta que todos los niños tienen el derecho de gozar de la vida que los padres han

creado, ofreciendo los cuidados necesarios de supervivencia y de crecimiento sin exponerlos a que se afecte su integridad.

El estado de concepción de una mujer se tiene conocimiento desde el momento que la madre ha confirmado por pruebas certeras, siendo este el primer paso para que los padres de la criatura estén obligados al reconocimiento voluntario de su hijo o hija, en el caso que la concepción se haya dado dentro del matrimonio entendiéndose que la pareja son los padres del niño o niña

El mismo caso ocurre cuando una pareja sin vínculo matrimonial ha tenido el ánimo o no de concebir una nueva vida, se puede producir el reconocimiento voluntario puesto que los padres por las circunstancias creen ser son los padres biológicos de hijo o hija por nacer, el reconocimiento voluntario también se puede configurar cuando la criatura se encuentre en el vientre maternos conforme el siguiente artículo.

“Los hijos nacidos fuera de matrimonio podrán ser reconocidos por sus padres o por uno de ellos, y, en este caso gozarán de los derechos establecidos en la Ley, respecto del padre o madre que les haya reconocido. Podrán también ser reconocidos los hijos que todavía están en el vientre de la madre (...)” (Código Civil del Ecuador, Art. 247).

Una vez que ha transcurrido la etapa de la presunción de la concepción, es importante señalar las diferentes formas de aplicación de reconocimiento voluntario que se determinan en el Código Civil ecuatoriano, identificándoles de la siguiente manera:

Se comprende la primera como el reconocimiento por escritura pública, o ante un juez y tres testigos, es decir el Juez es el encargado de dictaminar mediante sentencia la paternidad o maternidad en cuanto no se ha podido realizar de una manera natural; la segunda forma es la declaración personal en la inscripción del nacimiento o en el acta matrimonial de los padres, surge cuando ambos

padres tienen conocimiento de la concepción del niño o niña, sin que sea necesaria la sentencia de un juez, al ser un reconocimiento voluntario de las partes.

Este reconocimiento voluntario de los padres del niño o niña desde el momento que tiene conocimiento o desde el nacimiento tiene la cualidad de extender todos los derechos que le corresponden por descendencia de sus padres sin importar la configuración de la filiación (Código Civil del Ecuador, Art. 271 numeral 2).

Para perfeccionar un reconocimiento voluntario de los padres y como formalidad se configura la inscripción del niño o niña en la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cedulación con los nombres y apellidos paterno y materno, con lo que la voluntad queda plasmada en documentos públicos del reconocimiento de la paternidad y maternidad.

Se otorga también el reconocimiento de los hijos mediante declaración del Juez, puede producirse en los casos que los hijos han sido concebidos fuera del matrimonio o que los padres no se encuentran en la seguridad de la paternidad, tendiendo que someterse a pruebas para con ello el Juez determine mediante sentencia el reconocimiento en el caso que fuere necesario.

El tratadista Guillermo Cabanellas, en su enciclopedia jurídica define a la filiación como: "Acción o efecto de filiar, de tomar los datos personales de un individuo; entre los cuales figuran, por supuesto, de quién es hijo; y de ahí el origen latino de esta voz (filius)" (Cabanellas, 1981, p. 69).

Con la inscripción en el Registro Civil queda plasmada la identificación del niño o niña, que es uno de los derechos que tiene toda persona, conforme anota el artículo 35 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, que dice: "Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la identidad y a los elementos que

la constituyen, especialmente el nombre, nacionalidad y sus relaciones de familia, de conformidad con la ley”.

La identidad es un derecho de todas las personas desde el momento que nace sin que se pueda privar a nadie de la identidad y en el caso que se vulnere este derecho se debe sancionar al que lo hubiere privado. La Constitución del Ecuador consagra a la identidad personal como un derecho teniendo la libertad de seleccionar las especificaciones de su identidad como la nacionalidad y la procedencia familiar.

Cabe mencionar que es un derecho de los niños gozar de una identidad en nuestro país sin discriminación alguna. Los niños que no tengan padres o han sido abandonados, de igual manera se los inscribe identificando un nombre y apellido hasta el momento que sean adoptados o simplemente se los identificará con la primera identidad personal. Esta identidad queda plasmada en un documento identificador (cédula) expedido por autoridad competente, siendo deber de la misma “Otorgar a los ciudadanos de nacionalidad ecuatoriana por nacimiento o por naturalización y extranjeros residentes en el país, un documentos único que les identifique mediante la cédula de identidad y ciudadanía” (tramitesciudadanos, 2014). Ninguna persona puede privar a un niño de tener inscritos sus datos personales con el cual se lo reconocerá y se denominará ciudadano conforme lo establece el artículo 35 del Código de la Niñez y Adolescencia (Código de la Niñez y Adolescencia del Ecuador, Art. 35).

Algunos tratadistas enuncian la existencia de tres clases de filiación:

Se denomina a la primera clase como legítima, siendo la filiación común puesto que la concepción de los hijos se da dentro de un hogar legalmente conformado entre una mujer y un hombre teniendo el ánimo de concebirlos o no. Los padres del niño o niña al cumplir con la formalidad de ser marido y mujer ante las leyes, tienen como uno de sus objetivos la procreación de hijos para conformar una familia normal y estable dentro del matrimonio.

Según sostiene el ex catedrático de la Universidad Central y de la Universidad Católica del Ecuador Juan Larrea Holguín, “la filiación legítima se inicia desde el matrimonio principalmente por la Patria Potestad que los padres adquieren directamente por la afinidad que nace” (Larrea y Paez, 2009, pp. 85-88).

Como segunda clase se enuncia a la filiación natural, que es cuando los hijos son engendrados por padres que podían casarse en la época de la concepción o del parto, siendo los hijos que son engendrados por una mujer y un hombre dentro o fuera del matrimonio considerando que dentro de sus planes podrían contraer matrimonio en la época de la concepción o el parto.

La tercera clase de filiación es la ilegítima, que se produce cuando el padre y la madre de la criatura no haya concebido a la criatura de una manera lícita, siendo el caso de los hijos que han tenido fuera del matrimonio con una persona ajena.

Analizando las características que constituyen las clases de filiación, se verifica que en cada una de ellas se produce una filiación natural por el vínculo que se crea entre los hijos y el padre, sin embargo se las identifica con denominaciones distintas por las circunstancias en las que se produce la concepción y el nacimiento del niño o niña.

Existe un gran avance en la legislación ecuatoriana porque se ha eliminado la discriminación que se fomentaba entre un hijo legítimo e ilegítimo. La integridad del niño o niña se encontraba vulnerada a ser señalado tanto por la ley como por la sociedad como un hijo concebido fuera del matrimonio, sin considerar que los niños no deben asumir las responsabilidades de los padres, y no debe ser causa de malestar el no ser engendrado dentro del matrimonio, pues esta discriminación podía generar un trastorno emocional frente a la sociedad por ser reconocido como un hijo ilegítimo.

### 3.1. Filiación natural

La filiación natural trasciende desde la época del Derecho Romano se la comprende desde el momento que han procreado los padres del nuevo ser, sea dentro del matrimonio e incluso entre parejas fuera del matrimonio. Se los considera como un fenómeno natural por lo que la biología de los seres humanos tiene la capacidad de crear una vida voluntariamente y con ello crean derechos y obligaciones para un nuevo ser.

La filiación natural como la única prueba que se admite es el reconocimiento espontáneo de la madre (Cabanellas, 1981, pp. 69). La diferencia con el padre puede surgir por la falta de seguridad de la paternidad; esto hace la diferencia con las madres que son las que tienen el vínculo desde el momento de la concepción. Este tipo de filiación es la única que se puede probar por la línea sanguínea que une a los padres con la criatura, pues no tiene ningún tipo de afectación si la procreación se produjo dentro o fuera del matrimonio ya que es un vínculo natural y biológico que surge entre ellos, creando con ello derechos y obligaciones para ambas partes.

En el Código Civil del año 1912, se señalaba que se reconoce como hijo legítimo el que ha sido concebido dentro del matrimonio. De igual manera si ha transcurrido ciento ochenta días después del matrimonio entre el padre y la madre se sobrentiende y se lo considera que fue dentro del matrimonio. (Código Civil de Ecuador, 1912). Según este Código, el padre no se encontraba obligado a reconocer al hijo en el caso que pruebe su imposibilidad física en el tiempo que la madre haya concebido al niño o niña.

En el Ecuador, cuando no existe un reconocimiento voluntario por parte del padre, el hijo tiene la posibilidad de someterse a realizar un examen de ADN para confirmar la paternidad, con ello tiene la posibilidad de iniciar un proceso para que por medio de una sentencia sea reconocido y gozar de los derechos que por ley le corresponde.

La única forma que se puede determinar la filiación natural, es el reconocimiento voluntario de los padres, puesto que no se someten a ningún tipo de tratamiento para reconocer al niño. Es el acto voluntario y la prueba del reconocimiento del menor, por ende al dar el nombre y apellidos de los padres están transmitiendo los derechos y obligaciones que gozan el niño por nacer (Código de la Niñez y Adolescencia, Art. 36 numerales 1 y 2).

El autor Diego P. Fernández hace una notable apreciación referente a la filiación natural, determinando definiciones esenciales para una mayor comprensión:

"La filiación natural o consanguínea resulta del hecho de la procreación, de la cual resultan, para los progenitores y sus descendientes. Las relaciones de paternidad, maternidad, parentesco y el status de hijo, todas con fuertes efectos patrimoniales y personales, así como derechos sucesorios recíprocos" (Fernández, 2003 pp. 651).

El autor citado anteriormente hace referencia que una vez que los padres procrean a un nuevo ser, y por tal consecuencia lo reconocen por su grado de consanguinidad, crea todo tipo de efectos por la relación que existe entre padre y madre, e incluso es importante mencionar que adquiere los derechos sucesorios por ser descendencia de ellos. Una vez que es reconocido tiene todo el derecho de gozar de los derechos patrimoniales de los padres que han sido acreedores y que por muerte deja como consecuencia de esto bienes y patrimonio para sus herederos que en este caso resultan los hijos cuando han existido dentro del matrimonio.

Considerando la importancia del pensamiento establecido por el autor Diego P. Fernández acerca de los derechos de sucesión, toda vez que una de las consecuencias del vínculo entre hijo y padres son adquirir derechos desde que el nasciturus se encuentra dentro del vientre y gozara en todo momento hasta el perfeccionamiento que se constituye con el nacimiento que es el principio de la existencia del nuevo ser.

Según lo que establece el artículo 196 del Código Civil del año 1912 se puede determinar que no solo los hijos que han sido concebidos dentro del matrimonio son legítimos: “Son también hijos legítimos los concebidos fuera del matrimonio y legitimado por el que posteriormente contraen sus padres según las reglas y bajo las condiciones que van a expresarse” (Código Civil del Ecuador, 1912).

Es trascendente tener conocimiento que desde años atrás ha surgido una protección a los hijos que se encuentren dentro del matrimonio y del mismo modo a los que han sido concebidos fuera de él, ya que el niño tiene el derecho a ser reconocido por sus padres, gozar de todos los derechos que le corresponden y uno de ellos y el más importantes es obtener el apellido del padre y madre que los llevaran a tener el reconocimiento de ambos y complacerse de los que le corresponde.

El reconocimiento al ser un acto voluntario de los padres del hijo legítimo, contraen ciertas obligaciones para con el hijo, por ejemplo una vez que el reconocimiento ha reunido todas las formalidades, la madre y el padre se encuentran en la obligación de dar cuidado y protección al niño o niña, esto conlleva al cuidado personal de la crianza, a la educación (Código Civil, 1992, Art. 215).

Años atrás no era obligación del padre reconocer a los hijos que han tenido fuera del matrimonio, sin embargo en la actualidad eso ha cambiado por el derecho de los niños a ser reconocido y por el tema de la pensión de alimentos que deben reconocer. Este es un punto preocupante porque se puede considerar como discriminación o la falta de voluntad del acto de no reconocer a su propio hijo y limitarlo de lo que le corresponde por ley y por el vínculo que se crea entre padre e hijo.

Es una garantía constitucional de toda persona el ser reconocido y tener un nombre y apellido, no ser discriminado por ningún motivo y adquirir los mismos derechos que otros tengan.

“Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la identidad y a los elementos que la constituyen, especialmente el nombre, nacionalidad y sus relaciones de familia, de conformidad con la ley.

Es obligación del Estado preservar la identidad de los niños; niñas y adolescentes y sancionar a los responsables de la alteración, sustitución o privación de este derecho” (Código de la Niñez y Adolescencia, Art. 33).

Si ocurriera que el vínculo matrimonial se ha disuelto y durante este tiempo se ha dado la concepción de un nuevo ser, el padre no se encuentra obligado a reconocer al hijo como suyo (Código Civil 1912. Art. 185). En la actualidad no ocurre lo que se determina en lo anteriormente señalado, ha sido una de las reformas que se ha implementado en la actualidad, puesto que las leyes antiguas establecían que los padres no se encontraban en la obligación de reconocer a los hijos, pero ahora son obligados a reconocer y a pasar una pensión para la subsistencia básica del niño o niña. Además, con los avances tecnológicos se puede determinar de una manera inmediata la paternidad para que el padre de la criatura lo reconozca como suyo.

Garantizando los derechos del niño por nacer, (Código Civil 1912. Art. 193 y 194), si el padre ha muerto y la madre tiene conocimiento de la concepción, ella se encuentra en el derecho de notificar a los familiares del padre que ha fallecido, para que con ello el hijo sea el sucesor de los bienes que el padre ha dejado, y asignare lo necesario para la subsistencia del niño y para los gastos que implica el parto. En el caso que los parientes del difunto hayan asignado cierta cantidad de bienes, la madre no se encuentra en la obligación de restituir en el caso que el niño o niña ha nacido muerto.

Solamente se encuentra obligada si se probare que la madre ha actuado de mala fe haciendo creer que se encuentra en estado de concepción o que sea el padre otro persona y que el hijo sea ilegítimo, por la mala actuación de la madre para beneficiarse de algo que no le corresponde, los familiares del

difunto tienen el derecho de que se les restituya lo que le correspondía al padre.

### **3.2. Filiación por adopción**

Esta clase de filiación no se la considera natural sino se configuraría como una filiación legal, surge efectivamente por la voluntad de la pareja de tener como hijo a un niño o niña por medio de la adopción otorgándole los mismos derechos, permitiéndoles a los padres cumplir con su expectativa.

Para entender claramente el concepto de adoptar y adopción, se hace referencia de definiciones para el entendimiento de la presente clase de filiación, de acuerdo al Diccionario Jurídico Elemental de Guillermo Cabanellas Torres, se establecen las siguientes definiciones: “La adopción se la define como el acto por el cual se recibe como hijo nuestro, con autoridad real o judicial, a quien lo es de otro por naturaleza”, “La adopción constituye un sistema de crear artificialmente la patria potestad”. Así como define adoptar: “Prohijar, aceptar como hijo a quien no lo es naturalmente, con arreglo a los requisitos de fondo y forma de las leyes, allí donde se admite. Aceptar, aprobar una doctrina, un dictamen, una opinión” (Cabanellas, 2006, pp. 26).

Por lo tanto, se entiende a la filiación por adopción como el ánimo que tiene la pareja para tomar por adopción un niño o niña proporcionándoles todo el amor de padres y derechos que surge como si fuese un hijo natural, teniendo además como objetivo incorporarlo al núcleo familiar brindando lo que le corresponde como un hijo o hija que ha sido concebido biológicamente.

La filiación por adopción es otra alternativa para la formación de una familia, conllevan efectos jurídicos, puesto que al realizar el acuerdo por el cual uno de los individuos desea incorporar un nuevo miembro a la familia teniendo como resultado la adopción y adquiere los derechos sobre él.

Cuando un hombre y una mujer han decidido unir sus vidas conforme las solemnidades que configura un matrimonio ante las leyes ecuatorianas, principalmente surge con el ánimo de vivir juntos, procrear y formar una familia, pero existen casos que no pueden concebir uno de los cónyuges y es por esta razón buscan alternativas para tener el núcleo de la familia que es un hijo.

Nace por medio de estas opciones la filiación legal, toda vez que debe ser declarada judicialmente la relación y el reconocimiento que debe efectuarse eliminando cualquier tipo de confusión que pueda prevalecer por el hecho de no ser de una manera natural.

Cabe mencionar en este punto, que tanto una pareja como un niño que se encuentra para adopción anhelan tener un hogar establecido que goce del amor y de los beneficios que conlleva tener una familia unida, incluso si la pareja tiene toda la voluntad de adoptar y hacerle sentir como si fuera su hijo biológico ofreciéndole los mismos derechos que le corresponden.

La adopción al ser un acto voluntario de una o dos personas, debe ser reconocido por sentencia toda vez que es un nuevo individuo que debe tomar el nombre de los padres adoptivos y a su vez ser reconocido en todos los derechos que sus nuevos padres lo transmiten y deben ser incorporados dentro de la familia.

Tomando en consideración lo que el Dr. Juan Larrea Holguín señala en su libro de Derecho Civil del Ecuador: “La adopción es una institución injertada en el Derecho de la Familia con el fin de complementar o sustituirla y da origen a problemas semejantes de filiación legítima o ilegítima, según los casos.” (Larrea y Paez, 2009, pp. 90) la adopción tiene la misma importancia para una pareja que deba acudir a esta clase de filiación por las circunstancias en las que se encuentran inmersos, por lo tanto la ley proporciona una licencia por adopción por 15 días a los padres desde el momento que los entregan formalmente al niño (Código de Trabajo, Art. innumerado siguiente del Art. 152).

### 3.3. Filiación por reproducción asistida

“Se define a la reproducción asistida como las técnicas que se utilizan para realizar la inseminación artificial teniendo como consecuencia la filiación artificial” (Cabanellas, 1981, pp. 69).

La autora Maricruz Gómez de la Torre Vargas señala una breve historia de cómo comienza el análisis de la concepción de una mujer por la inseminación artificial.

“En 1920 se empieza a analizar el espermatozoides y en la década de los 40 se instalan en Estados Unidos los bancos de semen, pero durante la guerra de Corea que se afianza esta práctica. Muchas mujeres de combatientes norteamericanos van a ser inseminadas con el semen de sus maridos, lo que constituye un nuevo fenómeno que deja de ser una simple experiencia de laboratorio para pasar a ser un importante fenómeno social con repercusiones en el Derecho de Familia” (Gómez, 1993, pp. 12).

La aplicación de la inseminación artificial en los seres humanos, “advertía García Cantero, subvierte totalmente las bases biológicas del Derecho Civil de filiación, según las cuales la procreación presupone la unión física entre un hombre y una mujer” (García, 1972, pp. 309-324).

En la cita de la autora Gómez indica claramente cómo surgió el estudio para realizar las inseminaciones artificiales, creando la posibilidad de crear una familia con la ayuda científica. Sin embargo, es necesario poner énfasis sobre la nueva vida, es decir los padres deben reconocer al nuevo niño o niña porque usaron de aquellos medios para hacerlo efectivo.

Cuando existe la unión de una pareja por matrimonio y por las circunstancias biológicas de uno de los cónyuges impidiéndoles procrear un ser, existen medios que les permite ser padres sin tener un contacto físico para serlo.

En la actualidad gracias a los avances tecnológicos en el mundo, se han podido incorporar técnicas de reproducción asistida debidamente certificadas y con las seguridades indispensables para las parejas que tienen inconvenientes en el momento de la concepción.

La reproducción asistida puede ser de distintas maneras, la primera puede ser inseminación artificial con las espermias de su cónyuge, es decir aunque no sea de una manera natural el hijo gozaría de la misma línea sanguínea de sus padres sin realizar ninguna discriminación por la legislación, teniendo como resultado un feto de esta reproducción asistida el feto ingresa a la protección del ordenamiento jurídico como cualquier concepción natural.

Un niño que nace por un método artificial adquiere los mismos derechos que un niño o niña creados bajo la unión física de los padres. Deben ser considerados y tratados de la misma manera sin ningún tipo de distinción.

Tanto la madre como el padre tienen el derecho a procrear, esto se relaciona con el derecho a la vida, la integridad física y a la libertad de tener la oportunidad de convertirse en padres aunque uno de ellas no se encuentre en la posibilidad para poder procrear. Es por ello que es indispensable que exista la protección de nuestras leyes a la reproducción asistida, y, que los padres proporcionen de igual manera todos los derechos que son beneficiarios los niños desde el momento que son concebidos de una manera natural o asistida.

La reproducción asistida puede considerarse como un tema polémico dentro del Derecho Civil, puesto que pueden surgir confusiones respecto a las técnicas que se utilizan para realizar una concepción artificial, siendo el primer problema el eliminar la filiación que existe entre el hijo que fue inseminado y el donante de la esperma en el caso que se hubiese necesitado de un donante, el otro caso si la esposa o el esposo se encuentran de acuerdo con la utilización de técnicas para realizar la concepción pudiendo impugnar la filiación matrimonial del hijo que nazca como consecuencia de ella según la teoría del autor Francisco Javier Jiménez Muñoz. (Jiménez, 2012, pp. 61).

## CAPÍTULO II

### 2. PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD Y PATERNIDAD

#### 1. PROTECCIÓN EN LA CONSTITUCIÓN

##### 1.1. Evolución constitucional de la protección

En el año de 1929 en la Constitución de la República inicia los derechos sociales determinando en el artículo 151 numeral 18 el amparo al trabajo y la libertad. “El Estado protegerá, especialmente al obrero y al campesino, y legislará para que los principios de justicia se realicen en el orden de la vida económica, asegurando a todos un mínimo de bienestar, compatible con la igualdad humana”.

Esto conlleva a una organización en el campo laboral para no tener un abuso en el trabajo, por lo tanto se aplica jornadas de trabajo, salario mínimo que debe ser justo, el descanso obligatorio y los seguros y beneficios en generales que tienen como derecho. También hace referencia de las indemnizaciones que debes ser ejecutada cuando exista algún tipo de controversias, pudiendo ser por trabajo.

Continuando con la evolución de la Constitución del año 1945, entre en vigencia la protección de los contratos colectivo, como también el derecho a no renuncia de los derechos laborales que adquieren los trabajadores; desde esta época nace el principio de a trabajo igual corresponde un salario igual, es decir se elimina cualquier desigualdad y un salario justo, como punto importante es la jornada laboral para que no exista una sobreexplotación en los lugares de trabajo, fijando un horario de ocho horas diarias y cuarenta horas a las semanas teniendo dos días de descanso, si superaren la jornada se considera como adicional debiendo el empleador pagar un recargo por el tiempo extra.

En este mismo texto constitucional, se prohíbe el despido de un trabajador injustificadamente, de igual manera se crea el amparo para la estabilidad laboral y la protección a la mujer en estado de gestación, estableciendo la seguridad social como un beneficio obligatorio, la jubilación patronal como también gozar de las utilidades anuales de la empresa.

En el año de 1946 instaura el porcentaje que debe ser repartido para los trabajadores por concepto de utilidades siendo este el 5%. Se elimina sin ningún motivo la estabilidad para la mujer embarazada y la prohibición de despido. En 1947 hablan sobre la intangibilidad de los derechos laborales, asegurando la libertad de realizar organizaciones sindicales y el reconocimiento de huelgas de los servidores públicos.

