

# 65

Fecha de presentación: diciembre, 2021

Fecha de aceptación: marzo, 2022

Fecha de publicación: mayo, 2022

## DESPIDO INTEMPESTIVO

DE MUJER EMBARAZADA Y SU REPERCUSIÓN COMO GRUPO VULNERABLE

**DESPIDATIVELY AWARE OF THE PREGNANT WOMAN, AND HER REPRESSION AS A VULNERABLE GROUP EMBEDDED**

Ricardo Pavón Molestina<sup>1</sup>

Email: [rpavon@indoamerica.edu.ec](mailto:rpavon@indoamerica.edu.ec)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2336-1119>

Eliana del Rocío Rodríguez Salcedo<sup>2</sup>

Email: [elianarodriguez@uti.edu.ec](mailto:elianarodriguez@uti.edu.ec)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5062-0441>

<sup>1</sup> Maestrante de Derecho Laboral en la Universidad Indoamérica. Ecuador.

<sup>2</sup> Universidad Tecnológica Indoamérica. Ecuador.

### Cita sugerida (APA, séptima edición)

Pavón Molestina, R. & Rodríguez Salcedo, E del R. (2022). Despido intempestivo de mujer embarazada y su repercusión como grupo vulnerable. *Revista Universidad y Sociedad*, 14(3), 636-645.

### RESUMEN

El trabajo tiene como objetivo analizar de forma crítica y jurídica el despido intempestivo de la mujer en estado de gestación, y sus consecuencias a futuro, por ser este un grupo vulnerable protegido por la Constitución, en el marco de un estudio comparativo de las leyes que inciden en materia laboral. Se realizó una investigación de aporte descriptivo, con un enfoque cualitativo, por medio de revisión bibliográfica e histórica. Este estudio facilitará la comprensión analítica en el área del derecho laboral, creando así nuevos enfoques en esta área de conocimiento. El estudio concluye que, se debe analizar el propósito del Código del Trabajo y la Ley Orgánica del Servicio Público, entorno a la vulneración de los derechos de la trabajadora, así como del interés superior del niño.

**Palabras Claves:** Despido intempestivo; estado de gestación; grupos vulnerables; interés superior del menor, derechos de los trabajadores.

### ABSTRACT

The objective of this work is to critically and legally analyze the untimely dismissal of pregnant women, and its future consequences, as this is a vulnerable group protected by the Constitution, within the framework of a comparative study of the laws that affect labor. A descriptive contribution research was carried out, with a qualitative approach, through a bibliographic and historical review. This study will facilitate analytical understanding in the area of labor law, thus creating new approaches in this area of knowledge. The study concludes that the purpose of the Labor Code and the Organic Law of Public Service should be analyzed, around the violation of the rights of the worker, as well as the best interests of the child.

**Keywords:** Untimely dismissal; pregnancy status; vulnerable groups; Upper interest of the child, workers' rights.

## INTRODUCCIÓN

El Derecho Constitucional cumple un rol significativo en la estructura fundamental de Estado. Donde prevalece el modelo de defensa y protección de los derechos fundamentales de los miembros de la sociedad, a través, de la puesta en marcha de garantías constitucionales frente a las violaciones que menoscaban sus derechos y, en el ordenamiento social fundamentado en la organización institucional y funcional de los poderes que lo conforman, que constituyen las bases principales en el ordenamiento de un determinado país (Solórzano et al., 2020).

Desde el año 2008 y a partir de la aprobación de la Constitución ese mismo año, fue transformada la concepción de un Estado de Derecho a un Estado Constitucional de derechos y justicia social, favoreciendo el tránsito de una orientación normativa generalizada de la Constitución Política de 1998, a un desarrollo muy amplio de los derechos ya instituidos y, a la creación innovadora de derechos pertinentes a la nueva realidad social del país (Ortiz, Lorente, & Jácome 2020).

En consecuencia, en la mayoría de los cuerpos y estatutos legales vigentes en la actualidad, se contemplan una serie de grupos prioritarios que requieren atención especial por parte de la institucionalidad oficial. En el caso ecuatoriano, esto también ha sido contemplado en la Constitución, considerando en su Artículo 35 a la mujer embarazada como portadora de derechos en el marco de ciudadanos caracterizados como grupos de atención prioritaria.

Estos grupos de atención se han reconocido por saldar una deuda social histórica y porque se vieron excluidos por diversos factores entre los cuales se cuentan los socioculturales, los económicos y políticos. Por ello el estudio de este trabajo, en medio de la problemática de vulneración del derecho al trabajo en estado de gestación, donde se pretende integrar socialmente a la mujer embarazada y generar un contexto de igualdad de oportunidades mediante la instauración constitucional de Estados de Derechos y de Justicia, constituyendo una fuente para el reclamo a la justicia social y reconociendo a todos los ciudadanos en un mismo entorno ante la ley (López, 2021).