Reformando la constitución en el año de 1984, se eliminan algunas garantías constitucionales que protegían al trabajador, tales como el salario básico, el amparo a la mujer embarazada, la jornada laboral, las organizaciones sindicales y la huelga.

En la constitución de 1998 en el artículo 39 define que el Estado es el encargado de garantizar la maternidad y paternidad, teniendo los padres la libertad de decidir el número de hijos y en el caso que no puedan procrearlos naturalmente tienen el consentimiento de adoptar. Además, se incorpora el seguro general siendo obligación del empleador de asegurar a sus trabajadoras para que puedan hacer uso de los beneficios de salud y de subsidio.

Actualmente tenemos en vigencia la constitución del año 2008 en la cual se ha convertido la de mayor garantía para los ciudadanos incluyendo la protección al trabajo y la no discriminación. El principal rol del estado es promover la maternidad segura y la paternidad, responsabilizando el crecimiento de sus hijos, también protege los derechos de los niños y niñas.

Existe un avance en la constitución vigente para la protección de las madres porque no solo se preocupan por la reproducción, sino también de la crianza de

los hijos o hijas, un gran avance es la extensión del periodo de lactancia que ahora es por doce meses. Otro punto importante que cabe mencionar, es que el estado promueve al libre trabajo eliminando cualquier tipo de discriminación que pueda surgir por parte del empleador, todos los ciudadanos son iguales ante la ley y no pueden ser discriminados por raza, color, sexo o en cualquier estado de condición que se encuentre.

## **1.2. La protección en la constitución actual**

La Constitución de la República del Ecuador, al ser la norma máxima es la encargada de garantizar el amparo necesario para las mujeres que se encuentran en estado de gestación. En el artículo 43. Establece lo siguiente referente a las mujeres embarazada:

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, Art. 43).

El artículo mencionado, es claro y preciso, sin embargo se palpa la discriminación que aún existe en el ámbito laboral en el Ecuador, los empleadores prescinden de la contratación de una mujer por su capacidad reproductiva, e incluso cuando se encuentran en estado de gestación no son contratadas.

La discriminación, lamentablemente es un problema que existe a nivel mundial, las leyes no bastan para eliminar esta problemática social. Los seres humanos somos los encargados de incrementar la distinción entre el género masculino y femenino, nosotros nos encontramos en la obligación de buscar medios para eliminarla. Se ha convertido en un vicio que no se puede detener, es devastador encontrarnos aun inmersas las mujeres dentro del rechazo que los empleadores tienen por la capacidad reproductiva.

Se ha palpado el abuso y la discriminación que existe por parte de los empleadores, considerando un problema para su negocio cuando una mujer queda embarazada. Es verdad, la ley protege en cierto punto a la mujer trabajadora en estado de gestación, pero el amparo no es el cien por ciento, puesto que deja la posibilidad al empleador de continuar con la contratación de la mujer embarazada o no. Existe una indemnización adicional, pero no existe una estabilidad laboral que la mujer necesita.

La indemnización adicional que la ley concede al empleador para prescindir de los servicios de la mujer embarazada, no cubre todas las necesidades que un hogar y su familia necesita para su sustento, pero si es indispensable tener la seguridad que la trabajadora mantendrá su lugar de trabajo así se encuentre en estado de gestación o en su periodo de lactancia.

Un considerable número de empleadores se encuentran en la capacidad de indemnizar a una mujer en estado de gestación, no dudan en hacerlo, también existen empleadores que esperan el momento que la madre se reincorpore del periodo de maternidad para prescindir de sus servicios durante la lactancia, claramente porque no deben indemnizarla como a una mujer embarazada con la indemnización adicional.

Supuestamente existe aún la protección a la mujer cuando se encuentra en estado de lactancia, sin duda los empleadores no respetan lo que nuestra legislación señala y velan solamente por sus intereses.

Por lo expuesto, fundamento en el artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador en el que se refiere a los principios de aplicación de los derechos:

*“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, VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier 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”* (Constitución de la República del Ecuador, Art. 11 numeral 2).

La ley es clara, y no se exime a las personas que no tienen conocimiento de la misma. La condición femenina ha sido la causa de toda época para tener un obstáculo en la incorporación de la mujer al acceso libre a un lugar trabajo, continúan algunos empleadores del sector privado causando el malestar de la discriminación hacia la mujer, evitando de cualquier manera la superación limitando el acceso a un empleo y a su vez poder explotar su nivel intelectual y la falta de apoyo para obtener un ingreso independiente al de su esposo para aportar hogar y a las necesidades familiares.

Cabe mencionar, no todas las mujeres son madres dentro de un hogar, sino que, siendo madres solteras se encuentran en la obligación de velar por el futuro del niño o niña por nacer sin que les falte principalmente el alimento y los cuidados que necesita un recién nacido.

Cerrando las oportunidades o eliminando la estabilidad que puede tener una madre soltera, acarrea consecuencias para el niño o niña puesto que la

estabilidad económica que adquiriría la madre para el sustento de su hijo o hija ha sido limitada.

La desigualdad entre hombres y mujeres en el reparto de responsabilidades domésticas y del cuidado familiar influye en la diferencia de oportunidades laborales. Todavía domina dentro de los ambientes empresariales la creencia que las mujeres se entregan menos a su trabajo remunerado porque tienen que cumplir con las obligaciones familiares, prevalece la mentalidad social que las mujeres deben hacer frente a mayores obligaciones domésticas y cuidado familiar porque se dedican menos al trabajo remunerado (Alberdi, Escario, 2007, pp. 25).

Las aspiraciones de las mujeres son iguales o superiores a los hombres, pero es evidente la desigualdad que existe para las contrataciones de las mujeres, son trabas que ponen a las mujeres sin darles la oportunidad de conseguir un empleo fijo y a su vez seguir con el rol de madre de familia.

La vida familiar y la vida laboral conllevan una equiparación, es decir los hombres en la actualidad sienten un equilibrio en el tema económico porque saben que en el futuro cuando decida iniciar un matrimonio sabe que no será el único que aporte en el hogar, puesto que las mujeres han ido tomando su camino para ser incluidas en las empresas tendiendo su independencia económica y así poder aportar en el hogar. En la actualidad se ha eliminado poco a poco el tradicional pensamiento de la humanidad que los hombres son el que aporta económicamente en el hogar y las mujeres se dedican a la labor doméstica.

El nivel educativo de las mujeres ha incrementado considerablemente, permitiéndoles tener una perspectiva diferente en su futuro, tener la ambición de explotar su nivel intelectual en un empleo y como compensación a ello ser remunerada. Es un crecimiento para la mujer y para el hogar en sí, puesto que no solo ocupa su tiempo en labores del hogar, sino también, dedican su tiempo en el tiempo de trabajo.

## **2. La protección en los instrumentos internacionales de derechos humanos**

### **2.1. Declaración universal de los derechos humanos**

La Declaración Universal de los Derechos Humanos entró en vigencia por decisión de la Asamblea General mediante la resolución 217 a (III), con fecha 10 de diciembre de 1948.

El objetivo de la presente, es determinar el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de los miembros de la familia humana.

Los derechos humanos, han sido vulnerados por falta de conocimiento de la sociedad, como consecuencia han existido actos de crueldad en contra de la psicología de la humanidad; es por ello, cuando exista una violación a los derechos humanos podemos hacerlos respetarlos con toda la libertad que como sociedad nos corresponde, considerando que los derechos humanos deben ser protegidos por un sistema de derecho para eliminar todo tipo de abuso.

*“Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombre y mujeres; y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto amplio de libertad: los Estados miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre (...)”* (Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948).

En conclusión, La Asamblea General expide la Declaración de Derechos Humanos, con el objetivo de promover, concienciar y enseñar el respeto de los

derechos humanos asegurando la libertad de la aplicación de ésta dentro de los Estados Miembros.

Con el breve análisis realizado de la Declaración de Derechos humanos, concluimos que su preocupación por los derechos de las personas es principalmente sobre el derecho a la vida, la libertad y seguridad de cada individuo. La mujer al tener la capacidad reproductiva, es la encargada de asegurar la vida de niño o niña por nacer, si la madre se encuentra en un estado de desesperación o presionada por tercero, tiene la protección de la ley que no las desampara.

En el caso que hayan sido objetos de una violación de sus derechos, tienen la facultad de exigir por infracción acudiendo a tribunales nacionales competente, los cuales han sido reconocidos por la Constitución. Es decir, con este soporte ahora pueden hacer válidos sus derechos sin tener limitaciones.

Referente a la maternidad, en el momento que se constituye una familia entre un hombre y una mujer, requieren de ciertas necesidades para el sustento de su hogar, uno de estos soportes indispensables es la estabilidad laboral para poder brindar a su familia la vivienda, alimentación, vestimenta siendo estas necesidades básicas para su subsistencia.

La mujer cuando se encuentra en estado de embarazo, requiere de cuidados especiales para mantener un embarazo seguro y cuidar a su hijo o hija que está dentro de su vientre, por lo tanto es obligación de la madre hacer uso del seguro social y de asistencia médica para tener un control de toda su gestación.

## **2.2. Organización internacional del trabajo**

La Organización Internacional de Trabajo conocida como la OIT, es la encargada de promover el empleo y proteger a la personas, siendo su objetivo principal el promover los derechos laborales, fomentar oportunidades de un

trabajo decente, mejorando la protección social y fortalecer el diálogo al abordar temas relacionadas con el trabajo.

La OIT fue fundada en 1919, después de una guerra destructiva, basada en una visión según la cual una paz duradera y universal solo puede ser alcanzada cuando ésta fundamentada en el trato decente de los trabajadores. (La OIT, s.f.).

El Programa Mundial de Investigación de la OIT, es la encargada de buscar estrategias para el mejoramiento del empleo a nivel mundial, como también tener un desarrollo en la economía tratando de eliminar la crisis financiera que existe en los países. Comprende cuatro puntos principales para ejecutarse éste programa, siendo estos:

1. “Empleo y calidad de los puestos de trabajo;
  2. Retorno de las inversiones en seguridad social;
  3. Desigualdad, inestabilidad y empleo, y;
  4. Normas internacionales del trabajo y globalización socialmente inclusiva”.
- (La OIT, s.f.).

Uno de los objetivos que plantea la OIT es la igualdad de género, puesto que tanto género masculino como el femenino son iguales y deben tener las mismas oportunidades. La Organización considera que: “se trata de un derecho fundamental, esencial para alcanzar el objetivo mundial de trabajo decente para todos.(La OIT, s.f.).

Dentro de las políticas de la OIT, promueve dos puntos:

1. “Analizar y tratar en forma sistemática las necesidades específicas de hombre y ,mujeres en todas las iniciativas que se lleven a cabo:

Realizar intervenciones dirigidas a grupos específicos con el fin de lograr la participación tanto de mujeres como de hombres, y para conseguir que se beneficien por igual de los esfuerzos por alcanzar el desarrollo” (La OIT, s.f.).

Es importante que la OIT incorpore en sus objetivos a la igualdad de género, puesto que existe desigualdad entre los hombres y las mujeres; ambos sexos tienen la misma capacidad para desempeñarse y desarrollarse dentro de un mismo trabajo, con la misma carga de trabajo y con una remuneración igual y justa, no se justifica que las mujeres no perciban una remuneración similar a las que perciben los hombres.

Se debe tomar en cuenta, hasta el momento las mujeres no han podido ser inmersas en la totalidad en el campo laboral, por el sin número de obstáculos que se les presenta, siendo el más importante su capacidad de reproducción, ciertas empresas consideran que deben permanecer en los hogares, impidiéndoles incorporarse a un lugar de trabajo.

La sociedad es responsable que no exista una igualdad de género, considerando que en algunos países e incluso en el Ecuador, existe aún el androcentrismo implicando aun la diferenciación entre los hombres y mujeres porque aun se toma como modelo de toda actividad al género masculino.

Existen personas, que no pueden admitir que la mujer sea una persona que produzca económicamente, muchas veces con una remuneración superior al de los hombres, hoy por hoy la realidad es diferente por los cambios que se están produciendo en la sociedad y en las normas de protección incluyendo la eliminación de cualquier discriminación y obstáculo para ellas.

Para la Organización Internacional de Trabajo (OIT), su constante preocupación es relacionado con la protección a la maternidad en lo que se refiere, “La constitución de una familia es un objetivo muypreciado por muchos trabajadores. Sin embargo, el embarazo y la maternidad son épocas de particular vulnerabilidad para las trabajadoras y sus familias. Las embarazadas y las madres en período de lactancia requieren una especial protección para

evitar daños a su salud o a la de sus hijos, y necesitan un tiempo adecuado para dar a luz, para su recuperación y para la lactancia” (La OIT, s.f.).

Por el estado de una mujer embarazada ocurren casos de vulnerabilidad e inestabilidad en la selección de su lugar de trabajo porque requieren de un amparo especial por parte de sus empleadores para tener libertad y un equilibrio en la trayectoria de su gestación. Lamentablemente continúan las trabas en la contratación de la mujer por todas las necesidades especiales que conlleva tenerlas en un establecimiento.

Una mujer embarazada debe tener un embarazo tranquilo libre de cualquier tipo de preocupación que puede afectar a la madre y al niño o niña que se encuentra dentro de su vientre, lastimosamente un porcentaje alto de las mujeres temen quedarse embarazadas cuando se encuentran prestando sus servicios bajo la dependencia de un empleador, ya que nadie les puede asegurar su estabilidad laboral cuando la trabajadora notifica al empleador su embarazo.

### **2.3. Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación**

En el presente convenio se plasma específicamente artículos en los cuales se determinan consecuencia de discriminación que serán sancionadas en el caso que se vulneren derechos.

La discriminación hacia la mujer persiste en el mundo por su condición física y natural de reproducción, es por ello que han considerado oportuno dictar convenios que plasmen los actos de discriminación que serán sancionados.

En el artículo 1 comprende todo lo que conlleva la expresión de discriminación:

La expresión discriminación con la mujer *“denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de*

su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera” (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1981, Art.1).

El género masculino como el femenino mantienen un mismo nivel, principalmente en los derechos que les corresponde y en el campo laboral, teniendo como objetivo una justa remuneración siendo equitativa para los hombres y mujeres, libertad de contratación y ser contratado por su capacidad intelectual, sin tener ningún impedimento para ser contratado en este caso por estado natural.

Los Estados deben combatir con la discriminación hacia la mujer, incorporando políticas que sancionen consiguiendo eliminar la diferenciación del género femenino con el masculino , principalmente señalar en sus normas un principio de igualdad que tome fuerza para hacer efectivas las garantías constitucionales, el principio de igualdad se consagra nuestra constitución sin ser respetada aunque lo establezca nuestra carta magna.

Adicionalmente, incorporar sanciones a las personas que vulneren el derecho de igualdad, en el caso que exista una discriminación sea sancionado. Es lamentable que se incorporen sanciones porque las personas por su propia voluntad no respeta, pero es necesario para que de alguna forma tomen en cuenta y lo apliquen.

De igual manera, es indispensable que el Estado promueva las oportunidades de estudios para las mujeres y para los hombres, impulsando a las mujeres que accedan a las Universidades para conseguir una profesión que les permita incorporarse a un lugar de trabajo para así ser parte de una economía productiva dentro de la sociedad y el ámbito laboral.

No se permite que se cierren las puertas por raza, sexo o color, considero que la capacidad de cada persona es la que hace uno de su futuro como profesional, y cerrando las puertas obstaculizando la oportunidad de su crecimiento como persona y como profesional.

Es necesario establecer el artículo 11, porque se encuentra plasmada la eliminación de la discriminación en contra de la mujer en los empleos a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, 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 de cuestiones de empleo” (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1981, Art.11).

Tener la libertad de acceso a un trabajo anhelado por un hombre o una mujer, obteniendo oportunidades para su desarrollo.

- 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 al acceso a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional y el adiestramiento periódico” (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1981, Art. 11).

Cada ser humano tiene una afinidad con la profesión a escoger, nadie puede obligarlos, son capaces de elegir libremente en el campo que deseen crecer como profesionales.

- 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 de trabajo” (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1981, Art. 11).

Consideramos especial el literal d, puesto que existe una desigualdad en lo referente a la remuneración, porque los hombres siempre perciben una mejor remuneración que una mujer y manteniendo el mismo cargo.

En el caso del igual trato, viene la contradicción porque suele ocurrir que con las mujeres tienen mayores consideraciones que con los hombres.

- 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” (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1981, Art. 11).

En el Ecuador todas las personas se encuentran en la obligación de ser afiliados al Seguro Social, sean trabajadores dependientes o independiente e incluso las personas pueden afiliarse voluntariamente. Es un beneficio que puede acceder a la atención médica, jubilación, desempleo entre otras consiguiendo un amparo en cualquier circunstancia que necesite acceder al Seguro.

- 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 de estado civil” (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1981, Art. 11 literal a).

Dentro de este convenio habla sobre sancionar el despido, mientras en nuestra legislación se contempla la opción de dar por terminado el contrato de una mujer embarazada solo con el pago de una indemnización adicional más no con otro tipo de sanción.

Implementando una sanción para los empleadores creeríamos que es la única forma para que no atener contra el derecho al trabajo de la mujer trabajadora y gestante, estableciendo con esto un apoyo a la estabilidad laboral.

- b. “Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales” (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1981, Art. 11 literal b).

Se concede a las mujeres después del parto un tiempo de descanso, durante este tiempo gozarán de su remuneración mensual y de todos los beneficios adquiridos.

En el Ecuador el periodo de maternidad es por noventa días, el empleador cubre el 25 % de su remuneración y el IESS es el encargado de dar el subsidio de 75% para completar el 100% de la remuneración mensual. Si bien es un beneficio adquirido, no se considera una seguridad laboral para la mujer porque puede o no ser parte de despido.

#### **2.4. Convenio 102. Organización internacional de trabajo, de 28 de junio de 1952, sobre la norma mínima de la seguridad social**

### **PRESTACIÓN DE MATERNIDAD**

#### **Artículo 46.**

“Todo Miembro para el cual esté en vigor esta parte del Convenio deberá garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones de

maternidad, de conformidad con los artículos siguientes” (Convenio 102 de Organización Internacional de Trabajo, 1952, Art. 1).

**Artículo 47.**

“La contingencia cubierta deberá comprender el embarazo, el parto y sus consecuencias, y la suspensión de ganancias, resultante de los mismos, según la defina la legislación nacional” (Convenio 102 de Organización Internacional de Trabajo, 1952, Art. 2).

Las mujeres trabajadoras que se encuentran bajo la dependencia de un empleador, tienen el derecho de ser afiliadas en el Ecuador en el seguro social, siendo este el encargado de cubrir los servicios necesarios de la madre, durante el embarazo el parto y el post-parto. En concordancia con los artículos 332 de la Constitución del Ecuador, que dice: “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.” y los artículos 2 y 105 de la Ley de Seguridad Social que dicen: “Art. 2.- Son sujetos "obligados a solicitar la protección" del Seguro General Obligatorio, en calidad de afiliados, todas las personas que perciben ingresos por la ejecución de una obra o la prestación de un servicio físico o intelectual, con relación laboral o sin ella;”

“Art. 105.- En caso de maternidad, la asegurada tendrá derecho a: a. La asistencia médica y obstétrica necesaria durante el embarazo, parto y puerperio, cualquiera sea la calificación de riesgo del embarazo; b. Un subsidio monetario, durante el período de descanso por maternidad, en el caso de la mujer trabajadora; y, c. La asistencia médica preventiva y curativa del hijo, con inclusión de la prestación farmacológica y quirúrgica, durante el primer año de vida, sin perjuicio de la prestación de salud hasta los dieciocho (18) años de edad.”

En lo que respecta al embarazo, parto y sus consecuencias, las prestaciones médicas de maternidad deberán comprender la asistencia médica, señalando los artículos 2 y 3 del presente artículo;

2. La asistencia médica deberá comprender por lo menos:

La asistencia prenatal, la asistencia durante el parto y la asistencia puerperal prestada por un médico o por una comadrona diplomada, y la hospitalización, cuando fuere necesaria.

3. La asistencia médica mencionada en el párrafo 2 de este artículo tendrá por objeto conservar, restablecer y mejorar la salud de la mujer protegida, así como su aptitud para el trabajo y para hacer frente a sus necesidades personales

Respecto al convenio de la OIT, poniendo énfasis en los artículos mencionados, es importante en lo que establece cada punto de los artículos, puesto que teniendo el soporte de Organizaciones Internacionales en lo referente al cuidado y necesidades de las mujeres trabajadoras durante su estado de gestación, la protección que les brindan no solamente la Constitución del Ecuador, sino también, los Tratados y Convenios Internacionales que dan soporte en lo que constituye la protección y la estabilidad a las madres, sin descuidar que “La trabajadora que no estuviere afiliada al IESS, puede reclamar el 100% de su remuneración que ha estado percibiendo la que será inembargable” (Trujillo, 2008, pp. 287)

## **2.5. Convenio c109 sobre la protección de la maternidad 2000**

### **Artículo 1.**

“El termino mujer se aplica a toda persona de sexo femenino, sin ninguna discriminación, y el término hijo a todo hijo, sin ninguna discriminación” (Convenio Sobre la Protección de la Maternidad, 2000, Art. 1).

No importa raza, sexo ni color, todos los niños nacidos no pueden ser discriminados por ninguna circunstancia.

La discriminación se configura cuando se quiere apartar de la sociedad a una persona impidiéndole hacer uso de sus derechos que le corresponden como ciudadano ecuatoriano.

### **Artículo 2.**

1. “El presente convenio se aplica a todas las mujeres empleadas, incluidas las que desempeñan formas atípicas de trabajo dependiente” (Convenio Sobre la Protección de la Maternidad, 2000, Art. 2).

Las mujeres que trabajen bajo una dependencia, pueden hacer uso del convenio mencionado en beneficio de su estabilidad laborales dentro del ámbito de trabajo que se desempeñe.

El presente convenio pone énfasis también en otros puntos adicionales sobre la protección de la mujer:

## **PROTECCIÓN DE LA SALUD**

### **Artículo 3.**

“Todo miembro, previa consulta con las organizaciones representativas de los empleadores y de trabajadores, deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar que no se obligue a las mujeres embarazadas o lactantes a desempeñar un trabajo que haya sido determinado por la autoridad competente como perjudicial para su salud o la de su hijo o respecto del cual se haya establecido mediante evaluación que conlleva un riesgo significativo para la salud de la madre o del hijo.” Lo resaltado me pertenece (Convenio Sobre la Protección de la Maternidad, 2000, Art. 3).

Los empleadores no pueden obligar a su trabajadora en estado de embarazo a realizar un trabajo físico o similar que atente contra la salud de la madre y del hijo. Por ello, si ocupaban un cargo que implica un esfuerzo físico se encuentran en la obligación de transferirle a un cargo que cuide sus seguridad

y la del niño, siendo accesible y cuidar que no ocurra ningún siniestro en contra de los dos.