Este trabajo recoge las doctrinas más importantes de diversos tratadistas, entorno a mujeres embarazadas de acuerdo con el marco legal al principio de supremacía constitucional. El Ecuador es constitucionalista, donde ha sido revestido de derechos y disposiciones para hacerlos cumplir, enfatizando especialmente en el contexto laboral con medidas que garanticen no solo de su bienestar sino la del producto de su embarazo, así como de

su recuperación física posterior al parto sin la desvinculación de su puesto de trabajo, pues *“las disposiciones a este respecto abarcan tanto al sector laboral público como al privado”* (Robalino, 2018).

Es menester empezar a imponer el marco Constitucional, ante la creciente vulneración del derecho al trabajo en mujeres embarazadas. Siendo importante considerar que en el Ecuador se observa cierta segregación y desigualdad laboral de carácter estructural hacia la mujer en el mercado de trabajo, pues se les hace más complejo acceder a un empleo estable y digno, con una remuneración acorde, lo cual se complica más si se encuentra embarazada, pues el mercado laboral prefiere la mano de obra masculina, basado en la referencia teórica de la productividad, estimando que la mano de obra femenina, especialmente en el periodo de embarazo es más costosa por los beneficios socioeconómicos y laborales correspondientes al parto, el permiso postparto y el periodo correspondientes a la lactancia materna, lo cual a diferencia de la mano de obra masculina no representa este tipo de costos salariales de corte social (Ochoa & Morales, 2020).

## MATERIALES Y METODOS

El trabajo de inicio a un recorrido dogmático de normas internacionales y su evolución, donde el Ecuador adopta diferentes convenios. Luego se expone en tablas diferentes criterios analíticos, sobre algunos artículos de la Constitución. Haciendo una comparación con el derecho al trabajo de una mujer embarazada en diferentes entidades pública y privadas. En cuanto a la norma legal analizada en este trabajo, se abarca los preceptos relevantes del Código de Trabajo y la Ley Orgánica del Servicio Público, haciendo énfasis en la falta de aplicación del principio de igualdad y del derecho al trabajo sin importar la condición o sexo.

Finalmente se concluirá con la reflexión de concientizar al ordenamiento social, la obligatoriedad de protección a los grupos vulnerables, como es las mujeres embarazadas, en igualdad de condiciones, sin discriminación de sexo y más aún en estado de gestación.

El diseño investigativo está enmarcado dentro del ámbito dogmático jurídico, se aplicó un enfoque cualitativo, que permite identificar las variables planteadas. El alcance fue descriptivo, desarrollando argumentos analíticos y descriptivos, a partir de la revisión bibliográfica investigativa.

Se utilizaron métodos de carácter teórico como el histórico - lógico, el analítico y sintético, además de utilizar el estudio bibliográfico como parte de la búsqueda de la información necesaria para el desarrollo de la investigación.

Este diseño investigativo es detallado dentro del marco constitucional y de familia, cuya influencia es cualitativa, permitiendo establecer la causa efecto entre propuestas planteadas. El objetivo de esta investigación es llegar a la descripción detallada de la elaboración de un análisis jurídico y crítico para establecer la funcionalidad de los principios constitucionales entorno al grupo vulnerable de la mujer embarazada y el despido intempestivo.

La aplicación correcta de los principios de igualdad de oportunidades, de equidad y de no discriminación, contribuyen al buen desarrollo integral de las mujeres en estado de gestación, que no pueden verse limitados en contextos de simple criterio del empleador, por ello se aplicará el método exegético.

El análisis de bibliografías y documentales como técnica de investigación requiere una revisión sistemática de varios artículos indexados periódicamente, tanto de forma legal como social.

## DESARROLLO

### El Derecho laboral y la familia

La formación de una familia es un anhelo y expectativa para la mayoría de las trabajadoras cuando ingresan al mercado laboral. Las trabajadoras embarazadas y que ya han culminado el periodo de gestación y se encuentran en la etapa de lactancia materna, precisan de una atención y protección legal para prevenir cualquier deterioro de su salud individual o la de su hijo en gestación, y por ello requieren de un tiempo apropiado para el parto, su rehabilitación y para atender al recién nacido.

Las trabajadoras embarazadas que se encuentran en el periodo de lactancia, requieren de un resguardo legal que les asegure que no perderán sus cargos por su condición de embarazada y posterior maternidad. Ese resguardo no solo les asegura a las trabajadoras el derecho a la igualdad para el acceso al empleo, sino que igualmente les garantiza el sostenimiento a través de los ingresos que son esenciales para la economía del grupo familiar.

Por tanto, la protección de la salud de las mujeres trabajadoras embarazadas, así como el amparo contra la segregación o discriminación laboral, son situaciones fundamentales para la lograr una legítima igualdad de oportunidades y de trato, tanto mujeres y hombres en el trabajo y para facilitar que las trabajadoras formen en sus contextos la estabilidad económica, por ello, en este artículo de investigación se tratarán aspectos sobre esfuerzos internacionales y nacionales en los cuales Ecuador ha participado y ratificado, en el marco de la protección de la mujer trabajadora embarazada y en periodo de lactancia.

### Esfuerzos internacionales para la protección laboral de la mujer embarazada

El intensivo acceso de la mujer al mercado laboral, con niveles académicos relevantes y su importante contribución al sostenimiento de sus grupos familiares, aún perduran ciertos esquemas de desigualdad de género en el entorno laboral. Para la Organización Internacional del Trabajo (OIT), esta discriminación viola los más elementales "*principios y derechos fundamentales del trabajo, los derechos humanos y la justicia social. Debilita el crecimiento económico y el óptimo funcionamiento de las empresas y los mercados de trabajo*" (OIT, 2006, pág. 1).

En consecuencia, los objetivos de la OIT en materia de igualdad de género procuran dar respuesta a estos retos mediante el reforzamiento de las capacidades institucionales y legales de los gobiernos, los organismos empresariales y los gremiales para promover conjuntamente diligencias por la igualdad de género en el mercado de trabajo. La OIT, desde su origen, se planteó el reconocimiento de que cada ser humano, sin discriminación étnica, sexual, religiosa, tiene el pleno derecho a buscar su "*bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y de igualdad de oportunidades. Esto implica la misión de promover la igualdad de oportunidades y de trato entre mujeres y hombres*" (OIT, 2006, pág. 1).

En este orden, ha emitido convenios para proteger los derechos laborales de las mujeres, entre los cuales se mencionan los siguientes: Convenio N° 100: Igualdad de remuneración; Convenio N° 111: Discriminación en el empleo y ocupación; Convenio N° 156: Trabajadores con responsabilidades familiares y Convenio N° 183: Protección a la maternidad (Cueva, 2018).

#### Convenio N° 100: Igualdad de remuneración:

Este importante documento fue adoptado en fecha 29 de junio de 1951, en la celebración de la 34ª Reunión de la OIT. El Convenio 100 constituye una respuesta para la garantía y promoción del principio de la igualdad remunerativa entre hombres y mujeres al ejecutar un trabajo de igual valor. Esta igualdad remunerativa es una cuestión de derechos humanos, porque si al trabajo realizado por una mujer se le concede un valor menor únicamente por ser mujer se estaría lesionando su dignidad particular. Es importante señalar que este Convenio fue suscrito y ratificado por Ecuador en fecha 11 marzo 1957, y desde ese momento se encuentra en vigor a nivel nacional (Curiel, 2019).

El Artículo 2.1 de este convenio contempla claramente lo siguiente:

Todo Miembro deberá, empleando medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y, en la medida en que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor (OIT, 2006, pág. 12).

### **Convenio N° 111: Discriminación en el empleo y ocupación**

Este Convenio se adoptó en fecha 25 de junio de 1958, en la celebración de la 42ª Reunión de la OIT. En este documento, se concibe a la discriminación en el trabajo como la implementación de un trato diferencial, fundamentado en atributos personales no importantes para la realización de un trabajo específico, tales como raza, religión, sexo, discapacidad, tendencias políticas, y origen social. En consecuencia, por argumentos que no tienen nada que ver con las competencias o méritos de los trabajadores. Por tanto, es importante resaltar que la discriminación laboral elimina o trastorna el principio de igualdad de oportunidades y de trato en el trabajo y en la retribución salarial. Es importante acotar que Ecuador suscribió y ratificó este Convenio de la OIT en fecha 10 julio 1962, por tanto, se encuentra en plena vigencia jurídica (OIT, 2006).

### **Convenio N° 156: Trabajadores con responsabilidades familiares**

Este Documento se adoptó en fecha el 23 de junio de 1981, en la celebración de la 67ª Reunión de la OIT. Su objetivo fundamental es que los(as) trabajadores(as) *“con responsabilidades familiares tienen derecho a protección especial y a no ser discriminados en el empleo y ocupación por esta condición”* (OIT, 2006, pág. 9).