## **LICENCIA DE MATERNIDAD**

### **Artículo 4.**

1. “Toda mujer a la que se aplique el presente Convenio tendrá derecho, mediante presentación de un certificado médico o de cualquier otro certificado apropiado, según lo determine la legislación u la práctica nacionales, en el que se indique la fecha presunta del parto, a una licencia de maternidad de una duración de al menos catorce semanas” (Convenio Sobre la Protección de la Maternidad, 2000, Art. 4 numeral 1).

En el Ecuador, el empleador se encuentra en todo el derecho de solicitar un certificado emitido por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social determinando la fecha de embarazo de la trabajadora; asimismo, la mujer trabajadora se encuentra en la obligación de extender el certificado para hacer efectivo su derecho a la maternidad.

4. Teniendo en cuenta la necesidad de proteger la salud de la madre y del hijo, la licencia de maternidad incluirá un período de seis semanas de licencia obligatoria posterior al parto, a menos que se acuerde de otra forma a nivel nacional por los gobiernos y las organizaciones representativas de empleadores y trabajadores (Convenio Sobre la Protección de la Maternidad, 2000, Art. 1 numeral 4).

La licencia post-parto que manifiesta el convenio, actualmente en el Ecuador ha sido modificada por 12 meses, es decir la madre tiene dos horas de su jornada de trabajo para su hijo o hija para fomentar el apoyo a la lactancia de sus hijos por los beneficios y riqueza de nutrientes que necesitan los niños y niñas.

5. El período prenatal de la licencia de maternidad deberá prolongarse por un período equivalente al transcurrido entre la fecha presunta del parto y la fecha en que el parto tiene lugar efectivamente, sin reducir la duración de cualquier período de licencia obligatoria después del parto (Convenio Sobre la Protección de la Maternidad, 2000, Art. 1 numeral 5).

El descanso por maternidad corre desde el momento que la madre da a luz al niño o niña, en nuestro país se concede noventa días de licencia. En el supuesto caso que la madre tenga una complicación y certifiquen su ausencia en el trabajo antes del parto, no se incluye este tiempo dentro de la licencia de maternidad.

## **LICENCIA EN CASO DE ENFERMEDAD O DE COMPLICACIONES**

### **Artículo 5.**

“Sobre la base de la presentación de un certificado médico, se deberá otorgar una licencia, antes o después del periodo de licencia de maternidad, en caso de enfermedad o si hay complicaciones o riesgo de que produzcan complicaciones como consecuencia del embarazo o del parto. La naturales y la duración máxima de dicha licencia podrá se estipuladas según lo determinen la legislación y las prácticas nacionales” (Convenio Sobre la Protección de la Maternidad, 2000, Art. 5).

En caso que una mujer embarazada tenga consecuencias en su estado de gestación y permanezca ausente del trabajo, el contrato de trabajo no se puede dar por terminado, el empleador solo se encuentra en la obligación de pagar la remuneración por un tiempo que no exceda doce semanas.

Para hacer valido la ausencia de la trabajadora en su lugar de trabajo, debe presentar un certificado emitido por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o su vez de un médico abalizado por el IESS.

## PROTECCIÓN DEL EMPLEO Y NO DISCRIMINACIÓN

### Artículo 8

1. “Se prohíbe al empleador que despida a una mujer que esté embarazada, o durante la licencia mencionada o después de haberse reintegrado al trabajo durante un periodo que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivo 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 relacionado con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia incumbirá al empleador”. Lo resaltado me corresponde (Convenio Sobre la Protección de la Maternidad, 2000, Art. 8 numeral 1).

La legislación ecuatoriana en relación con el artículo citado es contradictoria, porque prohíbe al empleador que de por terminado el contrato de trabajo por medio de un despido intempestivo a la mujer que se encuentre embarazada, sin embargo surge la contradicción puesto que da la opción al empleador de despedir dando una indemnización adicional por el estado en el que se encuentra.

El empleador deberá pagar a la mujer embarazada en caso de despido intempestivo un año de remuneración, además incluye todos lo que le corresponde por ley incluyendo el 25 % de la última remuneración por concepto de desahucio.

Por estas incongruencias, existen varios procesos legales por el tema de la vulneración de sus derechos humanos.

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” (Convenio Sobre la Protección de la Maternidad, 2000, Art. 8 numeral 2).

Existen garantías, pero no existe la estabilidad laboral para una mujer embarazada por el estado en el que se encuentra, por la facultad que tiene el empleador de tomar cualquier tipo de decisión con su lugar de trabajo, es decir ciertos empleadores prescinden de la contratación de la mujer cuando se reincorpora limitándole a continuar en su trabajo.

#### **Artículo 9.**

“Todo Miembro debe adoptar medida apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo, con inclusión del acceso al empleo” (Convenio Sobre la Protección de la Maternidad, 2000, Art. 9).

Las mujeres se encuentran expuestas a exigencias inconstitucionales por parte del empleador, un claro ejemplo que ocurre por lo general es que para que las mujeres en una entrevista de trabajo o ingreso a una empresa, deben someterse a un examen de embarazo atentando con la integridad de la mujer surgiendo discriminación por la capacidad reproductiva de la mujer y existen otros casos, que el empleador en la entrevista de trabajo pregunta a la trabajadora ¿Tiene proyectos cercanos de constituir una familia? inmediatamente para eliminar esa carpeta dentro del establecimiento.

Cabe mencionar, no siempre está planificado el ser madre, por ello no debe existir ninguna distinción con la mujer, además el Estado garantiza el respeto a los derechos reproductivos de las personas sin importar las circunstancias ni en el momento que se produzca esta consecuencia natural.

### **3. PROTECCIÓN EN LA LEGISLACIÓN INTERNA DEL ECUADOR**

#### **3.1. EL CÓDIGO DEL TRABAJO.**

El Código de Trabajo ha transcurrido por varios antecedentes para finalmente llegar a tomar forma y con ello dictar una normativa laboral que conste los requerimientos necesarios para regular al mercado laboral.

En 1916 comienza a tomar forma la protección al trabajador mediante un decreto en el cual se reconoce la jornada máxima que debe laborar y los descansos obligatorios que debe extender el empleador al trabajador, tratando también las horas extraordinarias y suplementarias en el caso que surjan y la opción de dar por terminada la relación laboral por medio del desahucio.

Es indispensable que se determine las jornadas de trabajo porque por la falta de ello existía la sobre explotación a los trabajadores sin reconocer rubros adicionales, los empleadores al no tener limitaciones aprovechaban de su calidad para no tener restricciones haciendo trabajar al empleado hasta la hora que ellos consideraban pertinente.

Como beneficio para el empleador y trabajador se resuelve incorporar el desahucio como un medio legal para dar por terminada una relación laboral, desde entonces existe esta alternativa para ambos y la cual sigue en vigencia en nuestra norma.

Inicialmente no existían leyes laborales para la aplicación de la contratación del personal, sin embargo se apegaba al derecho civil como un arrendamiento de servicios de una persona que es este caso es un contrato de trabajo, una vez que se expide el Código de Trabajo nacen los beneficios y protecciones hacia el empleado.

Separando al derecho civil con los derechos laborales, crea una independencia y una aclaración para cada derecho, teniendo como resultado una norma que regule los derechos laborales con la cual se pueden aplicar correctamente los derechos para los empleados.

En el año de 1936 y 1937 dictan leyes en donde señalan las prohibiciones para los trabajadores teniendo que acatar lo que se encuentra en la ley para mantener su lugar de trabajo; hacen referencia de la responsabilidad del Estado cuando ha existido un accidente de trabajo de un funcionario público, el Estado es el encargado de la protección de los funcionarios públicos porque

prestan sus servicios a éste; por disposición del Estado los obreros que laboren para el exterior necesariamente su contrato debe ser por escrito; establecen el salario mínimo a pagar por concepto de remuneración de los trabajadores .

Previo a la emisión del Código de Trabajo dictaban leyes de cada tema para así tener una guía referente a los derechos laborales, recopilando la evolución de las leyes y decreto dictado las unifican para así crear un solo cuerpo normativo para la aplicación de la legislación laboral.

La elaboración del Código de Trabajo del Ecuador inicia el 5 de agosto de 1938 en el Gobierno del General Alberto Enríquez, y fue publicado en el Registro Oficial el 14 a 17 de noviembre de 1938, desde entonces se han consagrado y han tomado forma los derechos a los trabajadores, ciertamente ha transcurrido por una evolución para llegar a determinar los puntos necesarios para la protección de los derechos laborales.

Con la expedición del Código de Trabajo los empleadores y trabajadores tienen una normativa que los regula, ampara y guía para el procedimiento a seguir de las partes, estableciendo los beneficios, prohibiciones y obligaciones que tiene el patrono como el trabajador cuando se configura una dependencia. Los derechos laborales son regularizados en base al Código, observando las disposiciones de la Constitución de la República, manteniendo en constante actualización los derechos laborales para así aplicar y proteger correctamente a los trabajadores y empleadores.

En los últimos años, los derechos de los trabajadores se han fortalecido gracias al apoyo del Estado, en la actualidad no se encuentran en la misma vulnerabilidad que vivían constantemente por los abusos que ciertos empleadores tenían hacia los trabajadores.

Por ser el punto esencial de la presente investigación, el referente a la protección a las mujeres embarazadas el cual ha evolucionado de una manera considerable, siendo uno de estos avances la extensión al periodo de lactancia,

evidentemente no es una protección durante el embarazo, pero si en un progreso hacia el resguardo del niño o niña.

La mujer cuando mantiene un contrato de trabajo es decir una relación de dependencia con su empleador, se encuentra inmersa en todos los beneficios que gozan los trabajadores, siendo uno de ellos el descanso cuando una mujer tiene conocimiento de su estado de concepción. Para ser beneficiaria de estos derechos, es obligación de la mujer comunicar a su empleador el momento del conocimiento de su estado de gestación, para lo cual debe entregar un certificado del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

El empleador al tener conocimiento y la certeza que su trabajadora se encuentra embarazada una vez que ha presentado el certificado otorgado por el IESS, se encuentra en la obligación de conceder los beneficios que por ley corresponden a la mujer trabajadora, efectivamente el empleador tiene el derecho de obtener la información oportuna respecto a la aplicación de los beneficios tanto para su seguridad y la de su trabajadora.

La mujer trabajadora al acceder a su periodo de maternidad tienen como derecho percibir su remuneración mensual durante las doce semanas por el nacimiento de su hijo o hija, es obligación del empleador pagar un porcentaje de la remuneración mensual y el otro porcentaje se encarga el Instituto de Seguridad Social para cubrir con el pago total que le corresponde a la trabajadora en el tiempo que se encuentra en descanso.

La trabajadora y trabajador tendrán derecho a veinticinco días de licencia con remuneración para atender los casos de hija o hijo hospitalizados o con patologías degenerativas; licencia que podrá ser tomada en forma conjunta o alternada. La ausencia al trabajo se justificara mediante la presentación de un certificado médico otorgado por el facultativo especialista tratante y el correspondiente certificado de hospitalización (Código de Trabajo, Art. 152.2).

Si la madre fallece en el momento de dar a luz, el padre tiene todo el derecho de hacer uso del tiempo que le correspondía a la madre por descanso para estar con el niño o niña, teniendo el empleador respetar lo que la ley establece y a su vez remunerarlo en el tiempo que esta fuera del trabajo.

En el caso que uno de los cónyuges no tenga la capacidad de reproducir, tiene la opción de adoptar, la ley de igual manera proporciona a los padres un periodo de descanso por quince días.

Una vez efectuada una reseña de los plazos que otorga la ley para el descanso de la madre, incorporaré otros derechos con los cuales ampara a la mujer trabajadora cuando se encuentra en estado de embarazo.

El empleador al tener obligaciones también tiene prohibiciones, en este caso no puede dar por terminado el contrato de trabajo cuando una de sus trabajadoras se encuentre embarazada, tampoco puede sustituir definitivamente el cargo o puesto al cual pertenecía dentro de la empresa cuando se encuentre en el las doce semanas de descanso (Código de Trabajo del Ecuador, Art. 153).

Lo dispuesto en el artículo señalado, según nuestro criterio consideramos que es contradictorio, ya que prohíbe al empleador dar por terminado el contrato cuando se encuentra en estado de gestación, pero existe la excepción que si decide hacerlo tiene como opción indemnizarla con un recargo adicional. Evidentemente es un camino que elimina la estabilidad que puede mantener una trabajadora en su lugar de trabajo, porque el hecho que la indemnice no le permite continuar con la oportunidad de seguir trabajado.

El artículo 154 prohíbe al empleador realizar un despido intempestivo y presentar el desahucio para dar por terminado el contrato de trabajo mientras la trabajadora se encuentra en estado de gestación. Sin embargo, siendo la ley que regula los derechos laborales de los trabajadores no se respeta de ninguna manera, puesto que en la práctica se permite en despido intempestivo,

atropellando a la ley y a los derechos de las trabajadoras (Código de Trabajo, Art. 154 inciso 3).

Adicional al Código de Trabajo como ley protectora de los derechos laborales, está la Ley de Seguridad Social la cual es la encargada de garantizar el derecho de la salud de los trabajadores, el único requisito para ser beneficiario de las prestaciones es encontrarse afiliado y encontrarse al día en sus aportaciones, cabe mencionar que no importa sobre la base que aporte ya que todos los afiliados tendrán los mismos beneficios (Ley de Seguridad Social, Art. 103).

El Seguro Social en el Ecuador, es obligatorio para todas personas que genera un ingreso mensual (Ley de Seguridad Social, Art. 1), siendo estos:

1. “Trabajador en relación de dependencia;
2. Trabajador autónomo;
3. Trabajador profesional en libre ejercicio;
4. El administrador o patrono de un negocio;
5. El dueño de una empresa unipersonal;
6. El menor trabajador independiente, y”;
7. Los demás asegurados obligados al régimen del Seguro General Obligatorio en virtud de leyes y decretos especiales (Ley de Seguridad Social, Art 2.).

Toda persona que se encuentre afiliada al Seguro Social, protege a los afiliados en cualquier eventualidad que incapacite su trabajo, cubriendo además su remuneración mensual.

Los riesgos que cubre son los siguientes:

1. “Enfermedad;
2. Maternidad;
3. Riesgos del trabajo;

4. Vejez, muerte e invalidez, que incluye discapacidad, y;
5. Cesantía” (Ley de Seguridad Social, Art. 3).

En el caso de maternidad, la afiliada al Seguros Social, es acreedora a los siguientes derechos:

1. “La asistencia médica y obstétrica necesaria durante el embarazo, parto y puerperio, cualquiera sea la calificación del riesgo del embarazo;
2. Un subsidio monetario, durante el período de descanso por maternidad, en el caso de la mujer trabajadora; y,
3. La asistencia médica preventiva y curativa del hijo, con inclusión de la prestación farmacológica y quirúrgica, durante el primer año de vida, sin perjuicio de la prestación de salud hasta los seis (6) años de edad (Ley de Seguridad Social, Art 105).

La madre puede hacer uso del Seguro Social para ser atendida en el momento del parto, esto implica que la madre y el hijo o hija se encuentran protegidos y seguros en la prestación de su salud y en la época del nacimiento del niño o niña siendo este un beneficio esencial para el nacimiento seguro del niño o niña.

Cabe mencionar, cuando la madre se encuentra en el descanso por maternidad, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social extiende un subsidio a la trabajadora bajo relación de dependencia siendo este la cobertura del 75% de la remuneración que percibía en su lugar de trabajo, el 25% adicional es obligación del empleador de cubrir durante este tiempo. Una vez que la madre se reincorpore a sus funciones el subsidio del IESS se elimina, quedando como consecuencia la responsabilidad del empleador la cobertura del 100% del pago de la remuneración.

La maternidad y el niño o niña por nacer, se relacionan por el lazo que se creó durante el tiempo de gestación, por lo cual el Código de la Niñez y

Adolescencia no solo pone énfasis en la protección del niño sino también de la madre.

*“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 periodo de lactancia, por un tiempo de doce meses contados desde el acontecimiento del hijo o hija, si la criatura muere dentro del vientre materno, o el niño o niña fallece luego del parto, la protección a la madre subsistirá has por un período no mayor a doce meses contados desde que se produjo la muerte del niño o niña” (Código de la Niñez y Adolescencia, Art. 148).*

El artículo citado hace referencia en su contenido desde el momento que la mujer adquiere derechos es decir cuando ha sido informada la concepción de un nuevo ser, desde el mismo momento se generan derechos para el niño por nacer. El amparo hacia la madre conlleva adicionalmente de las necesidades básicas de la mujer siendo estos el alimento, los cuidados y atenciones constantes que son importantes para una concepción y crecimiento sano de la criatura.

Es indispensable que el Código de la Niñez y Adolescencia no solamente se enfoque en los derechos de los niños, sino también que ampare a las madres porque son las reproductoras del nuevo hijo o hija por nacer, existiendo un vínculo entre los dos que deben ser amparados del mismo modo.

Adicionalmente, no solamente la protección material son fundamentales, incluso es más importante que amparen el vínculo sentimental que se forma en los nueve meses que la madre y el hijo o hija se encuentran porque fueron unidos desde un principio, es un golpe fuerte para ambos cuando son separados o ha nacido, puesto que existe una conexión biológica que el niño reconoce a su madre y necesita de los cuidados que solo su madre le puede proporcionar.

Independientemente de las leyes ecuatorianas, la mejor protección que pueden tener los niños son los cuidados que solamente una madre los puede ofrecer, no es lo mismo que se encuentren en manos de un familiar o de un desconocido. Un niño para que crezca sano, tenga una buena educación y crianza debe estar junto a su madre en el transcurso del crecimiento, es la etapa más importante porque comienzan a conocerse y conocer el mundo en el que se encuentran.

Tiempo atrás, las madres podían permanecer en sus hogares ocupando todo el tiempo en el cuidado y la educación de los niños. Actualmente podemos notar la diferencia que existe entre un niño que ha sido criado por su madre y la educación que tienen los hijos que han sido criados por terceras personas.

Todos los cambios que existen en los hogares, es porque ahora a las mujeres les permiten trabajar y también lo necesitan para poder dar un aporte económico que es esencial para el sustento familiar.

En síntesis, la legislación ecuatoriana que protege a la mujer embarazada tiene las siguientes componentes:

### **OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR**

- Conceder licencia a la mujer que se encuentre embarazada, dentro de las dos semanas anteriores y las diez semanas posteriores al parto.
- No podrá dar por terminado el contrato de trabajo por causa del embarazo de la mujer trabajadora.
- No podrá dar por terminado el contrato de trabajo, en caso de que la 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 el parto, y la incapacite para trabajar.

- No podrá reemplazarla definitivamente dentro del período de doce semanas señaladas en el Art. 153 numeral primero del Código del Trabajo.
- No podrá despedir intempestivamente ni solicitar el desahucio, desde la fecha que se inicie el embarazo.
- El empleador que cuente con cincuenta (50) o más trabajadoras, establecerá anexo o próxima el lugar de trabajo, un servicio de guardería infantil para la atención de los hijos de los empleados, suministrando gratuitamente atención, alimentación, local e implementos para este servicio. Si no pudiera cumplir directamente con esta obligación, podrá contratar con terceros para prestar este servicio.
- En las empresas o centros de trabajo que no cuenten con guarderías infantiles, durante nueve meses contados a partir del nacimiento del niño, la jornada de trabajo de la madre del lactante se reducirá a seis horas las que se señalarán o distribuirán de conformidad con el contrato colectivo, el reglamento o por acuerdo entre las partes.

### **OBLIGACIONES DE LA MUJER TRABAJADORA EMBARAZADA**

- La mujer embarazada deberá justificar la ausencia al trabajo, 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.
- En caso de despido intempestivo o desahucio la mujer trabajadora embarazada deberá justificar la fecha en que se inició el embarazo, con la presentación del certificado médico otorgado por un profesional del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, y a falta de éste, por otro facultativo.

## **DERECHO AL SEGURO DE MATERNIDAD**

### **1.-Prestaciones:**

El IESS concede a las aseguradas del Régimen General, las siguientes prestaciones:

- Asistencia obstétrica necesaria que comprenderá: la prenatal, del parto y puerperio;
- Un subsidio en dinero por maternidad, durante doce semanas;
- Atención médica integral al hijo de la afiliada durante el primer año de vida, con inclusión de la prestación farmacológica y la hospitalización en los casos necesarios.

### **2.- Quienes tienen derecho**

Este derecho lo tienen las mujeres trabajadoras embarazadas que hubieran cubierto doce imposiciones mensuales obligatorias y consecutivas antes del parto.

### **3.- Tiempo de Protección**

Si el parto se produjere dentro de los once meses posteriores a la fecha de cesantía, a base de los exámenes respectivos se otorgarán las prestaciones.

## **PAGOS**

### **1.- Obligaciones del Empleador**

En el caso de aseguradas que hagan uso de su descanso pre y post-natal, el empleador remitirá al IESS los aportes correspondientes al sueldo o salario completo que percibían dichas aseguradas antes de este período. Durante la licencia por maternidad, el empleador tendrá que cubrir la siguiente remuneración:

- 25% del sueldo o salario que percibe; y,
- 100% de las remuneraciones adicionales y beneficios sociales. Si la mujer no hubiere cubierto el tiempo mínimo de aportaciones, el empleador deberá pagarle la remuneración completa.

## 2.- Subsidio por parte del IESS

- **Subsidio en dinero.-** El IESS, entregará un subsidio en dinero por maternidad, durante doce semanas, equivalente al 75% del último sueldo o salario.
- **Reposo obligatorio.-** El reposo pre y post-natal es obligatorio para el pago del subsidio.
- **Beneficios Sociales y Remuneraciones adicionales.-** El IESS no subsidia los beneficios sociales ni las remuneraciones adicionales, es obligación del empleador pagarlo.
- **Aborto y parto prematuro.-** Para efectos del subsidio, el aborto y el parto prematuro de niño muerto o no viable, se consideran como caso de enfermedad común, y el pago se lo realizará como tal.
- **Caducidad del derecho al subsidio.-** El derecho a reclamar el subsidio por maternidad caduca en un año contado a partir de la fecha de notificación a la afiliada con el certificado médico en que se determinó el reposo.

## 3.- Pago de aportes

- El 9.45% de aporte personal al IESS, lo cubrirá la trabajadora; y,
- El 11.35% lo cubrirá el empleador.

Estos aportes se pagarán mes a mes, como si la trabajadora no estuviera en período de licencia.

## 4.-Excepción

El empleador no tendrá que pagar remuneración alguna por el tiempo que exceda de las doce semanas fijadas en el Art.153 del Código del Trabajo, salvo el caso de que por contratos colectivos de trabajo se señale un período mayor.

## **PERIODO DE LACTANCIA.**

Las empresas que no dispongan de una guardería infantil, durante los nueve meses posteriores al parto, esto es hasta que el niño cumpla 9 meses de nacido, la jornada de trabajo de la madre del lactante durará seis horas, las mismas que se distribuirán de acuerdo con el contrato colectivo, el reglamento interno o por acuerdo entre las partes.

## **INDEMNIZACIONES.**

En caso de despido intempestivo o desahucio, según el Art. 154 del Código del Trabajo, 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.

## **SANCIONES.**

La Dirección General del Trabajo, será la encargada de vigilar el cumplimiento de las obligaciones y sancionar a las empresas que incumplan.

La infracción de las reglas sobre el trabajo de mujeres será penada con multas que serán impuestas de conformidad con lo previsto en el Art. 626 del Código del Trabajo en cada caso, según las circunstancias, pena que se doblará si hubiere reincidencia. El producto de la multa o multas se entregará a la mujer trabajadora perjudicada.

### **3.2. La jurisprudencia**

Dando soporte al desarrollo de la investigación, se considera elemental hacer referencia jurisprudencias del tema planteado, para lo cual se pone énfasis en las siguientes jurisprudencias:

- **DESPIDO A MUJER EMBARAZADA. Expediente 406, Registro Oficial 323, 10 de mayo del 2001.**

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SEGUNDA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL.**

Quito, enero 17 del 2001; las 16h50.

“El artículo 154, inciso tercero del Código del Trabajo textualmente dice: "Salvo en casos determinados en el Art. 172 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". Es uno sólo el requisito que exige la norma citada, para proteger a la mujer embarazada de despido o desahucio: la justificación del estado de gravidez mediante certificado médico "otorgado por un profesional del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y, a falta de éste por otro facultativo". Al respecto, la Sala de Alzada toma como una prueba plena los certificados que aparecen de fojas 23 a 25 del proceso de primera instancia y, adicionalmente, el acta de inspección de fojas 27. Ha considerado sin duda, la Segunda Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, que las certificaciones para probar el embarazo han sido otorgadas por el médico Jefe de la División de Ginecología y por el Jefe de la Atención Médica del Hospital Naval de Guayaquil. Adicionalmente, en el fallo motivo de la impugnación, se analiza con propiedad el acta de inspección que corrobora este hecho. No hay duda de que al momento del despido la accionante se encontraba embarazada. Hay varios elementos probatorios analizados por el Juez de primer nivel, cuya sentencia ha sido confirmada por la Sala. Por lo mismo, no hace falta entrar en análisis adicionales. No existe violación de los preceptos legales enumerados por el casacionista. Por las consideraciones anotadas, esta Sala, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, desestima el recurso de casación. Sin costas. Notifíquese”. Lo resaltado me pertenece. (silec, 2001)

**Análisis:**

Diners Club del Ecuador S.A presenta el recurso de casación en contra de la señora Mónica Rodríguez Camacho., toda vez que se encuentra en su derecho de ejecutar la presente acción por la inconformidad de la sentencia dictada por la Corte Provincial. Sin embargo se deja sin efecto el recurso de casación interpuesto por el empleador, puesto que la sentencia de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil fue debidamente motivada con los fundamentos necesarios, principalmente con la valoración de la prueba. La mujer en el momento que tiene conocimiento de su estado de gravidez, tiene la obligación de informar a su empleador el estado de gestación, el único medio probatorio para hacer efectivo su estado es presentar un certificado médico de un médico del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y a falta de este un médico certificado conforme lo establece el artículo 154 del Código de Trabajo del Ecuador.

Las mujeres que prueban a sus empleadores su estado de gestación a través de un certificado otorgado por el IESS son sujetos de protección, es decir, en el caso que el empleador quiera rehusarse a recibir el certificado, la trabajadora no queda desprotegida por la ley.

Por ello, la mujer embarazada que ha sido objeto de despido por parte de su empleador, tiene la facultad de acudir y probar en una instancia judicial el momento que ha surgido la vulneración de su derecho generando un percance, y, su empleador no quiera asumir su responsabilidad por haber violentado la condición y la estabilidad laboral de la mujer trabajadora, con la valoración de las pruebas presentadas por la actora los jueces se encuentran en la obligación de realizar el correcto análisis para poder dictaminar de una manera justa que no perjudique a ninguna de las partes.

Existen empleadores que por la falta de conocimiento de las leyes, incumplen con los derechos que les corresponde en este caso a las mujeres trabajadoras, buscando de una u otra manera evadir el pago de la indemnización adicional que la ley concede a una mujer embarazada.

Sin embargo, el empleador tendrá que cumplir si ha dado por terminado el contrato de trabajo por su condición, debiendo incorporar la indemnización que tienen derecho las mujeres en estado de embarazo, actualmente son doce remuneraciones.

Es importante que los jueces valore las pruebas presentadas, por lo que en el presente caso se han basado en los preceptos legales y en las pruebas presentadas reafirman la sentencia de segunda instancia en donde se determinaba la responsabilidad del empleador por ejecutar el despido intempestivo a la mujer que se encontraba en estado de gestación.

- **ACEPTA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN POR DESPIDO INTEMPESTIVO**

Resolución de la Corte Constitucional 129, Registro Oficial Suplemento 743 de 11 de Julio del 2012.

Quito, D. M., 10 de abril del 2012

CORTE CONSTITUCIONAL PARA EL PERIODO DE TRANSICIÓN

## **I. ANTECEDENTES**

“El día 17 de noviembre del 2010, la señora Jessica Virginia Barros Saldaña interpuso acción extraordinaria de protección, por considerar vulnerados los derechos constitucionales relativos al trabajo, a la no discriminación vinculada con los roles reproductivos de la mujer, al debido proceso, así como garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.

La recurrente fundamentó su acción señalando que la Segunda Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, en la sentencia de mayoría, no valoró la verdad procesal, cuya consecuencia es la vulneración del amparo directo y eficaz de sus derechos de mujer trabajadora en gestación.

Refirió que mediante demanda laboral demostró que su ex empleadora la compañía **SICOBRA S. A.**, la despidió intempestivamente de su trabajo sin considerar su estado de gravidez, lo que fue reconocido en primera y segunda instancia. Sin embargo, por el recurso de casación interpuesto por la parte accionada, logró que en voto de mayoría se desconozcan tales derechos, lo que demuestra el daño inminente y grave que le causaron.

Los doctores Gastón Ríos Vera y Carlos Espinoza Segovia, jueces de la Segunda Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, informaron que la Sala no reconoció el derecho a la indemnización por despido de mujer embarazada, por cuanto en el proceso, las pruebas aportadas por la trabajadora, determinaron que el empleador no conoció de su embarazo.

### **Estudio del caso concreto**

(...) La señora Jessica Virginia Barros Saldaña fundamentó su acción en los mismos presupuestos fácticos y legales invocados, tanto en la acción laboral por el despido intempestivo del que había sido objeto, adicionando que las dos sentencias consideraron la verdad procesal, excepto el voto salvado; la sentencia de mayoría de casación no lo hizo, violando el amparo directo y eficaz de los derechos de mujer, relacionados con el derecho al trabajo en estado de maternidad y los del debido proceso (...).

De este trámite quedó constancia de que la trabajadora se encontraba en estado de gestación, de lo que no quedan dudas, con el certificado de nacimiento de Brittany Arlette Pesantes Barros (fs. 34 del expediente de casación) del que se advierte que la trabajadora gestante dio a luz el 21 diciembre del 2005, es decir, a la fecha de presentación del referido visto bueno, 15 de agosto del 2005, se encontraba en el QUINTO MES DE EMBARAZO, lo que era obvio a simple vista.

Sin embargo, al momento de reintegrarse ya no le fueron asignadas funciones, por lo que la trabajadora acusó el despido intempestivo, presentando demanda judicial con fecha 27 de septiembre del 2005.

Paralelamente, la empleadora SICOBRA S. A., siguió contra la señora Jessica Virginia Barros Saldaña visto bueno, según consta en la fotocopia certificada del expediente No. 473-10-2005 (fs. 166 a 209), del que se advierte que el inspector del trabajo, haciendo caso omiso de la referida demanda, prosiguió el trámite y decidió conceder el visto bueno, actuación que esta Corte no puede soslayar, pues se quebranta el principio de seguridad jurídica, así como la certeza de una administración de justicia eficaz, donde se respete el derecho de las personas.

#### **SENTENCIA:**

1. Declarar vulnerados los derechos constitucionales relativos al trabajo de la mujer embarazada, previsto en el numeral 1 del artículo 43, y el debido proceso relativo a la garantía contenida en el numeral 1 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador.
2. Aceptar la acción extraordinaria de protección planteada por la señora Jessica Virginia Barros Saldaña y, por tanto, dejar sin efecto la sentencia de mayoría dictada el día 13 de septiembre del 2010, por la Segunda Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia.
3. Disponer que la otra Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia resuelva el recurso de casación propuesto por la Compañía SICOBRA S. A.” (silec, 2012).

#### **Análisis:**

Haciendo referencia a la jurisprudencia citada anteriormente, la trabajadora Jessica Virginia Barros Saldaña incoa un recurso extraordinario de protección en contra de su empleadora SICOBRA S. A ,con el fin de entrar a un estado de revisión de la sentencia emitida por la Corte Nacional en la cual indica que no

existe despido intempestivo en contra de la señora Barros, puesto que “no” tenía conocimiento el empleador de su estado de gestación.

El empleador inició un trámite de visto bueno en contra de la trabajadora cuando ella se encontraba en un estado de gestación de cinco meses que es algo evidente que puede verificar cualquier persona. Considerando el estado de la trabajadora, en nuestro Código de Trabajo se prohíbe ser objeto de visto bueno o desahucio la mujer embarazada, sin embargo el presente trámite fue aceptado por el Inspector de Trabajo sin dar importancia a la gravidez de la trabajadora y sobrepasando la ley.

Cabe mencionar, que los Inspectores de Trabajo no tienen la facultad para determinar un despido intempestivo porque no son la autoridad competente, ellos ejercen un trabajo administrativo, para verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales de los empleador. El Inspector para continuar con un trámite de visto bueno y su investigación deben recopilar toda la información necesaria y a su vez verificar el estado en el que se encuentra la trabajadora, con la ilegalidad cometida por el empleador e Inspector, mujer gestante podía denunciar el atropello a la ley y a su derecho.

La Corte Constitucional, al realizar una investigación profunda de los antecedentes y desarrollo del presente proceso, pudo a simple vista verificar que la Corte Nacional no hizo uso para su sentencia las normas de protección de la mujer embarazada ni de los Tratados y Convenios Internacionales, evidenciando la discriminación que se realizó en contra de la mujer, principalmente por cuanto se inició un trámite de visto bueno que sería ilegal, limitando también a continuar en su establecimiento de trabajo y privándola de todos los beneficios legales, siendo estos el acceso al Seguro Social para su atención médica y la de su hijo o hija.

Realizando este análisis, la Corte Constitucional acepta el recurso extraordinario de protección por la violación de los derechos constitucionales

relativos a la mujer embarazada, disponiendo que se deje sin efecto la sentencia emitida por la Sala de lo Laboral de la Corte Nacional.

Considero que la jurisprudencia citada es de suma importancia, ya que las mujeres pueden acudir sin ningún temor a instancias legales para que sean respetados sus derechos, esto no solo conlleva a un respeto de sus derechos como mujer trabajadora sino también a sus derechos humanos, ahora son estrictos el momento que hace uso de Tratados y Convenios Internacionales respecto a la no discriminación.

Lastimosamente las mujeres nos encontramos inmersas en este problema social que es la discriminación, pero con el soporte de la legislación laboral pueden acceder a luchar contra los atropellos que cometen en su contra. Actualmente, tenemos jueces competentes y con conocimiento de las leyes ecuatorianas y Tratados Internacionales que hacen cumplir lo estipulado en la legislación para eliminar la vulneración a los derechos de las trabajadoras gestantes.

En la actualidad podemos evidenciar que gracias a la protección que tienen las mujeres, los empleadores no abusan de su poder para desvincular a la mujer en estado de gestación sin cumplir con la indemnización adicional.

También es importante que las mujeres se encuentren al tanto de sus derechos por encontrarse embarazadas, sin dejar a un lado las obligaciones que tienen como trabajadoras, esto no quiere decir que las trabajadoras pueden cambiar su rendimiento y actitud en el trabajo, puesto que si incumple con sus funciones o con el Reglamento Interno de la Compañía, en este caso excepcional el empleador podrá interponer un visto bueno para dar por terminada la relación laboral sin tener que cumplir con su obligación de pago de la indemnización.

El empleador como el trabajador debe cumplir con sus obligaciones y hacer valer sus derechos.

- **RECLAMOS LABORALES. Expediente 1044, Registro Oficial 479, 2 de diciembre del 2008**

## **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA PRIMERA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL**

Quito, 30 de octubre del 2007; las 16h45.

“El juzgador de segundo nivel realiza una errónea interpretación del Art. 153 del Código del Trabajo al determinar que el desahucio que se tramitó para dar por terminada la relación de trabajo que unía a los litigantes tuvo como fundamento la terminación del plazo establecido en el contrato de trabajo a tiempo fijo, y que al no haberse producido por el embarazo en el que me encontraba, no había incurrido la empleadora PETROECUADOR en la violación de la norma mencionada que dispone: "no se podrá dar por terminado el contrato de trabajo por causa de embarazo de la trabajadora", criterio legalista que violenta el carácter proteccionista de la legislación laboral al trabajador por considerarle la parte débil de la relación laboral y más aún tratándose de una mujer embarazada que requiere de la protección personal y del ser que está por nacer. 2.2.- El fallo censurado elabora una errónea interpretación del Art. 154 del Código del Trabajo al considerar que la prohibición expresa de despedir o desahuciar a la mujer trabajadora embarazada que contiene la norma citada, no opera para el caso de que el contrato de trabajo tenga la modalidad de tiempo fijo, interpretación que conduce a la no aplicación del inciso cuarto ibídem, que dispone al inspector del trabajo que tramita el desahucio ordenar al empleador pagar una indemnización equivalente a un año de remuneración a la trabajadora. 2.3.- El juzgador en el fallo impugnado considera que el acta de finiquito, al no haber sido impugnada por mí, tiene total validez, sin tomar en cuenta que aquel criterio determinaría la renuncia de un derecho que constituye la indemnización por el desahucio a pesar de encontrarme embarazada y que lo probé con el certificado médico del facultativo de la propia empresa, lo que determina la falta de aplicación del principio indubio pro operario.

La legislación del trabajo en el Ecuador se fundamenta en los principios del derecho social, de allí su carácter protector al trabajador por considerarle la parte débil de la relación laboral; y mayor es la protección a la mujer trabajadora que se encuentra en estado de embarazo por el amparo en el que se incluye al ser que está por nacer. El segundo inciso del Art. 36 de la Constitución Política de la República del Ecuador dispone que el Estado: "Velará especialmente por el respeto a los derechos laborales y reproductivos para el mejoramiento de sus condiciones de trabajo y el acceso a los sistemas de seguridad social, especialmente en el caso de la madre gestante y en período de lactancia,..."; el Art. 61 del Código Civil que trata de la protección de la vida del nasciturus, en el segundo inciso ordena: "toda sanción a la madre, por la cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento."; por su parte, el Código del Trabajo en el Capítulo VII del Título I que trata del trabajo de mujeres y menores en el Art. 153 dice: "No se podrá dar por terminado el contrato de trabajo por causa del embarazo de la mujer trabajadora...", disposición que en forma clara y terminante prohíbe al empleador dar por terminado el contrato de trabajo por el hecho de que, una trabajadora se encuentre en estado de gestación. 3.2.- En el mismo orden proteccionista, el Art. 154 del Código Laboral prohíbe el dar por terminado el contrato con una mujer trabajadora que se encuentre incapacitada de trabajar por enfermedad producida por el parto o embarazo, debidamente certificada por un facultativo, hasta por un año. El tercer inciso de la norma invocada imperativamente dispone: "Salvo en los casos determinados en el Art. 172 de este Código, la mujer embarazada no podrá ser objeto de despido intempestivo ni desahucio, desde la fecha en que se inicie el embarazo, particular que justificará con la presentación de un certificado médico otorgado por un profesional del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, y a falta de éste, por otro facultativo.", en la especie, a fjs. 31 Del cuaderno de primer nivel, se encuentra el certificado conferido por el Dr. Estuardo Pazmiño Ginecólogo del Dispensario No. 1 Batán del IESS ejecutivo de PETROECUADOR (fjs. 35) y el certificado extendido por el Dr. Fernando García B., Médico Ginecólogo del Dispensario de PETROECUADOR - empresa demandada (fjs. 48) dando cuenta del embarazo

de la accionante, documento este último presentado por la Sra. Wilma Armas Morales con escrito a la Inspectora del Trabajo que tramitó el desahucio. El último inciso de la precitada norma, penaliza la violación patronal de la prohibición anterior, estableciendo: "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.", norma que efectivamente, no fue aplicada por el juzgador de segundo nivel, cometiendo en su fallo el vicio acusado en la censura, ya que al haberse producido el desahucio a la trabajadora embarazada sin observar la prohibición expresa de la ley, el empleador debe ser condenado al pago de la indemnización equivalente a un año de remuneraciones como en efecto se dispone en el presente fallo. En cuanto a la remuneración que debe servir para realizar la liquidación de la indemnización, esta Sala considera que es de setecientos setenta y nueve dólares con 19 centavos (USD 779,19) que afirma la actora constituyó su último sueldo en el libelo de la demanda, por no haber otra forma de establecer cuál fue su última remuneración. Por las razones expuestas, esta Primera Sala de lo Laboral y Social, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, casa la sentencia del Tribunal de alzada, aceptando el recurso de casación interpuesto por Wilma Yhadira Armas Morales y dispone que el Juez a quo liquide personalmente la indemnización en la forma señalada en el numeral 3.2. del presente fallo.- Sin costas ni honorarios que regular.- Notifíquese y devuélvase". (silec, 2007).

## **ANÁLISIS**

En el Ecuador tenemos la modalidad contractual por plazo fijo, es decir, el empleador puede contratar a sus trabajadores con un periodod de 90 días considerados de prueba pudiendo el empleador dar por terminada la relación laboral sin una indemnización por despido intempestido.

Al trascurrir los 90 días de prueba, el contrato se convierte a plazo fijo con la duración de un año a dos años, tanto el empleador como el trabajador pueden

dar por terminada la relación laboral por la figura de desahucio, siendo una forma legal para concluir con el contrato de trabajo. El empleador debe realizar el trámite de desahucio con 30 días de anticipación y el trabajador con 15 días de anticipación a la fecha señalada como plazo, si las partes no inician el proceso de desahucio, el contrato se vuelve indefinido.

La legislación laboral prohíbe al empleador desahuciar a las trabajadoras que se encuentran en estado de gestación, por la estabilidad que requiere la madre en su trabajo evitando la desvinculación por su condición, el empleador no podrá beneficiarse con la terminación del contrato sin cumplir con lo señalado en el Código Laboral.

En la jurisprudencia mencionada, existe un error en la tramitación del desahucio, el empleador inicia el desahucio en contra de la trabajadora pero el Inspector de Trabajo no debía dar trámite al tener conocimiento del estado de la trabajadora.

Utilizando el documento de notificación de desahucio y el certificado del IESS en donde consta su estado, la mujer trabajadora tiene los argumentos y pruebas para que en vía judicial los jueces analicen la falta de cumplimiento del empleador y del Inspector de las leyes laborales, generando una vulneración a su estabilidad laboral para continuar trabajando durante su embarazo, evidenciando la discriminación por parte del empleador para liberar la carga de cumplir con la responsabilidad patronal mientras la trabajadora se encuentre haciendo uso de su licencia por maternidad y lactancia.

#### **4. PROTECCIÓN EN LEGISLACIONES DE OTROS PAÍSES**

##### **4.1. La protección en Cuba**

En el Decreto-Ley N° 234 de la Maternidad de la Trabajadora, el Estado cubano establece la siguiente normativa:

Artículo 3: La trabajadora gestante, cualquiera que sea la actividad que realice, está en la obligación de recesar en sus labores al cumplir las treinta y cuatro semanas de embarazo o las treinta y dos semanas, en caso de ser múltiple, y tiene derecho a disfrutar de una licencia por un término de dieciocho semanas, que comprende las seis anteriores al parto y las doce posteriores al mismo. Esta licencia es retribuida en la cuantía y forma que se dispone en este Decreto-Ley, siempre que la trabajadora reúna los requisitos en él regulados (Decreto- Ley no. 234 de la Maternidad de la Trabajadora, Art. 3).

Artículo 2: La trabajadora recesa en sus labores antes y después del parto, con derecho al cobro de una prestación económica con cargo a la Seguridad Social, durante los períodos y condiciones regulados en este Decreto-Ley. Durante este receso se suspende la relación laboral, conservando la trabajadora su plaza y su salario (Decreto- Ley no. 234 de la Maternidad de la Trabajadora, Art. 2).

Artículo 4: Para tener derecho al cobro de la licencia y de la prestación social reguladas en este Decreto-Ley, será requisito indispensable que la trabajadora se encuentre vinculada laboralmente y haya trabajado no menos de setenta y cinco días en los doce meses inmediatos anteriores al inicio de su disfrute, con independencia de los centros de trabajo en que haya acumulado dicho período (Decreto- Ley no. 234 de la Maternidad de la Trabajadora, Art. 4).

Artículo 9: La trabajadora tiene garantizada una licencia postnatal de seis semanas, necesarias para su recuperación, cuando por circunstancias adversas de accidente o enfermedad congénita o adquirida fallezca el hijo o hija en el momento del parto o dentro de las cuatro primeras semanas de nacido. Si el fallecimiento ocurre con posterioridad a este término, la trabajadora tiene derecho a percibir la licencia postnatal hasta el vencimiento de las doce semanas (Decreto- Ley no. 234 de la Maternidad de la Trabajadora, Art 9).

Artículo 1: El presente Decreto-Ley concede derechos a la mujer trabajadora y protege su maternidad, asegurando y facilitando su atención médica durante el embarazo, el descanso pre y postnatal, la lactancia materna y el cuidado de los hijos e hijas menores de edad, así como el tratamiento diferenciado en el caso de discapacidad de éstos. Asimismo contribuye a propiciar la responsabilidad compartida de la madre y el padre en el cuidado y atención de los hijos e hijas, y la del padre en caso de fallecimiento de la madre (Ley N° 234.- Capítulo II).

Artículo 15: A partir del vencimiento de la licencia postnatal la madre trabajadora puede optar por incorporarse al trabajo o por cuidar al hijo o hija, devengando una prestación social ascendente al 60% de la base de cálculo de la licencia retribuida por maternidad. Esta prestación se abona a las trabajadoras que cumplan los requisitos establecidos para obtener la prestación económica por maternidad, hasta que el hijo o hija arribe a su primer año de vida o antes de esa fecha si la madre se incorpora al trabajo, sin perjuicio de su derecho a acogerse nuevamente a su disfrute, siempre que el niño o niña no haya cumplido el primer año de vida (Ley N° 234.- Capítulo II).

Artículo 16: Una vez concluida la licencia postnatal, así como la etapa de lactancia materna que debe garantizarse para propiciar el mejor desarrollo de niños y niñas, la madre y el padre pueden decidir cuál de ellos cuidará al hijo o hija, la forma en que se distribuirán dicha responsabilidad hasta el primer año de vida y quién devengará la prestación social que se establece en el Artículo anterior, debiendo comunicar la decisión por escrito a la administración del centro de trabajo de cada uno de ellos (Ley N° 234.- Capítulo II).

Artículo 19: Al efecto de garantizar el cuidado y tratamiento del niño o niña durante su primer año de vida, se establece el derecho de la madre o padre incorporado al trabajo, a disfrutar de un día de licencia retribuida cada mes para concurrir al centro asistencial pediátrico (Ley N° 234.- Capítulo II).