Las personas con responsabilidades familiares usualmente son mujeres, quienes ven restringidas sus posibilidades de obtener o acceder a un trabajo debidamente remunerado, estable y digno, en virtud de sus compromisos con sus grupos familiares. Son mujeres que al atender a sus hijos no cuentan con el tiempo y condiciones requeridas para su capacitación o formación académica, por lo cual se les obstaculiza el empleo por su condición de madres con carga familiar bajo su responsabilidad. Estas circunstancias ubican a las mujeres en desventaja laboral con relación a los hombres. Es decir, las mujeres con responsabilidades familiares son excluidas o discriminadas al buscar empleo o al postularse a una promoción.

Por consiguiente, el Convenio aclara que los(as) trabajadores(as) con responsabilidades familiares son personas que tienen directamente bajo su cuidado a hijas e hijos u otros miembros del grupo familiar. Este Convenio

fue ratificado por Ecuador en fecha 8 de febrero de 2013, por tanto, se encuentra en plena vigencia.

### **Convenio N° 183: Protección a la maternidad**

La OIT ha abordado esta problemática desde el año 1919 en su Primer Convenio N° 3 sobre Protección a la Maternidad, posteriormente en 1952 la OIT promulgó el Convenio 103 y en fecha 15 de junio del 2000 aprobó el Convenio 183, en al marco de la celebración de su 88ª Reunión (OIT, 2006).

Una realidad a la cual trata de responder este Convenio es proteger a las mujeres y trabajadoras embarazadas al colocarlas en una situación desventajosa, pues hay empresas que les exigen la prueba de embarazo como un requerimiento previo a su contratación, y, en otras circunstancias, no se contemplan medidas exclusivas de protección a la trabajadora embarazada; teniendo que trabajar en las mismas circunstancias como si no estuviera en estado de gestación, arriesgando su vida, salud y de su futuro hijo. El Convenio se creó para brindar protección a los derechos de las trabajadoras antes, durante y después del momento del parto (Quintero, 2019).

Es importante considerar lo contemplado por el Artículo 8.1 de este Convenio donde establece lo siguiente:

Se prohíbe al empleador que despidan a una mujer que esté embarazada, [...] o después de haberse reintegrado al trabajo durante un periodo que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia (OIT, 2006, pág. 32).

Ecuador aún está en proceso de ratificación de este Convenio.

### **Contexto ecuatoriano de protección laboral a la trabajadora embarazada**

En Ecuador la norma constitucional del 2008 constituye el primer documento que considera los derechos de la mujer embarazada, no solo en el ámbito laboral, sino en su condición de ciudadana que portadora de derechos humanos fundamentales y que el embarazo le concede una atención especial y prioritaria por su vulnerabilidad doble, ser mujer trabajadora y estar embarazada, por tanto su protección constitucional le garantiza su salud reproductiva durante todo el periodo de gestación, el parto y el postparto e igualmente le concede otros derechos concebidos en el marco de la maternidad como las licencias laborales correspondientes al parto, postparto y la lactancia materna, pues además del derecho materno se garantiza el interés superior del niño nacido (Gray, 2015, p. 56).

Otros marcos jurídicos ecuatorianos que igualmente que garantizan la estabilidad laboral de la mujer embarazada son el Código del Trabajo y la Ley Orgánica de Servicio Público, que regulan la relación laboral en el ámbito privado y público respectivamente. Seguidamente, se presentan los Artículos de la Constitución de la República de Ecuador que establecen los derechos de la mujer como ciudadana ecuatoriana, como trabajadora y como mujer embarazada inserta en el mercado laboral.