Artículo 21: Cuando la madre o el padre estén impedidos de asistir a su trabajo por razón del cuidado de su hijo o hija, tiene derecho a disfrutar de una licencia no retribuida por el término de:

4. Hasta nueve meses mientras el hijo o hija no arribe a un año de edad para aquellos que no reúnan los requisitos para el pago de la prestación social opcional por maternidad;
5. Hasta seis meses, para las madres o padres trabajadores con hijos o hijas menores de dieciséis años de edad (Ley N° 234.- Capítulo II).

Artículo 23: Ante situaciones especiales, cuando el niño o niña arribe al primer año de vida, si la madre o padre trabajadores en atención a su cuidado, no puedan reincorporarse a su puesto de trabajo por razones justificadas, pueden solicitar a la administración una licencia no retribuida, que en ningún caso excederá de tres meses. Decursada esta prórroga la administración puede, a su iniciativa, dar por terminada la relación laboral de conformidad con la legislación vigente.

Las condiciones y procedimiento para el otorgamiento de esta licencia se regulan en la legislación complementaria de este Decreto-Ley (Ley N° 234.- Capítulo II).

Artículo 24: Si la trabajadora o trabajador se reintegra a sus actividades dentro de los términos establecidos para la licencia no retribuida, tiene derecho a volver a ocupar su puesto de trabajo (Ley N° 234.- Capítulo II).

Artículo 25: Para poder acogerse a la licencia regulada en el inciso b) del Artículo 21 de este Decreto-Ley, es requisito indispensable que la trabajadora o trabajador haya estado vinculado a un centro de trabajo, y haber trabajado efectivamente las dos terceras partes de los días laborables del semestre anterior a la fecha de solicitud de la licencia. Será computable, a estos efectos, el período de prueba a que hubiera estado sometido el solicitante, cuando se

trate de trabajadoras o trabajadores de reciente vinculación laboral (Ley N° 234.- Capítulo II).

Artículo 26: La licencia no retribuida puede disfrutarse en cortos períodos, no inferiores a una semana, y serán acumulables hasta que se agoten los términos máximos para ella establecidos. Si entre uno y otro período la trabajadora o trabajador labora ininterrumpidamente un tiempo similar al previsto en el Artículo anterior, tiene derecho a una nueva licencia (Ley N° 234.-Capítulo II).

Artículo 27: La madre o padre trabajadores de un menor de edad que presenta una discapacidad física, mental o sensorial, amparada por dictamen médico que determine requiera una atención especial, puede acogerse a una licencia no retribuida a partir del primer año de vida del niño o niña y hasta que cumpla los tres años (Ley N° 234.- Capítulo II).

#### **4.2. La protección en Venezuela**

El Estado venezolano, a través de la Ley de Seguro Social, establece las siguientes normas:

Artículo 1: La presente Ley rige las situaciones y relaciones jurídicas con ocasión de la protección de la Seguridad Social a sus beneficiarias y beneficiarios en las contingencias de maternidad, vejez, sobrevivencia, enfermedad, accidentes, invalidez, muerte, retiro y cesantía o paro forzoso. (Ley de Seguro Social Venezuela, Art. 1).

Artículo 2: Se propenderá, bajo la inspiración de la justicia social y de la equidad, a la progresiva aplicación de los principios y normas de la Seguridad Social a todos los habitantes del país.

Están protegidos por el Seguro Social Obligatorio, las trabajadoras y los trabajadores permanentes bajo la dependencia de una empleadora o

empleador, sea que presten sus servicios en el medio urbano o en el rural y sea cual fuere el monto de su salario (Ley de Seguro Social Venezuela, Art. 2).

Artículo 11: Las aseguradas tienen derecho a la prestación médica que se requiera con ocasión de su maternidad y a una indemnización diaria, durante los permisos de maternidad y por adopción establecidos legalmente, la cual no podrá ser inferior al salario normal devengado por la beneficiaria en el mes inmediatamente anterior a la iniciación de los permisos o a la fecha en que éstos debieron otorgarse de conformidad con esta Ley (Ley de Seguro Social Venezuela, Art. 11).

### **4.3. La protección en Chile**

En el Código de Protección de los Trabajadores, el Estado chileno enuncia la siguiente normativa:

Art. 194. La protección a la maternidad se regirá por las disposiciones del presente título y quedan sujetos a ellas los servicios de la administración pública, los servicios semifiscales, de administración autónoma, de las municipalidades y todos los servicios y establecimientos, cooperativas o empresas industriales, extractivas, agrícolas o comerciales, sean de propiedad fiscal, semifiscal, de administración autónoma o independiente, municipal o particular o perteneciente a una corporación de derecho público o privado.

Estas disposiciones beneficiarán a todas las trabajadoras que dependan de cualquier empleador, comprendidas aquellas que trabajan en su domicilio y, en general, a todas las mujeres que estén acogidas a algún sistema previsional.

Ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadoras, su permanencia o renovación de contrato, o la promoción o movilidad en su empleo, a la ausencia o existencia de embarazo, ni exigir para dichos fines certificado o examen alguno para verificar si se encuentra o no en estado de gravidez. (Código de la Protección a los Trabajadores Chile, Art. 194)

Art. 195. Las trabajadoras tendrán derecho a un descanso de maternidad de seis semanas antes del parto y doce semanas después de él.

El padre tendrá derecho a un permiso pagado de cinco días en caso de nacimiento de un hijo, el que podrá utilizar a su elección desde el momento del parto, y en este caso será de forma continua, excluyendo el descanso semanal, o distribuirlo dentro del primer mes desde la fecha del nacimiento.

Este permiso también se otorgará al padre que se encuentre en proceso de adopción, y se contará a partir de la notificación de la resolución que otorgue el cuidado personal o acoja la adopción del menor, en conformidad a los artículos 19 y 24 de la Ley N° 19.620. Este derecho es irrenunciable.

Si la madre muriera en el parto o durante el período de permiso posterior a éste, dicho permiso o el resto de él que sea destinado al cuidado del hijo corresponderá al padre o a quien le fuere otorgada la custodia del menor, quien gozará del fuero establecido en el artículo 201 de este Código y tendrá derecho al subsidio a que se refiere el artículo 198.

El padre que sea privado por sentencia judicial del cuidado personal del menor perderá el derecho a fuero y subsidio establecidos en el inciso anterior.

Los derechos referidos en el inciso primero no podrán renunciarse y durante los períodos de descanso queda prohibido el trabajo de las mujeres embarazadas y puérperas.

Asimismo, no obstante cualquier estipulación en contrario, deberán conservárseles sus empleos o puestos durante dichos períodos, incluido el período establecido en el artículo 197 bis (Código de la Protección a los Trabajadores Chile, Art. 195).

Art. 197. Para hacer uso del descanso de maternidad, señalado en el artículo 195, deberá presentarse al jefe del establecimiento, empresa, servicio o

empleador un certificado médico o de matrona que acredite que el estado de embarazo ha llegado al período fijado para obtenerlo (Código de la Protección a los Trabajadores Chile, Art. 197).

Art. 200. La trabajadora o el trabajador que tenga a su cuidado un menor de edad, por habersele otorgado judicialmente la tuición o el cuidado personal como medida de protección, o en virtud de lo previsto en los artículos 19 o 24 de la Ley N° 19.620, tendrá derecho al permiso postnatal parental establecido en el artículo 197 bis. Además, cuando el menor tuviere menos de seis meses, previamente tendrá derecho a un permiso y subsidio por doce semanas (Código de la Protección a los Trabajadores Chile, Art. 200).

Art. 206. Las trabajadoras tendrán derecho a disponer, a lo menos, de una hora al día, para dar alimento a sus hijos menores de dos años. Este derecho podrá ejercerse de alguna de las siguientes formas a acordar con el empleador:

- a) En cualquier momento dentro de la jornada de trabajo.
- b) Dividiéndolo, a solicitud de la interesada, en dos porciones.
- c) Postergando o adelantando en media hora, o en una hora, el inicio o el término de la jornada de trabajo (Código de la Protección a los Trabajadores Chile, Art. 206).

## **CAPÍTULO III**

### **3. LA NECESIDAD DE AMPLIAR LA PROTECCIÓN**

Habiéndose definido a la maternidad y la paternidad como un conjunto de vínculos que trascienden lo biológico y se ubican en el plano psicológico de los sentimientos y emociones, y que ese tipo de vínculo el que origina a la familia que es el fundamento de la organización actual de la sociedad, resulta evidente que para robustecer a la sociedad es necesario desarrollar todo un conjunto de acciones que fortalezcan a la familia, generando las mejores condiciones para que los vínculos parenterales se ahonden, particularmente en lo que tiene relación con los progenitores, ampliando la protección laboral a la madre y al padre como estrategia conducente a un mejoramiento de la calidad de vida de la familia en general, y particularmente de los hijos.

#### **1. Fundamentos de la ampliación**

La necesidad de la ampliación protectora laboral tiene fundamentos ideológicos, económicos y sociales.

##### **1.1. Fundamentos ideológicos**

El punto de partida está constituido por el principio universal de que los derechos son atributos inmanentes de la persona, que se orientan hacia una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*, conforme enuncia el Preámbulo de la Constitución vigente.

El Buen Vivir no es una entelequia árida o infértil; por el contrario, el concepto del Buen Vivir es una construcción histórica que día a día se perfecciona con la actividad humana orientada por un sentido bioplural que deja de lado las fijaciones propias del antropocentrismo neoliberal materialista y acumulador.

Según René Ramírez (Plan Nacional del Buen Vivir 2009 – 2013, p.10), el Buen Vivir es:

*“la satisfacción de las necesidades, la consecución de una calidad de vida y muerte digna, el amar y ser amado, y el florecimiento saludable de todas y todos, en paz y armonía con la naturaleza y la prolongación indefinida de las culturas humanas. El Buen Vivir presupone tener tiempo libre para la contemplación y la emancipación, y que las libertades, oportunidades, capacidades y potencialidades reales de los individuos se amplíen y florezcan de modo que permitan lograr simultáneamente aquello que la sociedad, los territorios, las diversas identidades colectivas y cada uno –visto como un ser humano universal y particular a la vez- valora como objetivo de vida deseable (tanto material como subjetivamente y sin producir ningún tipo de dominación a otro). Nuestro concepto de buen vivir nos obliga a reconstruir lo público para reconocernos, comprendernos, y valorarnos unos a otros –entre diversos pero iguales- a fin de que prospere la posibilidad de reciprocidad y mutuo reconocimiento, y con ello posibilitar la autorrealización y la construcción de un porvenir social compartido”.*

En este propósito integrador, el artículo 332 de la Constitución proclama el respeto a los derechos reproductivos, marcando así un enfoque radicalmente distinto del hecho biológico a prerrogativa consustancial con el ser humano. Para el efecto reconoce el derecho a la maternidad que debe estar exenta de riesgos laborales y de toda forma de discriminación vinculada con los roles reproductivos. En este punto es necesario destacar el concepto de roles reproductivos, que lleva implícito la calidad de progenitores en sus formas de madre y padre. Esta implicación de roles reproductivos se expresa con amplitud en el artículo 62 Constitucional, cuyo numeral 2 habla de que la madre y el padre están obligados al cuidado, crianza y educación del nuevo ser; y en el numeral 5 del mismo artículo, se promueve la corresponsabilidad materna y paterna en el cumplimiento de los deberes y derechos recíprocos entre madres, padres, hijas e hijos.

Pero el respeto a los derechos reproductivos tiene también sustento en el artículo 67 Constitucional que establece como deber del Estado el general las condiciones para que las familias sean favorecidas integralmente en la consecución de sus fines, siendo uno de estos, precisamente, el ejercicio de los derechos reproductivos. Es componente de este derecho amplio el cuidado y la protección que garantiza el Estado a la vida del nuevo ser humano desde la concepción (Artículo 45 Constitucional), establece como grupo de atención prioritaria a la mujer embarazada (Artículo 43 Constitucional) y modela los derechos reproductivos estableciendo el principio del interés superior del niño, en el artículo 44 de la Constitución.

Toda esta riqueza ideológica está subsumida en el derecho al trabajo de las mujeres, particularmente de las mujeres embarazadas, y de los ciudadanos en general, en cumplimiento del principio contenido en el artículo 33 Constitucional que califica al trabajo como derecho y deber social.

## **1.2. Fundamentos económicos**

El derecho a la propiedad, enunciado en el artículo 321 de la Constitución de la República conlleva explícitamente el deber de que cualquiera de los tipos de propiedad reconocidos debe cumplir una función social y ambiental. Para apreciar la dimensión de este deber (función social) es necesario atender a la norma de interpretación constitucional contenida en el artículo 427 de la Carta Fundamental, que dice que las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. Esto significa que las normas constitucionales deben ser entendidas en el contexto del Buen Vivir.

Es importante destacar que la función social de la propiedad ya estuvo determinada en la Constitución de 1998, y se interpretó como que dicha función social se cumplía con el pago legal de los impuestos, y de esta manera era el Estado el que distribuía la función social. En la visión integral de la Constitución

del 2008, el pago legal de los impuestos es una estrategia de justicia redistributiva, pero la función social de la propiedad se concentra en el bienestar de quienes producen la riqueza como eje central. Al hablar de quienes producen la riqueza, se hace referencia a las y los trabajadores, no como individuos aislados sino como elementos de una unidad nuclear: la familia.

En este sentido, la función social de la propiedad se expresa en los beneficios que la misma irradia hacia las personas vinculadas con su conformación, dentro del concepto de que el capital debe estar subordinado a las necesidades humanas, y no al contrario como contemplaba la constitución de 1998.

Es por esto que las garantías establecidas en el artículo 332 de la Constitución no deben ser tomadas como afectaciones económicas a los sectores empleadores, sino como forma de cumplir la función social de la propiedad en el contexto de la realización de la dignidad humana como meta del concepto constitucional del Buen Vivir.

Para el efecto, es necesario asimilar los alcances de dos conceptos macro económicos fundamentales: el costo social y el beneficio social. El costo social hace referencia lo que le cuesta a la sociedad los problemas o desajustes de cada uno de sus componentes. En el caso de los derechos reproductivos, el que nazca un niño con malnutrición congénita no es solamente un problema para sus progenitores y familia, sino que los costos de su tratamiento, de su inserción en la vida normal y las oportunidades perdidas mientras duró el proceso de inserción tiene un costo para toda la sociedad.

A su vez, el beneficio que implica el nacimiento de un neonato dentro de los parámetros normales de desarrollo significa un menor costo social su inserción y aprovechamiento de sus potencialidades. La sumatoria de unos y otros casos permite apreciar la magnitud de los efectos económicos que implica el ejercicio del derecho a la procreación.

### **1.3. Fundamentos sociales**

Solamente son justificables y aceptables las desigualdades que son consecuencia de acciones elegidas responsablemente, es el axioma que se puede desprender del razonamiento que hace SENPLADES (Plan Nacional del Buen Vivir, p. 92) respecto de las condiciones de discriminación que forma parte de la cultura de interacción entre ciudadanos. En otras palabras, solamente es justificable que una persona sea pobre porque ha decidido ser tal a pesar de tener y estar a su disposición todas las condiciones, oportunidades y circunstancias que hagan distinta su situación.

Pero los derechos, entre ellos el de la reproducción, no son simple actos de conducta volitiva sino expresiones de la dignidad de los seres humanos, consustanciales con su personalidad e irreductibles por acto ilegal de fuerza. Por lo tanto, cualquier forma de limitación al ejercicio del derecho a la procreación no solamente es inconstitucional sino también innatural, entendido esto como la vulneración al atributo natural de todo ser humano, consustancial con tal calidad, como es el ser sujeto de derechos. En este sentido, la discriminación latente a la mujer embarazada y las artimañas para menoscabar las normas legales que protegen tal condición son socialmente reprochables y perseguibles.

### **2. Aspectos de la ampliación**

La ampliación de la protección a la madre embarazada, que cumple jornadas laborales en relación de dependencia pública o privada, se enfoca en el otorgamiento de todo el tiempo posible para que la gestante atienda de manera prioritaria y exclusiva al fruto por nacer.

## **2.1. En el período del pre y post parto**

Durante el embarazo, tanto la madre como el feto afrontan diversos peligros. En el caso de la madre, estos peligros pueden deberse a enfermedades previas a la gestación como hipertensión, diabetes, etc. que deberán ser tratadas con mayor atención durante el curso del embarazo; o también se pueden adquirir enfermedades propias de tal embarazo como la toxemia o intoxicación gravídica cuyos síntomas básicos son hinchazón, incremento de la tensión arterial y albuminuria, situaciones que pueden desembocar en la eclampsia, que es peligrosa para la vida de la madre y el nuevo ser. A esto se une el riesgo permanente de infección del tracto pélvico-urinario debido a contagio por el uso de inodoros contaminados, muy propios de los centros de trabajo.

Luego del alumbramiento, las principales manifestaciones se producen durante el período denominado puerperio en el que los órganos involucrados en el proceso de gestación experimentan una contracción hasta volverlos al estado normal, requiriéndose especial cuidado en la higiene y la expulsión genital de los loquios, elementos altamente infecciosos que afectan la zona perineal.

De manera adicional se produce una alteración de índole psicológica-emocional en la madre que puede degenerar en la depresión post parto, especialmente perniciosa para las relaciones afectivas con el hijo recién nacido, y que demandan asistencia especializada. Por todas estas razones se hace necesario que se extienda la ampliación de la protección por parto, de tal manera que la madre pueda superar adecuadamente los trastornos físicos y emocionales derivados de su embarazo.

## **2.2. En la lactancia**

La lactancia materna desde el momento del nacimiento de la criatura se puede considerar como el puente natural entre la vida intrauterina y la adaptación al mundo exterior. Las cualidades proteínicas del calostro son fundamentales para el desarrollo especialmente neuronal del niño, pues la riqueza proteica

permite un mejor desarrollo dendrítico con una mayor proliferación de interconexiones sinápticas, haciendo que las neuronas establezcan un denso tejido de nervios proclives a percibir, procesar y transmitir información. El gran equilibrio entre los componentes energéticos en forma de proteínas, grasas, lactosa, minerales, vitaminas y agua contenidos en la leche materna, hace de ésta el elemento más adecuado para cubrir las necesidades nutricionales de acuerdo a las características fisiológicas del organismo del niño en los primeros meses de vida.

Otro aspecto muy importante a considerar es que durante la gestación el feto está aislado y protegido del mundo exterior, pero una vez alumbrado debe hacer frente al riesgo de infecciones. En este caso, la leche materna desempeña un papel fundamental pues contiene sustancias que aseguran la barrera inmunológica del niño, reduciendo el riesgo de infecciones y disminuyendo la gravedad de éstas, si a pesar de todo llegan a ocurrir. En el aspecto psicológico, la lactancia establece un contacto estrecho entre la madre y el hijo, y la asociación de este contacto con la satisfacción de unas necesidades biológicas crea un vínculo poderoso y da al lactante una sensación de seguridad y protección que influye de manera determinante en su desarrollo físico y emocional durante la niñez y la adolescencia.

Por estas consideraciones es imperativo ampliar la protección del período de lactancia lo más posible, a fin de que el beneficio social de un nuevo ser sano, saludable y con capacidad de incorporarse al saber sea mayor.

### **2.3. En casos especiales**

Básicamente, durante el embarazo y posterior alumbramiento pueden presentarse casos especiales, como son el nacimiento de niños con malformaciones congénitas o embarazos múltiples, en cuyo caso el período protector debe extenderse lo más posible.

En el primer caso, las malformaciones congénitas pueden expresarse en forma de partos prematuros, siendo necesario que el feto termine de madurar fuera de la matriz materna, período de intensa ansiedad de la familia pues el auxilio de la medicina es irremplazable, con los efectos consiguientes en la economía del hogar. Otra forma de malformación congénita la constituyen los síndromes que hacen al recién nacido especialmente frágil y necesitado de permanente atención tanto médica como de la familia.

En el caso de embarazos múltiples, la presencia de dos o más recién nacidos hace que la familia, especialmente la pareja progenitora, tenga que duplicar por lo menos sus formas de atención y cuidado, lo que ocasiona un mayor agotamiento físico y emocional y la necesidad de contar con el mayor tiempo posible para atender adecuadamente a cada uno de los recién nacidos. En estos casos, la necesidad de ampliar el período protectorio es evidente.

### **3. Ámbito de la ampliación protectoria**

Se define como ámbito de la ampliación protectoria al aspecto de la realidad humana de cada uno de los progenitores que se desea fortalecer a través del efectivo goce de los derechos constitucionales. En este contexto, la expresión material de la norma protectoria se expresa en parámetros de tiempo y dinero, pero la incidencia de estos parámetros no es igual en el caso de la madre y del padre, conforme se visualiza a continuación.

#### **3.1. En el caso de la madre**

La ampliación del período protectorio, en el caso de la madre, está enfocada básicamente en la preservación de la salud tanto de la mujer trabajadora como del hijo recién nacido. Esta preservación es de carácter físico, psicológico y emocional, que se traducen en la conservación de las facultades para el trabajo; el generar las condiciones de la necesaria empatía para que el nuevo ser sienta la confianza y la protección propias de la condición madre-hijo; y el desarrollo de los vínculos afectivos propios de la maternidad.

Estos factores tienen como denominador común el tiempo que se dedica a cada uno de los aspectos: mientras mayor sea el tiempo que se dedica a cuidar la salud de la madre y del hijo, mayor es la posibilidad de que las dos personas se encuentren físicamente sanas; mientras mayor es el tiempo en que la madre y el hijo permanecen juntos será mayor la empatía entre los dos, con el conocimiento mutuo y prevenible de las características personales correspondientes; y mientras mayor sea el tiempo que la madre acuna a su hijo, lo mimas y lo contempla, mayor será el vínculo de afecto y sentido de pertenencia que se desarrollará entre los dos.

Es por esto que se afirma que de la duración de la proximidad entre madres e hijos, depende la intensificación del bienestar y el fortalecimiento de los vínculos afectivos, que se expresan inclusive con un mejor estado de salud física. Este mayor tiempo compartido se logra cuando la propiedad cumple su función social, y provee de los elementos económicos necesarios para el sostenimiento de la relación.

### **3.2. En el caso de padre**

El artículo 69 de la Constitución, inserto en el capítulo que habla sobre los derechos de libertad, dice que para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia, “1. Se promoverá la maternidad y paternidad responsables; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo”. Esta disposición constitucional, cuyo énfasis radica en la igualdad de deberes de los progenitores respecto de sus hijos, es complementada por el contenido de la parte final del segundo inciso del artículo 333 Constitucional, que dice que el Estado impulsará la corresponsabilidad y reciprocidad de hombres y mujeres en el trabajo doméstico y en las obligaciones familiares.

En aplicación de estas visiones igualitarias y solidarias dentro de la familia, se incorporó en el Código del Trabajo la licencia por paternidad, institución que propende a que el padre comparta las tareas y cuidados que la madre prodiga al nuevo ser. Los beneficios de esta incorporación deberán ser evaluados no solamente desde el punto de vista del asumir las obligaciones propias del progenitor, sino desde la perspectiva de su real contribución a la disminución de la violencia doméstica, conforme sugiere el estudio realizado por el Instituto Estatal de las Mujeres del Estado de Nuevo León, México, y recogido en el libro “Eliminando la violencia de género: un llamado a la acción global para que todos los hombres participen.”

En esta obra se desarrolla el criterio de que la violencia es un problema global que se manifiesta en todos los niveles de la sociedad, siendo éste uno de los problemas más urgentes y costosos de la sociedad. Se sostiene que mucha de la violencia tiene su origen en las relaciones de género y la mayor parte de la violencia de género es la que ejercen los hombres contra los niños, niñas, mujeres y otros hombres, siendo las desigualdades de género las que las propician pues son cultivadas socialmente y culturalmente, y que para ayudar a eliminar la violencia de género se deben transformar estas relaciones de género bajo un modelo de responsabilidad, a través de la rehabilitación, con modelos basados en el interés y desarrollo de hombres, niños y jóvenes, incluyendo a hombres y comunidades socialmente excluidas.

Una forma de transformar esas relaciones de género con la consiguiente disminución de la violencia intra familiar es la mayor participación de los hombres en el cuidado y la crianza de los niños, que genera mejores relaciones de afecto y respeto filial, a la vez que valora el trabajo materno y genera excedentes de tiempo que pueden dedicar las mujeres a funciones de producción fuera del núcleo familiar, conforme la evidencia empírica determinada en estudios realizados en Europa del Norte y en sociedades australianas donde no existe una marcada división del trabajo por razones de género.

“Las relaciones entre hombres y mujeres también varían. La violencia de género parece más alta cuando la igualdad de género es más baja; cuando los hombres se sienten con mayor valor que las mujeres, cuando son enseñados a sentirse superiores con respecto a ellas. Así, las sociedades y culturas varían enormemente en su aporte hacia la violencia de género. Mientras la violencia de género está sostenida invariablemente por estructuras sociales, políticas, económicas e ideológicas, la extensión, expresión y monto de esa violencia varía enormemente” (Eliminando la violencia de género, 2005, p. 35).

El estudio sostiene que esta estructura ideológica de superioridad del hombre respecto de la mujer, hijas e hijos, tiene tendencia al cambio cuando el hombre se involucra en el cuidado de las niñas y los niños. “Contrario a esas personas que creen que los hombres están programados y predispuestos para ejercer la violencia que aniquila, creemos que los hombres pueden aprender, crear y desarrollar mejores maneras para resolver los conflictos. (Op.cit. p.38), y que esto sería demostrable cuando el padre asume un rol más activo en el cuidado y la protección del nuevo ser, pues esa conciencia de responsabilidad hace que genere nuevas condiciones de respeto con los integrantes de su familia.

*“Creemos que la promoción activa para que los hombres se involucren y se comprometan en el cuidado directo de los niños, tanto en el mundo privado de la familia como en las instituciones públicas y de la comunidad, es un elemento central en las estrategias para terminar con la violencia de género. Mientras que las opiniones varían acerca de la importancia de que los hombres promuevan el desarrollo saludable de los niños, particularmente de niños con padres ausentes o que están educados dentro de modelos de roles masculinos que persisten pero que pueden crecer para ser individuos sanos, existe evidencia de que mientras más positivo y sustancioso sea el contacto que los niños tengan con los hombres –especialmente en las tareas de la casa y en el cuidado de los niños, donde comparten roles y tareas con las mujeres de forma no tradicional- es más seguro que desarrollen identidades y roles*

*de género con orientaciones más sensibles y más abiertas. Los niños que han sido educados de esta manera seguramente serán los que menos utilicen la violencia (contra las mujeres, contra otros hombres o contra ellos mismos). Las niñas educadas también de esta manera estarán seguramente menos sujetas a aceptar la violencia como parte de sus vidas” (Op.cit. p. 54)*

Como se puede ver, la ampliación del período de protección por paternidad tiene también la posibilidad de cumplir una función preventiva de la violencia intrafamiliar o de género, hecho que de por sí justifica la propuesta de ampliación

#### **4. Propuesta de ampliar la protección**

##### **4.1. Reformas del código del trabajo**

###### **4.1.1 Reforma contrato de prueba**

El artículo que determina el contrato a prueba debe ser reformado en beneficio de la mujer gestante, señalando lo que establece el autor Fernández “admitir la garantía de estabilidad reconocida en protección de la maternidad tiene aplicación aún durante el lapso de prueba, por lo que el despido inmotivado dentro de este periodo genere el derecho de percibir de una indemnización” (Fernández, 2010, pp. 567-568), con ello se sancionar al empleador con un rubro económico en el caso que despida a la mujer. Por su parte y como información, existe una nueva corriente protectora que habla de declarar – mediante reforma al Código de Trabajo- nula y sin valor cualquier forma de despido intempestivo de la mujer embarazada, aspecto que se encuadra de mejor manera en el espíritu constitucional de protección y a las normas internacionales sobre el derecho al trabajo, pero que no se desarrollan en esta propuesta.

El artículo 15 vigente del Código de Trabajo estipula lo siguiente:

**“Art. 15.- Contrato a prueba.-** En todo contrato de aquellos a los que se refiere el inciso primero del artículo anterior, cuando se celebre por primera vez, podrá señalarse un tiempo de prueba, de duración máxima de noventa días. Vencido este plazo, automáticamente se entenderá que continúa en vigencia por el tiempo que faltare para completar el año. Tal contrato no podrá celebrarse sino una sola vez entre las mismas partes.

Durante el plazo de prueba, cualquiera de las partes lo puede dar por terminado libremente” (Lo subrayado me corresponde)

Se propone la siguiente reforma al artículo 15 inciso 2:

*“Durante el plazo de prueba, cualquiera de las partes lo puede dar por terminado libremente. En el caso que una mujer se encuentre embarazada durante el periodo de prueba, no se podrá dar por terminado el contrato de trabajo; si se produce un despido intempestivo se contemplará la regla de la indemnización a la mujer embarazada”.*

#### **4.1.2. Reforma para la licencia para la adopción**

El Código de Trabajo determinar una licencia por adopción de 15 días desde el momento que entregan formalmente a la criatura a los padres. Se considera que para un caso tan especial como la figura de la adopción, debería extenderse la licencia con sueldo por el mismo tiempo que adquiere la madre y el padre con un hijo natural, porque un niño que no ha sido concebido de una manera natural y que no conoce a sus padres es más difícil que se incorpore a un hogar desconocido, esto significa que los padres requieren de un mayor tiempo para asimilar al nuevo miembro y a su vez incorporarlo en su familia como si fuese un niño natural.

#### **4.1.3. Reforma a la licencia para la madre y el padre**

Es importante que se incorpore una actualización respecto al periodo de maternidad y paternidad en el Ecuador para que sea aplicable sin perjudicar al

empleador y trabajador, para lo cual se plantea la reforma al artículo 152 del Código de Trabajo vigente en donde se establece los días de descanso para la madre y para el padre, que se lo estipula de la siguiente manera:

**“Art. 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 de Trabajo, Art. 152).

Se plantea la reforman al artículo 152 del Código de Trabajo de la siguiente manera:

***“LICENCIA POR MATERNIDAD.-La mujer trabajadora tendrá derecho a una licencia de (4 semana) antes del parto y de veinte (20) semanas después del parto, conservando su remuneración mensual por el nacimiento de su hija o hijo; en caso de nacimientos múltiples el plazo se extiende por veinte días adicionales.***

*Para hacer efectivo su derecho a la licencia de maternidad durante la ausencia al trabajo se justificará su estado de gravidez 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”.*

#### **4.1.4. Reforma a la licencia por paternidad**

Se propone incorporar en el Código de Trabajo un artículo en donde señale específicamente la prolongación del tiempo de la paternidad, considerando que el Estado añada un subsidio durante el tiempo de paternidad para proponer una reforma de la licencia por el primer mes de vida de su hijo o hija. Actualmente el empleador es el que asume la totalidad de la remuneración del tiempo que el padre se encuentra gozando de la licencia de paternidad. En consecuencia, se propone agregar el siguiente artículo sobre la aplicación de la licencia por paternidad:

***“LICENCIA POR PATERNIDAD.- El padre gozará de una licencia de treinta días por el nacimiento de su hijo o hija, en el caso que sean múltiples se extenderá por diez días.***

***Si el hijo o hija naciere prematuro o en condiciones de cuidado especial, se prolongará la licencia 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, justificando a su empleador con un certificado emitido por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o por un médico certificado.*

*Si la madre falleciere durante el parto o posterior a él, el padre gozará de la licencia que le corresponde a la madre”.*

#### **4.1.5. Reforma a la licencia por lactancia**

La licencia por lactancia ha sido extendida por 12 meses, sin embargo no se la ha incorporado en el texto del Código de Trabajo, por lo que se sugiere agregar el siguiente artículo:

*“LICENCIA POR LACTANCIA.- Se concede a la madre trabajadora una jornada especial por lactancia, otorgándole dos horas diarias durante doce meses contados desde la reincorporación de la licencia de maternidad.*

*La madre no podrá ser objeto de despido durante la lactancia, se sancionará al empleador con una indemnización de un año por despido intempestivo.”*

En el proyecto del nuevo Código de Trabajo se señala una indemnización por dos años para el empleador que despida a la mujer trabajadora durante el goce de la licencia por maternidad. Siendo indispensable incorporar una sanción para que no sean objeto de despido mientras goza de un derecho consagrado por las leyes ecuatorianas.

## **4.2. Reforma de la ley de seguridad social**

### **4.2.1. Reforma al subsidio por maternidad y paternidad**

El Estado ecuatoriano otorga un subsidio durante la maternidad que corresponde el 75% que cubre la remuneración, el cual debería ser incrementada al 100% para eliminar el 25% que cubre el empleador durante su ausencia, por lo que se configuraría un beneficio a la libre contratación de las mujeres. Además, consideramos conveniente que se incorpore un subsidio para el padre durante el goce de su licencia de paternidad, para lograr una ampliación a los días que le concede la ley. Por estas razones, se sugiere agregar el siguiente artículo en la ley de Seguridad Social:

*“SUBSIDIO POR MATERNIDAD Y PATERNIDAD.- El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social otorga un subsidio del 100% de la remuneración durante la maternidad, liberando al empleador del pago mensual por concepto de remuneración de la trabajadora.*

*El padre durante la licencia de paternidad será subsidiado por Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social con el 75% de su remuneración y el empleador cubrirá el 25% para completar lo que percibe mensualmente”.*

## **CONCLUSIONES**

1. El concepto de maternidad biológica o maternidad plena implica al conjunto de situaciones que vive la mujer durante la época de gestación, nacimiento de la nueva persona, cuidados posteriores y atención y ayuda al recién nacido; es decir: concepción, embarazo, parto, crianza y desarrollo, sin descuidar también la educación de la madre mucho antes de la gestación, en diferentes edades y épocas de su vida, en cuanto a la conservación adecuada de sus funciones generativas, para el mejor cumplimiento de su función biológica maternal.

2. El concepto de paternidad biológica implica la relación parental que resulta de la capacidad de engendramiento materializada en un nuevo ser, al que el engendrante prodiga las expresiones de cuidado y protección propias de la cultura en que se halla inmerso. Es importante destacar, en este contexto, que el simple engendramiento no es suficiente para definir la paternidad biológica, pues las atenciones y cuidados que brinda el progenitor están inmersas en esa capacidad, generando un conjunto de vínculos afectivos que le unen con el nuevo ser. Por lo tanto, la paternidad biológica trasciende el instinto de reproducción y configura una relación que le hace identificable respecto de la nueva persona, que deriva hacia la responsabilidad que adquiere por la misma y que se consagra en la ley.
  
3. La filiación es el vínculo jurídico que une a un hijo con su padre o con su madre y que consiste en la relación de parentesco establecida por la ley entre un ascendiente y su inmediato descendiente, o sea, su descendiente en primer grado.
  
4. Los derechos de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia constan en el artículo 43 de la Constitución de la República, y son:
  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.
  
5. Diversos instrumentos internacionales protegen a la mujer trabajadora embarazada. Entre otros están: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, La Convención de la Organización Internacional del Trabajo, el Convenio sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación, el

Convenio 102 referido a la Situación Laboral de la Mujer, y el Convenio sobre la Protección de la Maternidad.

6. La mujer embarazada, cuando mantiene un contrato de trabajo, es decir una relación de dependencia con su empleador, se encuentra inmersa en todos los beneficios que gozan los trabajadores, siendo uno de ellos el descanso cuando una mujer tiene conocimiento de su estado de concepción. Para ser beneficiaria de estos derechos, es obligación de la mujer comunicar a su empleador el momento del conocimiento de su estado de gestación, para lo cual debe entregar un certificado del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. El empleador al tener conocimiento y la certeza que su trabajadora se encuentra embarazada una vez que ha presentado el certificado otorgado por el IESS, se encuentra en la obligación de conceder los beneficios que por ley corresponden a la mujer trabajadora, efectivamente el empleador tiene el derecho de obtener la información oportuna respecto a la aplicación de los beneficios tanto para su seguridad y la de su trabajadora.
7. El artículo 148 del Código de la Niñez y Adolescencia dispone que 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 periodo de lactancia, por un tiempo de doce meses contados desde el acontecimiento del hijo o hija, si la criatura muere dentro del vientre materno, o el niño o niña fallece luego del parto, la protección a la madre subsistirá hasta por un período no mayor a doce meses contados desde que se produjo la muerte del niño o niña.
8. Existen numerosos precedentes jurisprudenciales de casación que protegen a la mujer embarazada por situaciones laborales, ya sea por despido intempestivo, por liquidación de haberes como consecuencia del despido intempestivo y por inaplicación de las normas protectivas, lo que robustece la seguridad jurídica.

9. La legislación de países de diversa línea ideológica demuestra la permanente protección a la mujer trabajadora embarazada. Regímenes de economía centralmente planificada como Cuba, de economía regulada por el Estado como Venezuela, y de economía de libre mercado como Chile, coinciden en otorgar un tratamiento especial a la mujer trabajadora embarazada que se traduce en beneficios de ausencia de las jornadas laborales y prestaciones económicas.
  
10. Siendo, en esencia, la maternidad y la paternidad un conjunto de vínculos que trascienden lo biológico y se ubican en el plano psicológico de los sentimientos y emociones, y que ese tipo de vínculo el que origina a la familia que es el fundamento de la organización actual de la sociedad, resulta evidente que para robustecer a la sociedad es necesario desarrollar todo un conjunto de acciones que fortalezcan a la familia, generando las mejores condiciones para que los vínculos parenterales se ahonden, particularmente en lo que tiene relación con los progenitores, ampliando la protección laboral a la madre y al padre como estrategia conducente a un mejoramiento de la calidad de vida de la familia en general, y particularmente de los hijos.
  
11. La ampliación de la acción protectora a la mujer trabajadora embarazada tiene fundamentos ideológicos, económicos y sociales.
  
12. El fundamento ideológico de la ampliación protectora está contenido en el propósito integrador contenido en el artículo 332 de la Constitución de la República, que proclama el respeto a los derechos reproductivos, marcando así un enfoque radicalmente distinto del hecho biológico a prerrogativa consustancial con el ser humano. Para el efecto reconoce el derecho a la maternidad que debe estar exenta de riesgos laborales y de toda forma de discriminación vinculada con los roles reproductivos. En este punto es necesario destacar el concepto de roles reproductivos, que lleva implícito la calidad de progenitores en sus formas de madre y padre.

- 13.** El fundamento económico se sustenta en la asimilación de los alcances de dos conceptos macro económicos fundamentales: el costo social y el beneficio social. El costo social hace referencia lo que le cuesta a la sociedad los problemas o desajustes de cada uno de sus componentes. En el caso de los derechos reproductivos, el que nazca un niño con malnutrición congénita no es solamente un problema para sus progenitores y familia, sino que los costos de su tratamiento, de su inserción en la vida normal y las oportunidades perdidas mientras duró el proceso de inserción tiene un costo para toda la sociedad. A su vez, el beneficio que implica el nacimiento de un neonato dentro de los parámetros normales de desarrollo significa un menor costo social su inserción y aprovechamiento de sus potencialidades. La sumatoria de unos y otros casos permite apreciar la magnitud de los efectos económicos que implica el ejercicio del derecho a la procreación.
  
- 14.** El fundamento social radica en el pleno respeto de los derechos humanos, entre ellos los atinentes a la reproducción, que no son simple actos de conducta volitiva sino expresiones de la dignidad de los seres humanos, consustanciales con su personalidad e irreductibles por acto ilegal de fuerza. Por lo tanto, cualquier forma de limitación al ejercicio del derecho a la procreación no solamente es inconstitucional sino también innatural, entendido esto como la vulneración al atributo natural de todo ser humano, consustancial con tal calidad, como es el ser sujeto de derechos. En este sentido, la discriminación latente a la mujer embarazada y las artimañas para menoscabar las normas legales que protegen tal condición son socialmente reprochables y perseguibles.
  
- 15.** La ampliación protectora a la mujer trabajadora embarazada debe darse en el período pre y post parto, durante la lactancia y en casos especiales.
  
- 16.** La ampliación del período protectorio está enfocada básicamente en la preservación de la salud tanto de la mujer trabajadora como del hijo recién nacido. Esta preservación es de carácter físico, psicológico y emocional,

que se traducen en la conservación de las facultades para el trabajo; el generar las condiciones de la necesaria empatía para que el nuevo ser sienta la confianza y la protección propias de la condición madre-hijo; y el desarrollo de los vínculos afectivos propios de la maternidad.

- 17.** En la actualidad se construyen sociológicamente visiones igualitarias y solidarias dentro de la familia, por lo que se incorporó en el Código del Trabajo la licencia por paternidad, institución que propende a que el padre comparta las tareas y cuidados que la madre prodiga al nuevo ser. Los beneficios de esta incorporación deberán ser evaluados no solamente desde el punto de vista del asumir las obligaciones propias del progenitor, sino desde la perspectiva de su real contribución a la disminución de la violencia doméstica, como permiten apreciar diversos estudios realizados en el exterior.
- 18.** Ante la evidencia de que la violencia tiene su origen en las relaciones de género y la mayor parte de la violencia de género es la que ejercen los hombres contra los niños, niñas, mujeres y otros hombres, siendo las desigualdades de género las que las propician pues son cultivadas socialmente y culturalmente, y que para ayudar a eliminar la violencia de género se deben transformar estas relaciones de género bajo un modelo de responsabilidad, a través de la rehabilitación, con modelos basados en el interés y desarrollo de hombres, niños y jóvenes, incluyendo a hombres y comunidades socialmente excluidas, se considera que una forma de transformar esas relaciones de género con la consiguiente disminución de la violencia intra familiar es la mayor participación de los hombres en el cuidado y la crianza de los niños, que genera mejores relaciones de afecto y respeto filial, a la vez que valora el trabajo materno y genera excedentes de tiempo que pueden dedicar las mujeres a funciones de producción fuera del núcleo familiar. Por esta consideración es que la propuesta conlleva la necesidad de que la ampliación protectora sea extendida también a los padres de familia de la mujer trabajadora que ha alumbrado al nuevo ser.

## RECOMENDACIONES

Como producto del presente trabajo de titulación, se propone reformar el Código del Trabajo y la Ley de Seguridad Social en los siguientes términos:

### a) REFORMAS DEL CÓDIGO DEL TRABAJO

Artículo 1.- Sustitúyase el segundo inciso del artículo 15, por el siguiente:

*Durante el plazo de prueba, cualquiera de las partes lo puede dar por terminado libremente. En el caso que una mujer se encuentre embarazada durante el periodo de prueba, no se podrá dar por terminado el contrato de trabajo; si se produce un despido intempestivo se contemplará la regla de la indemnización a la mujer embarazada.*

Artículo 2.- Sustitúyase el artículo 152, por el siguiente:

**LICENCIA POR MATERNIDAD.**-*La mujer trabajadora tendrá derecho a una licencia de (4 semana) antes del parto y de veinte (20) semanas después del parto, conservando su remuneración mensual por el nacimiento de su hija o hijo; en caso de nacimientos múltiples el plazo se extiende por veinte días adicionales.*

*Para hacer efectivo su derecho a la licencia de maternidad durante la ausencia al trabajo se justificará su estado de gravidez 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.*

Artículo 3.- A continuación del artículo 152, incorpórense los siguientes artículos innumerados:

*Art...- LICENCIA POR PATERNIDAD.- El padre gozará de una licencia de treinta días por el nacimiento de su hijo o hija, en el caso que sean múltiples se extenderá por diez días.*

*Si el hijo o hija naciere prematuro o en condiciones de cuidado especial, se prolongará la licencia 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, justificando a su empleador con un certificado emitido por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o por un médico certificado.*

*Si la madre falleciere durante el parto o posterior a él, el padre gozará de la licencia que le corresponde a la madre.*

*Art...- LICENCIA POR LACTANCIA.- Se concede a la madre trabajadora una jornada especial por lactancia, otorgándole dos horas diarias durante doce meses contados desde la reincorporación de la licencia de maternidad.*

*La madre no podrá ser objeto de despido durante la lactancia, se sancionará al empleador con una indemnización de un año por despido intempestivo.*

## **b) REFORMA DE LA LEY DE SEGURIDAD SOCIAL**

Artículo 4.- A continuación del artículo 105, agréguese el siguiente artículo innumerado:

*Art...- SUBSIDIO POR MATERNIDAD Y PATERNIDAD.- El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social otorga un subsidio del 100% de la remuneración durante la maternidad, liberando al empleador del pago mensual por concepto de remuneración de la trabajadora.*

*El padre durante la licencia de paternidad será subsidiado por Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social con el 75% de su remuneración y el empleador cubrirá el 25% para completar lo que percibe mensualmente”.*

## REFERENCIAS

- Alberdi, I. y Escario P. (2007). *Los Hombre jóvenes y la paternidad*. España.
- Aquilino, L. y Martínez, P. (2003). *Evaluación Psicológica y Psicopatológica de la Familia*. (2ª. ed.) Madrid: Instituto de Ciencias para la Familia. Universidad de Navarra.
- Avilés, E. (2012) recuperado de [www.encyclopediadelecuador.com/](http://www.encyclopediadelecuador.com/)
- Bitblioteca (s.f.)*. Ley Orgánica del Trabajo de Venezuela. Recuperada el 23 de Abril de 2014 de: <http://www.analitica.com/bitblioteca/venezuela/>
- Cabanellas, G. (1981). *Diccionario Enciclopédico Usual*. Buenos Aires.
- Carrasco, M., Mina, A., Labrador, J. y Briz, Carlo. (1995). *Mujer, Trabajo y Maternidad*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas de Madrid.
- Cepal, (2003). Decreto- Ley No. 234 "De la Maternidad de la Trabajadora" Habana. Recuperado el 30 de Mayo de 2014 de: [http://www.cepal.org/oig/doc/Cub\\_2003](http://www.cepal.org/oig/doc/Cub_2003)
- Código de la Protección a los Trabajadores Chile (2014). Recuperado el 14 Mayo de 2014 de: <http://www.dt.gob.cl/legislacion/>
- Código del Trabajo del Ecuador, Ley ROs.157 (2005). Recuperado el 12 de Mayo de 2013 de: <http://www.silec.com.ec/>
- Declaración Universal de los Derechos Humanos,, (1998) recuperado de <http://www.un.org/>
- Diccionario Jurídico Lexis*, recuperado de [www.silec.com.ec](http://www.silec.com.ec)
- Everingham, Ch. (1997). *Maternidad: autonomía y dependencia*. Madrid, España.
- Fernández, D. (2003). *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*. Buenos Aires, Argentina.
- Fernández, J. (2010). *Derecho del Trabajo*. (1ª. ed.). Buenos Aires.
- García, G. (1972) *Incidencia de la Medicina y biológica moderna en el derecho civil español*. Madrid.
- Gómez, M. (1993). *La Fecundación In vitro y la Filiación* (1ª. ed.). Chile.
- Herrera, M, y Kemelmajer, A. (2009). *La Familia en el Nuevo Derecho*. Buenos Aires, Argentina.