Tabla 1. Derechos Constitucionales de la mujer embarazada en Ecuador

Artículo de la Constitución	Derecho Reconocido
Artículo 10	Principio de Igualdad. Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son portadores y disfrutarán de los derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales ratificados por Ecuador.
Artículo 11	Principio de Igualdad: Todos los ciudadanos son iguales y disfrutarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie será excluido por ningún tipo de razón. La ley penará cualquier conducta discriminatoria. El Estado asumirá medidas de acción afirmativa para promover la igualdad real favoreciendo a los titulares de derechos en condiciones de desigualdad.
Artículos 33 y 34	Derecho al Trabajo y seguridad social. El trabajo se concibe en Ecuador como un derecho y deber social, y un derecho económico, origen del desarrollo individual y fundamento de la economía. El Estado garantizará a los trabajadores el respeto a su dignidad, una vida íntegra, retribuciones equitativas y razonables, así como el desempeño de un trabajo sano y libremente seleccionado o aceptado. El derecho a la seguridad social es irrenunciable para todo ciudadano y trabajador, y será deber y responsabilidad fundamental del Estado.
Artículo 43	El Estado asegurará a las trabajadoras embarazadas y en fase de lactancia el derecho a no ser discriminadas por estar embarazada en el ámbito educativo, social y laboral. A los servicios gratuitos de salud materno infantil. A la atención y cuidado integral de carácter prioritario de su salud y vida en el embarazo, parto y posparto. A contar con las alternativas requeridas para recuperarse después del embarazo y en el periodo de lactancia.
Artículo 70	Igualdad laboral entre hombres y mujeres mediante la incorporación del enfoque de género en planes y proyectos, y ofrecerá asistencia técnica para su cumplimiento obligatorio en el sector público.
Artículo 324	Derecho a la propiedad: se garantiza igualdad de derechos y oportunidades de mujeres y hombres en el acceso a la propiedad y en las decisiones tomadas para la gestión de la sociedad conyugal.
Artículo 331	El Estado garantiza a las mujeres el derecho a la igualdad en el acceso al trabajo, a la capacitación y desarrollo laboral y profesional, a la retribución equitativa, y a la iniciativa de trabajo independiente. Se asumirán todas las medidas requeridas para prescindir de las desigualdades. Está prohibida cualquier discriminación, acoso o acto violento de cualquier clase, bien sea de manera directa o indirecta, que perjudique a las mujeres en su ambiente laboral.
Artículo 332	Protección y estabilidad laboral en el periodo de embarazo. El Estado garantiza el respeto a los derechos reproductivos de las trabajadoras, incluyendo eliminar aquellos riesgos laborales que pongan en peligro la salud reproductiva, el acceso y seguridad en el trabajo sin restricciones por embarazo o número de hijas(os) e hijos, derechos de maternidad, lactancia, y licencia por paternidad. Se prohíbe el despido de la trabajadora asociado a su condición de embarazo y maternidad, así como la segregación asociada con los roles reproductivos.
Artículo 333	Derecho a la función y responsabilidad de protección del grupo familiar. Se identifica como labor productiva al trabajo no remunerado de autosustento y cuidado humano realizado en los hogares. El Estado impulsará un régimen laboral de conformidad con los requerimientos del cuidado humano, que suministre servicios, estructura física, y horarios de trabajo apropiados; especialmente suministrará servicios de atención infantil, a las personas discapacitadas y otros precisos para que las personas trabajadoras desempeñen sus trabajos; y promoverá la corresponsable y recíprocamente actuación de hombres y mujeres en el trabajo hogareño y en los compromisos familiares. La protección de la seguridad social se desarrollará progresivamente a las personas que tienen bajo su responsabilidad el trabajo familiar no remunerado en su domicilio, de acuerdo con los términos generalizados del sistema y la ley

Elaboración propia

Fuente: (Asamblea Nacional, 2010)

Como puede evidenciarse el constitucionalismo ecuatoriano ha cubierto de protección especial a la mujer, su salud reproductiva, su salud ocupacional, condición de trabajadora y de embarazada. Y es importante reconocer que recoge las disposiciones, objetivos y propósitos de los Convenios de la OIT, debidamente ratificados por el país en el marco de la protección laboral de la mujer y de la mujer embarazada. Sin embargo, desde el año 1978 con la promulgación del Código de Trabajo de 1978, se dio un importante avance en materia de protección de la mujer embarazada en el ámbito legal del Ecuador (Feng, 2021, p. 22).

Del mismo modo, actualmente este importante Cuerpo Jurídico asume los Convenios de la OIT ratificados por Ecuador. Es importante resaltar que en 1978, se ampliaron los beneficios para la protección del trabajo tanto de mujeres como de los menores, regulando diversas circunstancias con respecto a lo que este Código denominó personal femenino (Art. 153), referente a su categoría de mujer embarazada, prohibiendo expresamente la terminación de la relación laboral por motivos del embarazo y de darle continuidad a esta dentro del período acordado en el Art. 153, que si bien replicó la medida del Código de Trabajo de 1938, amplió de 6 a 12 semanas el tiempo a cancelar a la trabajadora por descanso remunerado, a salario completo (Solórzano, et al., 2020).

En tal sentido y para ampliar aspectos de protección laboral, en el 2005 y posteriormente el 2012 se aplicó el portafolio de beneficios laborales en el Código del Trabajo. Se presentan las medidas legales de protección acordadas por el Código del trabajo en materia de protección a la mujer embarazada en el sector privado expresadas en terminos de licencias.

Tabla 2. Derechos de la mujer embarazada en el sector privado

Artículo del Código del Trabajo	Derecho reconocido
Artículo 92	Garantía salarial para parturientas, por tanto, no se retendrán ni embargarán las remuneraciones salariales que reciban las trabajadoras en el período de tiempo de dos semanas antes del parto y seis semanas después de este.
Artículo 152	Las trabajadoras tienen derecho a disfrutar una licencia con remuneración equivalente a doce (12) semanas por el nacimiento de su hija(o); si el nacimiento fuese múltiple este plazo se amplía por diez días más. La ausencia al trabajo se demostrará a través de un certificado médico concedido por un médico del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social donde conste la fecha probable del parto o la fecha en que este se produjo. Si la madre falleciere en el parto o durante el goce de la licencia por maternidad, el padre usará la totalidad de la licencia, o de la porción que reste del tiempo de la licencia que le correspondiere a la madre de no haber fallecido; en casos de nacimientos múltiples o por cesárea se extenderá la licencia por cinco días más.
Artículo 153	Protección laboral a la trabajadora embarazada, lo cual prohíbe la terminación del contrato de trabajo por motivos del embarazo y el empleador no podrá sustituirla de manera definitiva durante el período de doce semanas fijadas en el Artículo 152. En este lapso de tiempo, la trabajadora tendrá derecho a recibir su retribución completa, salvo alguna disposición en contrario de la Ley de Seguridad Social, siempre que cubra de manera igual o superior los amparos contemplados en el COT.
Artículo 154	Imposibilidad para trabajar por enfermedad vinculada al embarazo o parto, lo cual ameritará que la trabajadora pueda ausentarse de su trabajo hasta por un año a resultado de enfermedad que, según el criterio y el certificado médico, se produzca en el embarazo o en el parto, y la inhabilite para trabajar, por ello, no podrá terminarse la relación laboral por esa causa.
Artículo 155	En el periodo de doce (12) meses sucesivos al parto, la jornada horaria de lactancia para la madre trabajadora será de seis (6) horas, de acuerdo con las circunstancias de la beneficiaria

Elaboración propia

Fuente: (Congreso Nacional, 2005)

De la misma forma, en el sector público, la Ley Orgánica de Servicio Público (LOSEP), contempla para las trabajadoras del sector oficial beneficios en materia de protección al embarazo y la maternidad. Se presentan los derechos contemplados en esta importante Ley.

Tabla 3. Derechos de la mujer embarazada en el sector público

Artículo de la LOSEP	Derecho reconocido
Artículo 27	Licencias con remuneración. Toda servidora o servidor público podrá disfrutar de licencia con remuneración en los casos: por maternidad, tiene derecho a una licencia remunerativa equivalente a doce (12) semanas por el nacimiento de su hija(o); en caso de nacimiento múltiple este lapso se ampliará por diez días más. En caso de parto múltiple se añadirán 10 días al plazo establecido. Igualmente se concederá licencia de hasta 25 días para casos de hijos hospitalizados o con patologías degenerativas
Artículo 33	Las trabajadoras públicas contarán con un permiso para la atención y cuidado del recién nacido por dos horas diarias, en el periodo de doce meses a partir de la terminación de la licencia de maternidad correspondiente.
Artículo 58	En caso de contratos ocasionales a la trabajadora embarazada le será renovado el contrato por hasta una vez más hasta el término del período fiscal en el cual concluya su período de lactancia, de acuerdo a la Ley

Elaboración propia

Fuente: (Congreso Nacional, 2005)

### **Análisis comparativo entre el Código de trabajo y la Ley Orgánica de Servicio Público**

El derecho fundamental que ampara a la mujer trabajadora en estado de gestación en ambos cuerpos legales es garantizar la estabilidad laboral no solo durante el embarazo sino en las siguientes 12 semanas de licencia. Es importante considerar que tanto en el COT como en la LOSEP hay muchas coincidencias en materia de licencias para la mujer embarazada y para el periodo postparto. A este respecto, se presentan este tipo de beneficios:

En materia de licencia por motivo del parto y del postparto: El Artículo 92 del COT establece una remuneración integral equivalente a dos semanas antes del parto y seis semanas después del parto. El Artículo 27 de la LOSEP a este respecto contempla una licencia remunerativa por maternidad, de doce (12) semanas por el nacimiento de su hija o hijo, es evidente el sentido proteccionista de la LOSEP al superar al COT en este aspecto, en cinco semanas de remuneración a favor de la trabajadora embarazada (Congreso Nacional, 2005; Asamblea Nacional, 2010).

En materia de licencia nacimientos múltiples, o por cesárea el Artículo 152 del COT esta se prolongará por cinco días más. Sin embargo, el Artículo 27 de la LOSEP amplía a 10 días adicionales de licencia si el parto fuese múltiple, superando la propuesta del COT. Esta licencia favorece a las trabajadoras públicas amparadas por la LOSEP (Congreso Nacional, 2005; Asamblea Nacional, 2010).