- Holguín J. y Páez, J. (2009). *Derecho Civil del Ecuador, Volumen II: Derecho Matrimonial*. Ecuador, Quito.
- ILO. (2000). C 169 Convenio Sobre la Protección de la Maternidad. Recuperado el 14 de Abril de 2014 de: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?>
- ILO. (2008). *Ley de Seguro Social*. Rrecuperado el 4 de Mayo de 2014 de: <http://www.ilo.org/>
- Instituto Estatal de las Mujeres, Nuevo León (2005) *Eliminando la violencia de género: un llamado global para que todos los hombres participen*, Monterrey, N.L., México.
- Jimenez, F. y Vide, C. (2012). *La Reproducción Asistida y su Régimen Jurídico*. (1ª ed).Madrid.
- Monesterolo, G. (2012). *Curso de Derecho Laboral Ecuatoriano*. (1ª. ed.). Ecuador: Universidad Técnica Particular de Loja.
- Omeba (s.f.). Enciclopedia Jurídica Omeba. Recuperado el 2 de Mayo de 2014 de : <http://www.omeba.com/>
- Ossorio, M. (1986) *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, Guatemala, Ediciones DATASCÁN*.
- Lemarae (s.f.). Real Academia de la Lengua. Recuperado el 15 de junio de 2014) de: (<http://lema.rae.es/drae/>,
- Ramos, R. (1999). *Derecho de la Familia*. (2ª. ed.) Chile, Santiago.
- Robalino, I. (1994). *Manual de Derecho del Trabajo*. (1ª. ed.). Ecuador, Quito
- Russel, E (s/a). Manual de Derecho de Familia, Chile)
- SALVAT (2004) *La Enciclopedia*, Salvat Editores S.A., Madrid.
- SENPLADES (2009) *Plan Nacional para el Buen Vivir 2009 – 2013*, Imprenta Mariscal, Quito.
- Silec, (2006) Ley de Maternidad Gratuita y Atención a la Infancia, Ley ROs. 349 Recuperado el 10 de Mayo de 2014 de: <http://www.silec.com.ec/>
- Silec, (2011) Ley de Seguridad Social del Ecuador, Ley ROs. 465 (2011), Recuperado el 14 Abril de 2014 de: <http://www.silec.com.ec/>
- Silec, (s.f.). Corte Constitucional. Recuperado el 25 de Mayo de: <http://www.silec.com.ec/>

- Silec, (2008). Constitución de la República del Ecuador, Ley ROs. 449. Recuperado el 20 de noviembre de 2013 de <http://www.silec.com.ec/>
- Silec, (2003). Código de la Niñez y Adolescencia, Ley ROs. 737. Recuperado el 10 de Abril del 2014 de <http://www.silec.com.ec/>
- Silec, (s.f.). Corte Suprema de Justicia Primera Sala de lo Laboral y Social. Recuperado el 22 Abril de 2014 de: (<http://www.silec.com.ec/>
- Silec, (s.f.). Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Laboral y Social, Recuperado el 20 de diciembre de 2014 de <http://www.silec.com.ec/>
- Teleamazonas (s.f.). El trabajo de la mujer en la sociedad, revisa las estadísticas. Recuperado el 02 de abril del 2014 de: <http://www.teleamazonas.com/>
- Torres, E. (2003). Breves Comentarios al Código de la Niñez y Adolescencia.
- Trujillo, J. (2008). Derecho del Trabajo. Ecuador, Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
- Tuber, S. (1996) Figuras de la madre. Madrid, Ediciones Cátedra.

## **ANEXOS**

**DESPIDO A MUJER EMBARAZADA. Expediente 406, Registro Oficial 323,  
10 de Mayo del 2001.**

ACTORA: Mónica Rodríguez Camacho.

DEMANDADO: Diners Club del Ecuador SA.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
SEGUNDA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL.

Quito, enero 17 del 2001; las 16h50.

El abogado César Paladines Cruz, apoderado especial de Diners Club del Ecuador S.A., dentro del juicio laboral que le sigue Mónica Rodríguez Camacho de Cabello, inconforme con el fallo dictado por la Segunda Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, interpone recurso de casación, afirmando que en la sentencia que impugna, se han infringido los preceptos de los artículos 119, 121, 125, 135, 144, 168, 173, 211 y 220 del Código de Procedimiento Civil; artículo 154 inciso tercero y 593 del Código del Trabajo; artículo 24 numeral 1 de la Constitución Política; y, artículo 19 de la Ley de Casación. Fundamente su recurso en lo que prescriben las causales primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación. Siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera:

**PRIMERO.-** La competencia de esta Sala se halla radicada en virtud de lo dispuesto en el artículo 200 de la Constitución Política y por la razón de sorteo que obra de fojas 1 de este cuaderno.

**SEGUNDO.-** La confrontación de lo sostenido por el casacionista con las piezas procesales pertinentes, permite a la Sala observar lo siguiente. a) Es criterio de este Tribunal que una misma norma de derecho, no puede ser al mismo tiempo no aplicada, indebidamente aplicada o erróneamente interpretada, como pretende el demandado, sin embargo, se ha aceptado a trámite el recurso; b) El único punto materia de este juicio es la indemnización

consagrada en el artículo 155 del Código del Trabajo, reclamada por la demandante; c) El accionado en su escrito de interposición del recurso, invoca la norma del artículo 154, inciso tercero del Código del Trabajo, pues considera que no se han cumplido con los requisitos que exige esa norma legal. Cite también para sostener su recurso varios preceptos del Código de Procedimiento Civil sobre la prueba, sobre los instrumentos públicos y sobre la prueba testimonial.

**TERCERO.-** El artículo 154, inciso tercero del Código del Trabajo textualmente dice: "Salvo en casos determinados en el Art. 172 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". Es uno sólo el requisito que exige la norma citada, para proteger a la mujer embarazada de despido o desahucio: la justificación del estado de gravidez mediante certificado médico "otorgado por un profesional del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y, a falta de éste por otro facultativo". Al respecto, la Sala de Alzada toma como una prueba plena los certificados que aparecen de fojas 23 a 25 del proceso de primera instancia y, adicionalmente, el acta de inspección de fojas 27. Ha considerado sin duda, la Segunda Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, que las certificaciones para probar el embarazo han sido otorgadas por el médico Jefe de la División de Ginecología y por el Jefe de la Atención Médica del Hospital Naval de Guayaquil. Adicionalmente, en el fallo motivo de la impugnación, se analiza con propiedad el acta de inspección que corrobora este hecho. No hay duda de que al momento del despido la accionante se encontraba embarazada. Hay varios elementos probatorios analizados por el Juez de primer nivel, cuya sentencia ha sido confirmada por la Sala. Por lo mismo, no hace falta entrar en análisis adicionales. No existe violación de los preceptos legales enumerados por el casacionista. Por las consideraciones anotadas, esta Sala, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY**, desestima el recurso de casación. Sin costas. Notifíquese.

Fdo.) Dres. Julio Jaramillo Arízaga, Teodoro Coello Vázquez y Camilo Mena Mena, Magistrados.

Certifica.

Dr. Julio Arrieta Escobar, Secretario Relator.

Es fiel copia del original.

Certifico.

f.) ilegible.

**ACEPTA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN POR DESPIDO INTEMPESTIVO.**

**Resolución de la Corte Constitucional 129, Registro Oficial Suplemento 743 de 11 de Julio del 2012.**

Quito, D. M., 10 de abril del 2012

SENTENCIA No. 129-12-SEP-CC

CASO No. 1710-10-EP

**CORTE CONSTITUCIONAL PARA EL PERIODO DE TRANSICIÓN**

Juez constitucional ponente: Dr. Alfonso Luz Yunes

**I. ANTECEDENTES**

El día 17 de noviembre del 2010, la señora Jessica Virginia Barros Saldaña interpuso acción extraordinaria de protección, por considerar vulnerados los derechos constitucionales relativos al trabajo, a la no discriminación vinculada con los roles reproductivos de la mujer, al debido proceso, así como garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.

La recurrente fundamentó su acción señalando que la Segunda Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, en la sentencia de mayoría, no valoró la verdad procesal, cuya consecuencia es la vulneración del amparo directo y eficaz de sus derechos de mujer trabajadora en gestación.

Refirió que mediante demanda laboral demostró que su exempleadora la compañía SICOBRA S. A., la despidió intempestivamente de su trabajo sin considerar su estado de gravidez, lo que fue reconocido en primera y segunda instancia. Sin embargo, por el recurso de casación interpuesto por la parte

accionada, logró que en voto de mayoría se desconozcan tales derechos, lo que demuestra el daño inminente y grave que le causaron.

La accionante expresó que los derechos constitucionales vulnerados en la sentencia impugnada, son el numeral 1 del artículo 43 y el numeral 1 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador.

En esa perspectiva, la pretensión de la recurrente es que se deje sin efecto la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, el día 13 de septiembre del 2010; en consecuencia, se acepte la acción extraordinaria de protección.

### **Resumen de admisibilidad**

La causa ingresó a la Corte Constitucional, para el período de transición, el día 24 de noviembre del 2010.

El ex secretario general certificó que no se había presentado otra demanda con identidad de sujeto, objeto y acción en cumplimiento con lo establecido en el inciso 2 del artículo 17 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional.

La Sala de Admisión, el día 24 de enero del 2010, aceptó al trámite la acción extraordinaria de protección No. 1710-10-EP, presentada por la señora Jessica Virginia Barros Saldaña, por reunir los requisitos formales y de procedibilidad establecidos en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

### **Resumen de sustanciación**

El Dr. Alfonso Luz Yunes, juez constitucional sustanciador, el día 16 de marzo del 2011, avocó conocimiento de la causa, en virtud del sorteo realizado por el pleno del organismo, en sesión ordinaria del 03 de marzo del 2011 y de

conformidad con lo previsto en el Capítulo VIII de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y en los artículos 18 y 19 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional y dispuso notificar con la demanda y su providencia a los doctores Gastón Ríos Vera, Carlos Espinoza y Alonso Flores Heredia, jueces de la Segunda Sala Laboral de la Corte Nacional de Justicia; doctores Rodrigo Saltos Espinoza y Carlos E. Jaramillo y Ab. Jorge Rojas Jara, juez y exjueces de la Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas; al Ab. Julián Fajardo Aguilar, juez tercero de trabajo del Guayas; al señor procurador general del Estado; al defensor del pueblo, y al Ab. Roberto Escalante Dueñas, procurador judicial de Rocío Viteri Crespo, Aldo Briones Lagos y Diego Alfaro Vásquez, representantes de la empresa SICOBRA S. A., a objeto de que informen sobre el contenido de la misma; asimismo, notificó con la providencia a la señora Jessica Barros Saldaña, legitimada activa, y convocó a todos los intervinientes para el martes 26 de abril del 2011, a la audiencia pública, la misma que tuvo cumplida realización con la asistencia del Dr. Daniel Cruz, a nombre del Ab. Roberto Escalante Dueñas, procurador judicial de los representantes de la compañía SICOBRA S. A.

El Ab. Marcos Arteaga Valenzuela, director nacional de Patrocinio, delegado del procurador general del Estado, señaló casilla constitucional para sus notificaciones.

Los doctores Gastón Ríos Vera y Carlos Espinoza Segovia, jueces de la Segunda Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, informaron que la Sala no reconoció el derecho a la indemnización por despido de mujer embarazada, por cuanto en el proceso, las pruebas aportadas por la trabajadora, determinaron que el empleador no conoció de su embarazo.

El Dr. Rodrigo Saltos Espinoza, juez de la Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial del Guayas, señaló que no está como legitimado pasivo, pues la demanda es contra la Segunda Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, por lo que no tiene nada que informar; sin

embargo, destacó lo referido en el voto salvado de la sentencia de casación, por lo que se ratificó en la sentencia que dictó.

En el proceso podemos destacar como pruebas relevantes, la fotocopia certificada del expediente de visto bueno No. 473-10-2005 seguido por la compañía SICOBRA S. A. contra la señora Jessica Virginia Barros Saldaña (fs. 166 a 209), el oficio No. 122-DRYA-2006 suscrito por el jefe de Registro y Archivo de la Subsecretaría de Trabajo y Empleo del Litoral, Departamento de Registro y Archivo, anexando la fotocopia certificada del expediente de visto bueno No. 370-2005 seguido por la compañía SICOBRA S. A. contra la señora Jessica Barros Saldaña (fs. 210 a 262), y el certificado de nacimiento de Pesantes Barros Brittany Arlette (fs. 34 del expediente de casación).

La sentencia impugnada es la expedida por la Segunda Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, el día 13 de septiembre del 2010, dentro del juicio de trabajo seguido por la señora Jessica Virginia Barros Saldaña en contra de la compañía SICOBRA S. A. y otros.

## **II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**

### **Competencia**

La Corte Constitucional, para el periodo de transición, es competente para conocer y resolver la presente acción, de conformidad con lo previsto en el artículo 27 del Régimen de Transición, en concordancia con los artículos 94 y 437 de la Constitución de la República del Ecuador, y el Capítulo VIII, Título II de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Finalidad, objeto y alcance de la acción extraordinaria de protección

Dentro de las denominadas garantías jurisdiccionales, tanto la Constitución como la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, han establecido que la acción extraordinaria de protección procederá contra

sentencias o autos definitivos en los que se haya violado, por acción u omisión, derechos reconocidos en la Constitución.

Ahora bien, es lógico que pueda ocurrir que la actuación de los operadores de justicia, a veces, por acción u omisión, conlleve a la vulneración de uno o más de los derechos consagrados en la Constitución.

Por ello, para tutelar, proteger y remediar los efectos que producen tales errores, se incorporó esta acción, cuya labor se centra en verificar que en la tramitación de las causas, se observaron las normas del debido proceso, la seguridad jurídica y otros derechos constitucionales, en uso del principio de la supremacía constitucional, por lo dispuesto en el artículo 424 de la Constitución, cuyo contenido establece que no existe precepto, de la naturaleza que sea, por encima de este mandato, incluidas las sentencias. Es en razón de este imperio que el legislador constituyente impuso que todo acto de autoridad pública, incluidos los que ejercen jurisdicción en la función judicial, estén bajo control de un órgano supremo en materia constitucional, para que sea este el que determine si los actos guardan conformidad o no con las disposiciones que consagran derechos y garantías constitucionales; de todo lo cual deviene que el alcance de la acción no es otro que dar protección a los ciudadanos contra eventuales actos violatorios de dichos bienes jurídicos, como también declarar su violación, de haberla, y disponer su reparación integral.

El artículo 437 del mismo cuerpo normativo constitucional, dispone que los ciudadanos, en forma individual o colectiva, puedan presentar una acción extraordinaria de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia. Para la admisión de este recurso, la Corte constatará el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1. Que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriados. 2 Que el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución. En la especie, la sentencia impugnada se encuentra ejecutoriada.

## **Problema jurídico**

En atención a lo expuesto por la recurrente, corresponde a esta Corte determinar si la Segunda Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia, vulneró los derechos constitucionales de la señora Jessica Virginia Barros Saldaña, relativos a la no discriminación en el trabajo por embarazo y al debido proceso.

Para dar solución al problema jurídico planteado, la Corte se pronunciará sobre: "(i) la naturaleza jurídica del principio de no discriminación en el trabajo de la mujer embarazada; (ii) la exigencia constitucional a las juezas y jueces sobre la aplicación directa de la Constitución; (iii) la naturaleza jurídica del principio de la no regresividad de los derechos: y, (iv) naturaleza del principio del debido proceso".

### Argumentación de la Corte Constitucional al problema jurídico planteado

El inciso 2 del artículo 331 de la Constitución, determina que: "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".

Esta prohibición de discriminar en razón de sexo, tiene como propósito eliminar la situación de inferioridad, que históricamente se advertía en el entorno social, jurídico, laboral, cultural, educativo, político, económico, educacional y familiar de la mujer, al limitarle sus derechos en forma peyorativa, y guarda relación con el principio de igualdad y no discriminación recogido por el inciso 2 del numeral 2 del artículo 11 de la Constitución, donde se determinó que las personas no pueden ser discriminadas por ninguna distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos.

Esto permite contextualizar la situación de la mujer, es decir, se reconoce el contexto y a partir de ahí se juzga el caso, desde la realidad, ya que, a lo largo

de la historia, la discriminación contra la mujer violó los principios de la igualdad de derechos y del respeto de su dignidad humana, dificultó la participación de la mujer, en las mismas condiciones que el hombre en la vida política, social, económica, laboral y cultural del país, lo que constituye un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y la familia, entorpeciendo el pleno desarrollo de la posibilidad de la mujer para prestar servicio al país y a la humanidad.

Además, en estratos de exclusión social la mujer ha tenido un acceso mínimo a las oportunidades de empleo, alimentación, salud, enseñanza, capacitación, así como la satisfacción de otras necesidades. Por lo que ante el nuevo orden económico a nivel mundial, basado en la igualdad, justicia y equidad, se habrá de respetar la igualdad fundamental de todos los seres humanos en dignidad y derechos, lo que permitirá la máxima participación de las mujeres en todas las esferas, en igualdad de condiciones con el hombre.

De igual forma, la historia devela que no se le ha reconocido a las mujeres todo el aporte que han brindado para el desarrollo de la sociedad, la importancia de la maternidad y que la procreación no debe ser causa de discriminación, ya que han vivido una situación de inferioridad en comparación con los hombres, en los contextos referidos.

Es necesario terminar con esa situación desde el punto de vista jurídico, con una perspectiva de género, donde se aprecie la complejidad del tema de la discriminación y las medidas que se han ido adoptando para evitar actos discriminatorios de este tipo en contra de las mujeres.

Por ello, se han ido consagrando derechos a favor de la mujer, como los de no discriminación, derechos económicos, derechos laborales, derechos sociales, derechos de las mujeres embarazadas. Además se han consagrado prohibiciones, tales como a la discriminación en contra de las mujeres y la discriminación sexual; derechos y prohibiciones que se han establecido a nivel mundial a través de convenciones y tratados internacionales, que han sido

recogidos en el ámbito nacional y son de aplicación directa, de acuerdo a lo dispuesto en el primer inciso del artículo 11 de nuestra Constitución, considerando que la Declaración Universal de Derechos Humanos reafirmó el principio de no discriminación y proclamó que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y que toda persona puede invocar todos los derechos y libertades proclamados en esa declaración, sin distinción alguna, y, por ende, sin distinción de sexo.

Además, se determinó el compromiso del Estado a establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación, y que las autoridades e instituciones públicas se abstengan de incurrir en todo acto o práctica de discriminación con la mujer.

En este orden de ideas, al suscribir Ecuador esta declaración, se comprometió a tomar las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarles la igualdad de derechos con el hombre en la esfera laboral, y en particular para asegurar su permanencia y acceso al empleo, en condiciones de igualdad. En el artículo 23 de la referida declaración se establece:

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. (Subrayado fuera de texto).

En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes de las Personas, al proclamar que todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, se estableció en el artículo 25 que:

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios;

tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

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

En la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, se reafirma su protección, y dentro de esta normativa el artículo 4 prevé que los Estados deben aplicar los medios apropiados y sin demora una política encaminada a eliminar la violencia contra la mujer, y con este fin deberán:

d) Establecer, en la legislación nacional, sanciones penales, civiles, laborales y administrativas, para castigar y reparar los agravios infligidos a las mujeres que sean objeto de violencia; debe darse a éstas acceso a los mecanismos de la justicia y, con arreglo a lo dispuesto en la legislación nacional, a un resarcimiento justo y eficaz por el daño que hayan padecido; los Estados deben además informar a las mujeres de sus derechos a pedir reparación por medio de esos mecanismos; (Subrayado fuera de texto).

Protección que fue reafirmada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en la Declaración y Programa de Acción de Viena:

3. La igualdad de condición y los derechos humanos de la mujer.

36. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos pide encarecidamente que se conceda a la mujer el pleno disfrute en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y que ésta sea una prioridad para los gobiernos y para las Naciones Unidas. La Conferencia subraya también la importancia de la integración y la plena participación de la mujer, como agente y beneficiaria, en el proceso de desarrollo, y reitera los objetivos fijados sobre la adopción de medidas globales en favor de la mujer con miras a lograr el desarrollo

sostenible y equitativo previsto en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo y en el capítulo 24 del Programa 21 aprobado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.

37. La igualdad de condición de la mujer y sus derechos humanos deben integrarse en las principales actividades de todo el sistema de las Naciones Unidas. Todos los órganos y mecanismos pertinentes de las Naciones Unidas deben tratar estas cuestiones en forma periódica y sistemática.

En particular, deben adoptarse medidas para acrecentar la cooperación entre la Comisión sobre la Condición Jurídica y Social de la Mujer, la Comisión de Derechos Humanos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el Fondo de las Naciones Unidas de Desarrollo para la Mujer, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y otros organismos de las Naciones Unidas y para promover una mayor integración de sus objetivos y finalidades. En este contexto, deben fortalecerse la cooperación y la coordinación entre el Centro de Derechos Humanos y la División para el Adelanto de la Mujer.

38. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos subraya en especial la importancia de la labor destinada a eliminar la violencia contra la mujer en la vida pública y privada, a eliminar todas las formas de acoso sexual, la explotación y la trata de mujeres, a eliminar los prejuicios sexistas en la administración de la justicia y a erradicar cualesquiera conflictos que puedan surgir entre los derechos de la mujer y las consecuencias perjudiciales de ciertas prácticas tradicionales o costumbres, de prejuicios culturales y del extremismo religioso. La Conferencia pide a la Asamblea General que apruebe el proyecto de declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer e insta a los Estados a que combatan la violencia contra la mujer de conformidad con las disposiciones de la declaración. Las violaciones de los derechos humanos de la mujer en situaciones de conflicto armado constituyen violaciones de los principios fundamentales de los derechos humanos y el derecho humanitario internacionales. Todos los delitos de ese tipo, en particular

los asesinatos, las violaciones sistemáticas, la esclavitud sexual y los embarazos forzados, requieren una respuesta especialmente eficaz.

39. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos insta a la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, encubierto o palmario. Las Naciones Unidas deben promover el objetivo de lograr para el año 2000 la ratificación universal por todos los Estados de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Se debe alentar la búsqueda de soluciones habida cuenta del número particularmente grande de reservas a la Convención. Entre otras cosas, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer debe seguir examinando las reservas a la Convención. Se insta a los Estados a que retiren todas las reservas que sean contrarias al objeto y la finalidad de la Convención o incompatibles con el derecho internacional convencional.