En relación a la licencia por tratamiento de hijos/as con enfermedades degenerativas, el COT contempla en su Artículo 152 que cuando el hijo haya nacido prematuro o en condiciones de cuidado especial, se alargará la licencia por paternidad con remuneración, por ocho días más y si el hijo nació 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 esta condición con un certificado médico expedido por un especialista del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, o por otro facultativo. Esta licencia de 25 días es similar a la contemplada en el Artículo 27 de la LOSEP, de la misma forma en caso de prematuros la licencia de la LOSEP coincide con la del COT (Congreso Nacional, 2005; Asamblea Nacional, 2010).

En materia de seguridad laboral, el Artículo 153 del COT establece que no se dará por culminado el contrato de trabajo por motivos de embarazo de la trabajadora y el contratante no podrá reemplazarla de forma definitiva dentro de un periodo de doce semanas. En el Artículo 58 de la LOSEP se establece en el caso de los contratos ocasionales para la trabajadora embarazada este le sea renovado solo por una vez más hasta finalizar el período fiscal en el cual culmine la licencia por lactancia materna de acuerdo acorde a la ley, es importante señalar que según la LOSEP el periodo de lactancia es de 12 meses. La LOSEP protege a la trabajadora contra el despido en contratos ocasionales hasta el término del periodo de lactancia o cuidado materno, lo cual equivale a 12 meses, mientras que el COT hasta por un

periodo de 12 semanas, por tanto, la seguridad laboral de la LOSEP, en este caso, supera a la ofertada por el COT en su Artículo 153 que contempla una protección de doce semanas (Congreso Nacional, 2005; Asamblea Nacional, 2010).

En materia de licencia por lactancia, el COT contempla en el Artículo 155 que doce (12) meses posteriores al parto, la jornada de lactancia materna tendrá una duración de seis (6) horas, conforme a la necesidad de la trabajadora beneficiaria. Por su parte, la LOSEP en su Artículo 33 establece que las servidoras públicas tendrán permiso para cuidar al recién nacido por dos horas diarias, durante doce meses desde el término de la licencia de maternidad. Es evidente que el COT supera en este sentido la licencia presentada por la LOSEP, y de igual manera, el COT define con claridad la lactancia materna como licencia, mientras que la LOSEP solo define el cuidado del recién nacido (Congreso Nacional, 2003; Congreso Nacional, 2005; Asamblea Nacional, 2010).

En materia de guarderías, el Artículo 155 del COT, consagra que en aquellas empresas permanentes con 50 o más trabajadores, el empleador constituirá anexo o cercano a la empresa, o lugar de trabajo, un servicio de guardería para atender a los hijos de los trabajadores, proporcionando gratuitamente atención, alimentación, local he utensilios para este servicio. Las empresas que no puedan hacerlo pueden unirse a otras empresas o contratar a terceros para proveer este servicio. Este beneficio no se contempla en la LOSEP (Ortiz, Lorente, & Jácome, 2020, p. 78).

Como puede observarse, el espíritu, propósito y razón de ambos cuerpos legales es la protección de los derechos fundamentales de la trabajadora durante y después del parto, así como del interés superior del niño recién nacido. Sin embargo, se observa una leve prevalencia de beneficios en las servidoras del sector público sobre las que trabajan en el sector privado.

### **Sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador garantizando el derecho de las trabajadoras embarazadas y en periodo de lactancia**

La Corte Constitucional (CC) dictó sentencia a favor de 19 acciones de protección presentadas por trabajadoras embarazadas, cumpliendo su correspondiente período de lactancia y al cuidado del recién nacido, quienes prestaban sus servicios en el sector público, bajo diferentes modalidades como nombramientos provisionales, contratos ocasionales de servicios y cargos de libre remoción. Todas las trabajadoras fueron notificadas del término de su relación laboral mucho antes de cumplir los periodos de las licencias correspondientes acorde a lo estipulado

por la LOSEP. Las trabajadoras dieron previo aviso de su embarazo en las entidades públicas donde trabajaban y aun así fueron despedidas de sus cargos (Corte Constitucional del Ecuador, 2020).

Estos casos se encuentran recogidos en la Sentencia No. 3-19-JP/20 y acumulados, cuyo Magistrado ponente fue Ramiro Ávila Santamaría, y la Sentencia fue por Revisión de garantías (JP) Derechos de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia, cuya fecha de dictamen fue el 05 de agosto de 2020. En tal sentido, fueron admitidos los trámites ante la Corte Constitucional en fechas comprendidas por cada caso entre el 18 de diciembre de 2018 y el 19 de marzo de 2019. Luego, conforme a lo contemplado en el artículo 436 (6) de la Constitución de la República, en concordancia con los artículos 2 (3) y 25 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la Corte Constitucional se declaró competente para expedir sentencias de jurisprudencia vinculante.