40. Los órganos de vigilancia creados en virtud de tratados deben difundir la información necesaria para que las mujeres puedan hacer un uso más eficaz de los procedimientos de ejecución existentes en sus esfuerzos por lograr la no discriminación y la plena igualdad en el disfrute de los derechos humanos. Deben también adoptarse nuevos procedimientos para reforzar el cumplimiento de los compromisos en favor de la igualdad y los derechos humanos de la mujer.

La Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer deben examinar rápidamente la posibilidad de introducir el derecho de petición, elaborando un protocolo facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos acoge con satisfacción la decisión de la Comisión de Derechos Humanos de considerar en su 50. período de sesiones la designación de un relator especial sobre la violencia contra la mujer.

41. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reconoce la importancia del disfrute por la mujer del más alto nivel de salud física y mental durante toda su vida. En el contexto de la Conferencia Mundial sobre la Mujer y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, así como de la Proclamación de Teherán de 1968, la Conferencia reafirma, sobre la base de la igualdad entre hombres y mujeres, el derecho de la mujer a tener acceso a una atención de salud adecuada y a la más amplia gama de servicios de planificación familiar, así como a la igualdad de acceso a la educación a todos los niveles.

42. Los órganos de vigilancia creados en virtud de tratados deben incluir la cuestión de la condición de la mujer y los derechos humanos de la mujer en sus deliberaciones y conclusiones, utilizando datos concretos desglosados por sexo. Debe alentarse a los Estados a que en sus informes a los órganos de vigilancia creados en virtud de tratados suministren información sobre la situación de jure y de facto de las mujeres. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos observa con satisfacción que en su 49. período de sesiones la Comisión de Derechos Humanos adoptó la resolución 1993/46, de 8 de marzo de 1993 en la que declaraba que también debía alentarse a hacerlo a los relatores especiales y grupos de trabajo en la esfera de los derechos humanos.

La División para el Adelanto de la Mujer debe también tomar medidas en cooperación con otros órganos de las Naciones Unidas, concretamente el Centro de Derechos Humanos, para asegurarse de que en las actividades de derechos humanos de las Naciones Unidas se traten periódicamente las violaciones de los derechos humanos de la mujer, en particular los abusos concretos motivados por su condición femenina. Debe alentarse la capacitación de personal de las Naciones Unidas especializado en derechos humanos y en ayuda humanitaria, con objeto de ayudarlo a reconocer y hacer frente a los abusos de derechos humanos de que es víctima la mujer y a llevar a cabo su trabajo sin prejuicios sexistas.

Compromisos que están plasmados en el artículo 43 de la Constitución, como una garantía otorgada por el Estado a las mujeres embarazadas y en periodos de lactancia, a:

- No ser discriminadas por embarazo en los ámbitos educativo, social y laboral
- La gratuidad de los servicios de salud materna
- La protección y cuidado de su salud integral y de su vida durante el embarazo, parto y posparto
- Disponer de las facilidades necesarias para su recuperación después del embarazo y durante el periodo de lactancia. (Resaltado fuera de texto).

En consecuencia, constituye un derecho real y no formal, buscando que la igualdad de las personas se concrete en hechos que sean tangibles, eliminando las brechas entre la norma y la realidad, permitiendo que las mujeres que consideren que sus derechos han sido violados, amenazados o negados, puedan obtener una solución prescrita en el ordenamiento jurídico.

Exigencia constitucional a los jueces sobre la aplicación directa de la Constitución

La norma constitucional contenida en el numeral 9 del artículo 11, previene que: "el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución"; lo que guarda armonía con el derecho al debido proceso y además hace patente que "todos los principios y derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía", que pueden ser exigidos en forma individual o colectiva por las personas, ante las autoridades competentes, quienes garantizarán su cumplimiento.

De ahí que la aplicación directa de la Constitución es la tarea propia de los jueces, ya que les corresponde vigilar su cumplimiento y cuidar que la convivencia ciudadana se desarrolle en diversidad y armonía con la naturaleza,

para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*, por ello no se puede limitar la labor de los operadores jurídicos a la aplicación abstracta de la ley, sino que presupone una tarea previa de interpretación y valoración con relación al caso sometido a su conocimiento.

Concierne a los jueces, según lo dispuesto en el artículo 172 de la Constitución "administrar justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley", puesto que la "Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otro del ordenamiento jurídico" (artículo 424 CRE), lo que exige la aplicación directa de las normas constitucionales, además aplicar las normas de los tratados internacionales de derechos humanos que contengan disposiciones más favorables a las de la Constitución, aunque las partes no la invoquen (artículo 426 CRE).

Esta exigencia, de protección constitucional de los derechos procesales de las partes, guarda relación con lo previsto en el artículo 5 del Código Orgánico de la Función Judicial, esto es, garantizar el acceso a la justicia, al debido proceso, la independencia judicial y la "aplicación directa de las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos cuando estas últimas sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente".

De igual forma, se encuentra consagrada esta exigencia en el numeral 2 del artículo 4 de la Ley Orgánica de la Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional:

"Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte."

Naturaleza jurídica del principio de no regresividad de los derechos

La Convención Americana de Derechos Humanos contempla el compromiso de los Estados Partes a adoptar providencias a nivel interno como externo, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de Estados Americanos.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también estableció en el artículo 2 numeral 1 el compromiso de los Estados Partes a adoptar medidas para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos ahí reconocidos.

Este pacto de progresividad no es otro que la prohibición de regresividad de los mismos, tal como lo admite el artículo 427 del Tratado de Versalles: "...el orden público internacional tiene una vocación de desarrollo progresivo en el sentido de mayor extensión y protección de los derechos sociales".

Es decir, la no regresividad de los derechos está dentro de los principios que enriquecen el valor de la justicia, esto es, conforme lo establece el numeral 8 del artículo 11 de la Constitución de la República, que: "el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas [...] será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos".

Resulta innegable que el principio de no regresividad está en armonía con el principio de irrenunciabilidad de los derechos, por ello a los jueces les corresponde aplicar directamente la Constitución para el evento que las disposiciones legales estén en desarmonía o contengan preceptos menores o regresivos, ya que el fin último es lograr el avance gradual de la calidad de vida de las personas y no su deterioro.

Finalmente, el principio de no regresividad de los derechos contempla la adecuación jurídica de las normas, leyes, reglamentos, ordenanzas,

resoluciones a los preceptos constitucionales y los tratados internacionales, correspondiéndole esa obligación a la Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa; adecuación que debe ser formal y materialmente para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades.

El artículo 84 de la Constitución de la República nos indica que: "en ningún caso, la reforma a la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución".

Y el artículo 417 de la misma Constitución menciona que: "en el caso de tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución"

#### Naturaleza jurídica del debido proceso

La Corte Constitucional se ha pronunciado por repetidas ocasiones, con relación a la naturaleza del debido proceso plasmado en el artículo 76 de la Constitución, en el sentido de que "se muestra como un conjunto de garantías con las cuales se pretende que el desarrollo de las actividades en el ámbito judicial o administrativos se sujeten a reglas mínimas, con el fin de proteger los derechos garantizados por la Carta Suprema, constituyéndose el debido proceso en un límite a la actuación discrecional de los jueces. Por tanto, no es sino aquel proceso que cumple con las garantías básicas establecidas en la Constitución, y que hace efectivo el derecho de las personas a obtener una resolución de fondo, basada en derecho" (1).

El debido proceso constituye un principio jurídico procesal o sustantivo por el cual las personas tienen derecho a las garantías que aseguren un resultado justo y equitativo, así como permitírseles ser oídos y hacer valer sus pretensiones frente a un juez independiente, competente e imparcial.

(1) Sentencia No. 034-09-SEP-CC: 9 diciembre 2009

El derecho al debido proceso es el que tiene toda persona a la recta administración de justicia, el derecho a un proceso justo, en el que no haya negación o quebrantamiento de lo que cada uno tenga jurídicamente atribuido o asignado. Es el que satisface todos los requerimientos, condiciones y exigencias necesarias para garantizar la efectividad del derecho material.

Se le llama debido porque se le debe a toda persona como parte de las cosas justas y exigibles que tiene por su propia subjetividad jurídica.

Estudio del caso concreto

Del proceso se establece que la señora Jessica Virginia Barros Saldaña fundamentó su acción en los mismos presupuestos fácticos y legales invocados, tanto en la acción laboral por el despido intempestivo del que había sido objeto, adicionando que las dos sentencias consideraron la verdad procesal, excepto el voto salvado; la sentencia de mayoría de casación no lo hizo, violando el amparo directo y eficaz de los derechos de mujer, relacionados con el derecho al trabajo en estado de maternidad y los del debido proceso.

La Corte advierte que la sentencia recurrida no cumplió con el debido proceso previsto en el artículo 76 de la Constitución, el mismo que contiene reglas relativas a garantizar que se ha actuado racionalmente, ya que debe atender al sistema de fuentes normativas capaces de justificar la actuación de quienes detentan la facultad de decidir, el sometimiento del juzgador a los preceptos constitucionales y de derechos humanos, así como las disposiciones sustantivas y adjetivas; lograr el convencimiento de las partes de la correcta administración de justicia; garantizar la posibilidad de control de la resolución por el superior que conozca los recursos ordinarios y extraordinarios e inclusive llegar a conocimiento y resolución del problema jurídico a la Corte Constitucional.

Por otro lado, la Corte también advierte que la sentencia impugnada no cumplió el presupuesto previsto en el literal I del numeral 7 del artículo 76 ibídem, relativo a la motivación, lo que está relacionado a un proceso lógico, donde la Sala estuvo obligada a vincular los fundamentos de hecho expuestos por las partes, esto es, examinar si la sentencia recurrida violó la normativa constitucional relativa al derecho del trabajo de una mujer embarazada, así como los instrumentos internacionales aplicables al caso.

En este orden de ideas, esta Corte advierte que las partes llevaron al proceso la fotocopia certificada del oficio No. 122-DRYA-2006 suscrito por el jefe de Registro y Archivo de la Subsecretaría de Trabajo y Empleo del Litoral, Departamento de Registro y Archivo, anexando la fotocopia certificada del expediente de visto bueno No. 370-2005 seguido por SICOBRA S. A. contra la señora Jessica Barros Saldaña (fs. 210 a 262) del que se advierte que le fue negada la solicitud de visto bueno a la empleadora, con fecha 15 de septiembre del 2005, por la inspectora del trabajo.

De este trámite quedó constancia de que la trabajadora se encontraba en estado de gestación, de lo que no quedan dudas, con el certificado de nacimiento de Brittany Arlette Pesantes Barros (fs. 34 del expediente de casación) del que se advierte que la trabajadora gestante dio a luz el 21 diciembre del 2005, es decir, a la fecha de presentación del referido visto bueno, 15 de agosto del 2005, se encontraba en el QUINTO MES DE EMBARAZO, lo que era obvio a simple vista.

Sin embargo, al momento de reintegrarse ya no le fueron asignadas funciones, por lo que la trabajadora acusó el despido intempestivo, presentando demanda judicial con fecha 27 de septiembre del 2005.

Paralelamente, la empleadora SICOBRA S. A., siguió contra la señora Jessica Virginia Barros Saldaña visto bueno, según consta en la fotocopia certificada del expediente No. 473-10-2005 (fs. 166 a 209), del que se advierte que el inspector del trabajo, haciendo caso omiso de la referida demanda, prosiguió el

trámite y decidió conceder el visto bueno, actuación que esta Corte no puede soslayar, pues se quebranta el principio de seguridad jurídica, así como la certeza de una administración de justicia eficaz, donde se respete el derecho de las personas.

Estas situaciones no fueron examinadas en la sentencia de mayoría, al asegurar equivocadamente que no había referencia procesal de que la parte empleadora estuviera enterada del embarazo de la trabajadora, lo cual revela falta de prolijidad en el examen del proceso, y por ello rechazaron la acción solicitada por la señora Jessica Virginia Barros Saldaña, quien se ha visto impedida de continuar sus labores y con ello privándola de la atención que brinda seguridad social en su estado de gestación, vulnerando precisamente los derechos constitucionales de la recurrente, relativos al trabajo de la mujer embarazada, ya que del segundo trámite de visto bueno omitieron toda referencia del estado de embarazo en el que se encontraba la trabajadora, de lo que se advierte que en el mismo consignó su deseo irrevocable de terminar la relación, contextos diferentes que descargaban en la Sala de Casación la obligación de proteger los derechos constitucionales referidos, mucho más si se encontraba en estado de gestación, toda vez que de conformidad con lo previsto en el numeral 6 del artículo 11 de la Constitución, los derechos son irrenunciables, omisión que llevó al sujeto pasivo a adecuar su conducta a la vulneración del derecho de la señora Jessica Virginia Barros Saldaña, que se traduce además en un acto de discriminación encubierto contra la mujer, prohibido por los preceptos constitucionales y la normativa internacional referida en este fallo.

Finalmente, esta Corte advierte que en el fallo de mayoría impugnado, sus autores revelan descuido en la aplicación de las normas relativas a la protección de la maternidad de la mujer trabajadora, a la luz de los convenios y tratados internacionales, la Constitución y la ley, por lo que los exhorta a poner más cuidado en las resoluciones de los casos sometidos a su conocimiento.

### III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, la Corte Constitucional, para el periodo de transición, en ejercicio de sus atribuciones, expide la siguiente:

#### SENTENCIA

1. Declarar vulnerados los derechos constitucionales relativos al trabajo de la mujer embarazada, previsto en el numeral 1 del artículo 43, y el debido proceso relativo a la garantía contenida en el numeral 1 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador.
2. Aceptar la acción extraordinaria de protección planteada por la señora Jessica Virginia Barros Saldaña y, por tanto, dejar sin efecto la sentencia de mayoría dictada el día 13 de septiembre del 2010, por la Segunda Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia.
3. Disponer que la otra Sala de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia resuelva el recurso de casación propuesto por la Compañía SICOBRA S. A.
4. Notifíquese, publíquese y cúmplase. f.) Dr. Patricio Pazmiño Freire, Presidente.

f.) Dra. Marcia Ramos Benalcázar, Secretaria General.

Razón: Siento por tal, que la sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, con nueve votos de los doctores: Roberto Brhunis Lemarie, Patricio Herrera Betancourt, Alfonso Luz Yunez, Hernando Morales Vineza, Ruth Seni Pinoargote, Nina Pacari Vega, Manuel Viteri Olvera, Edgar Zárate Zárate y Patricio Pazmiño Freire, en sesión extraordinaria del 10 de abril del 2012. Lo certifico.

f.) Dra. Marcia Ramos Benalcázar, Secretaria General.

CORTE CONSTITUCIONAL.- Es fiel copia del original.-Revisado por: f.) Ilegible.- Quito, a 4 de julio del 2012.- f.) Ilegible, Secretaría General.

CAUSA 1710-10-EP

Razón: Siento por tal, que la sentencia que antecede fue suscrita por el doctor Patricio Pazmiño Freire, Presidente de la Corte Constitucional, el día lunes once de junio de dos mil doce.- Lo certifico.

f.) Dra. Marcia Ramos Benalcázar, Secretaria General.

CORTE CONSTITUCIONAL.- Es fiel copia del original.- Revisado por: f.) Ilegible.- Quito, a 4 de julio del 2012.- f.) Ilegible, Secretaría General..

**RECLAMOS LABORALES. Expediente 1044, Registro Oficial 479, 2 de Diciembre del 2008.**

No. 1044-06

**JUICIO LABORAL QUE SIGUE ARMAS MORALES WILMA CONTRA PETROECUADOR.**

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA PRIMERA SALA DE LO LABORAL Y SOCIAL**

Quito, 30 de octubre del 2007; las 16h45.

VISTOS: La Segunda Sala de lo Laboral, de la Niñez y Adolescencia de la Corte Superior de Quito, el 24 de agosto del 2006; a las 10h00, dicta sentencia en el juicio que por reclamaciones de índole laboral sigue Wilma Yhadira Armas Morales en contra de la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador, PETROECUADOR y solidariamente al Ing. Luis Román en su calidad de Presidente Ejecutivo y representante legal, sentencia confirmatoria de la de primer nivel que desecha la demanda, y que notificada a las partes ha merecido el desacuerdo de la actora que interpone recurso de casación. Para resolver se considera:

**PRIMERO.-** La competencia de esta Sala se encuentra establecida en el Art. 200 de la Constitución Política de la República del Ecuador; Art. 613 del Código del Trabajo; Art. 1 de la Ley de Casación; y sorteo de causas cuya razón obra de autos. La Sala en providencia de 25 de julio del 2007; a las 16h45 analiza el recurso y lo acepta a trámite.

**SEGUNDO.-** Sostiene la recurrente que el fallo impugnado infringe los numerales 4 y 6 del Art. 35 de la Constitución Política de la República del Ecuador; Arts. 4, 153 y 154 incisos segundo y tercero del Código del Trabajo. Funda el recurso en la primera causal del Art. 3 de la Ley de Casación. Los principales aspectos que contiene la censura son: 2.1.- El juzgador de segundo nivel realiza una errónea interpretación del Art. 153 del Código del Trabajo al determinar que el desahucio que se tramitó para dar por terminada la relación de trabajo que unía a los litigantes tuvo como fundamento la terminación del plazo establecido en el contrato de trabajo a tiempo fijo, y que al no haberse producido por el embarazo en el que me encontraba, no había incurrido la empleadora PETROECUADOR en la violación de la norma mencionada que dispone: "no se podrá dar por terminado el contrato de trabajo por causa de embarazo de la trabajadora", criterio legalista que violenta el carácter proteccionista de la legislación laboral al trabajador por considerarle la parte débil de la relación laboral y más aún tratándose de una mujer embarazada que requiere de la protección personal y del ser que está por nacer. 2.2.- El fallo censurado elabora una errónea interpretación del Art. 154 del Código del Trabajo al considerar que la prohibición expresa de despedir o desahuciar a la mujer trabajadora embarazada que contiene la norma citada, no opera para el caso de que el contrato de trabajo tenga la modalidad de tiempo fijo, interpretación que conduce a la no aplicación del inciso cuarto ibídem, que dispone al inspector del trabajo que tramita el desahucio ordenar al empleador pagar una indemnización equivalente a un año de remuneración a la trabajadora. 2.3.- El juzgador en el fallo impugnado considera que el acta de finiquito, al no haber sido impugnada por mí, tiene total validez, sin tomar en cuenta que aquel criterio determinaría la renuncia de un derecho que constituye la indemnización por el desahucio a pesar de encontrarme embarazada y que

lo probé con el certificado médico del facultativo de la propia empresa, lo que determina la falta de aplicación del principio indubio pro operario.

**TERCERO.-** De la confrontación realizada por esta Sala entre la sentencia del Tribunal de alzada y los vicios acusados en el memorial de censura con el ordenamiento jurídico y los recaudos procesales correspondientes, surgen las siguientes conclusiones: 3.1.- La legislación del trabajo en el Ecuador se fundamenta en los principios del derecho social, de allí su carácter protector al trabajador por considerarle la parte débil de la relación laboral; y mayor es la protección a la mujer trabajadora que se encuentra en estado de embarazo por el amparo en el que se incluye al ser que está por nacer. El segundo inciso del Art. 36 de la Constitución Política de la República del Ecuador dispone que el Estado: "Velará especialmente por el respeto a los derechos laborales y reproductivos para el mejoramiento de sus condiciones de trabajo y el acceso a los sistemas de seguridad social, especialmente en el caso de la madre gestante y en período de lactancia,..."; el Art. 61 del Código Civil que trata de la protección de la vida del nasciturus, en el segundo inciso ordena: "toda sanción a la madre, por la cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento."; por su parte, el Código del Trabajo en el Capítulo VII del Título I que trata del trabajo de mujeres y menores en el Art. 153 dice: "No se podrá dar por terminado el contrato de trabajo por causa del embarazo de la mujer trabajadora...", disposición que en forma clara y terminante prohíbe al empleador dar por terminado el contrato de trabajo por el hecho de que, una trabajadora se encuentre en estado de gestación. 3.2.- En el mismo orden proteccionista, el Art. 154 del Código Laboral prohíbe el dar por terminado el contrato con una mujer trabajadora que se encuentre incapacitada de trabajar por enfermedad producida por el parto o embarazo, debidamente certificada por un facultativo, hasta por un año. El tercer inciso de la norma invocada imperativamente dispone: "Salvo en los casos determinados en el Art. 172 de este Código, la mujer embarazada no podrá ser objeto de despido intempestivo ni desahucio, desde la fecha en que se inicie el embarazo, particular que justificará con la presentación de un certificado médico otorgado por un profesional del Instituto

Ecuatoriano de Seguridad Social, y a falta de éste, por otro facultativo.", en la especie, a fjs. 31 del cuaderno de primer nivel, se encuentra el certificado conferido por el Dr. Estuardo Pazmiño Ginecólogo del Dispensario No. 1 Batán del IESS ejecutivo de PETROECUADOR (fjs. 35) y el certificado extendido por el Dr. Fernando García B., Médico Ginecólogo del Dispensario de PETROECUADOR - empresa demandada (fjs. 48) dando cuenta del embarazo de la accionante, documento este último presentado por la Sra. Wilma Armas Morales con escrito a la Inspectora del Trabajo que tramitó el desahucio. El último inciso de la precitada norma, penaliza la violación patronal de la prohibición anterior, estableciendo: "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.", norma que efectivamente, no fue aplicada por el juzgador de segundo nivel, cometiendo en su fallo el vicio acusado en la censura, ya que al haberse producido el desahucio a la trabajadora embarazada sin observar la prohibición expresa de la ley, el empleador debe ser condenado al pago de la indemnización equivalente a un año de remuneraciones como en efecto se dispone en el presente fallo. En cuanto a la remuneración que debe servir para realizar la liquidación de la indemnización, esta Sala considera que es de setecientos setenta y nueve dólares con 19 centavos (USD 779,19) que afirma la actora constituyó su último sueldo en el libelo de la demanda, por no haber otra forma de establecer cuál fue su última remuneración. Por las razones expuestas, esta Primera Sala de lo Laboral y Social, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, casa la sentencia del Tribunal de alzada, aceptando el recurso de casación interpuesto por Wilma Yhadira Armas Morales y dispone que el Juez a quo liquide personalmente la indemnización en la forma señalada en el numeral 3.2. del presente fallo.- Sin costas ni honorarios que regular.- Notifíquese y devuélvase. Fdo.) Dres. Alfredo Jaramillo Jaramillo, Ana Abril Olivo, Rubén Bravo Moreno. Certifico.- f.) Dra. Consuelo Heredia Y.

RAZON: Hoy día a partir de las catorce horas treinta minutos, notifiqué la sentencia que antecede, a Wilma Armas, en el casillero No. 1050, a PETROECUADOR, en el casillero No. 944, al Procurador General del Estado, en el casillero No. 1200.- Quito, octubre 31 del 2007.- La Secretaria.- Dra. Consuelo Heredia Y.

Es fiel copia de su original.- Quito, 25-febrero-2008.-

f.) Secretario de la Primera Sala de lo Laboral y Social, Corte Suprema de Justicia..