Como resultado fueron presentados y analizados los hechos de los 19 casos, La CC argumentó mediante análisis y fundamentación de los mismos, consideró los derechos de las mujeres embarazadas y en período de lactancia, el derecho a tomar decisiones sobre la salud sexual y reproductiva, el derecho de las mujeres a la intimidad y a la no injerencia arbitraria, el derecho al trabajo sin discriminación, el derecho a la protección especial, el derecho a la lactancia materna y el derecho al cuidado, “aclaró lo correspondiente a las políticas públicas e indicadores para garantizar el derecho al cuidado y como corolario emitió su decisión favoreciendo a las trabajadoras revisadas las sentencias de cada una de las instancias previas que habían atendido a estas” (Gómez, 2020, p. 45).

En esta oportunidad, cabe resaltar que, tanto en el contexto internacional como en el ecuatoriano, se observan esfuerzos para proteger a la mujer en su condición de pertenecer a un grupo prioritario y vulnerable, lo cual se incrementa, evidencia y se acentúa, cuando esta es trabajadora y queda embarazada. Por ello, estos esfuerzos se materializan en la protección de la salud ocupacional de la trabajadora durante el embarazo, minimizando la mayor posibilidad de riesgos laborales. De la misma forma se prevé que “posterior el parto su protección y estabilidad laboral es protegida en su periodo de recuperación física y durante el cuidado y lactancia de su hijo(a) recién nacido” (Ortiz, Lorente, & Jácome, 2020, p. 34).

Para concluir con este tema, es menester expresar que todos los beneficios están contemplados en la Constitución Nacional de 2008, el Código del Trabajo y la Ley Orgánica de Servicio Público, es decir, tanto en el sector público



como en el privado se evidencian estos efectos de protección legal a la trabajadora embarazada y a la madre en estado de recuperación y en el periodo de lactancia materna. Se entiende entonces que no debería vulnerarse los principios a la igualdad y no discriminación, como en muchas instituciones públicas o privadas se viene haciendo.

## CONCLUSIONES

El constitucionalismo ecuatoriano ha dado importantes avances en materia de reconocimiento de nuevos derechos que representan una realidad diferente en ámbitos como el social, el económico, laboral, político y jurídico, especialmente ante el avance y protagonismo de la mujer en el desarrollo del país, su progreso en el mundo académico, científico y productivo, su participación en la construcción de un rico tejido de participación donde su vocación para colaborar no le ha permitido dejar atrás su rol de mujer, esposa, madre y de trabajadora, asumiendo en oportunidades cuidados especiales a su entorno familiar más cercano que requiere por diversas circunstancias un cuidado y atención especial.

Ecuador, para saldar esa deuda social y jurídica ha asumido y ratificado importantes Convenios de Organismos de Liderazgo supranacional en defensa de la igualdad laboral entre hombres y mujeres, venciendo así discriminaciones que en vez de enriquecer generan un efecto negativo hacia la estructura social y económica del país, de la misma forma no solamente ha actualizado al Código de Trabajo para que en el sector privado sean consideradas como una población de atención prioritaria, sino que además las extiende al sector público a través de la LOSEP.

Se han considerado licencias dignas que protegen a la trabajadora no solo del embarazo, el parto, el postparto y el cuidado del recién nacido, sino que los aspectos laborales durante su periodo de gestación vayan de acuerdo con este y no representen un riesgo para la salud, la vida y el bienestar tanto de la gestante como de su futuro hijo.

El Estado ecuatoriano se ha revestido de institucionalidad y funcionalidad para hacer cumplir los derechos de las mujeres embarazadas en el campo laboral, reconociendo que el trabajo digno, estable, bien remunerado y con libre igualdad y oportunidad para su acceso es un asunto de derechos humanos.

Otro aspecto conclusivo sobre la protección de la trabajadora embarazada, durante y posterior al parto es que tanto el COT como la LOSEP, amparan a la mujer trabajadora en estado de gestación y después del parto a través de una serie de licencias en materias por motivo del parto y del postparto, nacimientos múltiples, por tratamiento de

hijos/as con enfermedades degenerativas, por lactancia materna, donde puede notarse que el espíritu, propósito y razón de ambos cuerpos legales es la proteger los derechos fundamentales de la trabajadora durante y después del parto así como del interés superior del niño recién nacido. No obstante, se evidencian las siguientes diferencias entre el COT y la LOSEP en materia de licencia por motivo del parto y del postparto (Artículo 92 del COT Vs Artículo 27 LOSEP), por el nacimiento del hijo, la LOSEP supera al COT en este aspecto, en cinco semanas de remuneración a favor de la trabajadora embarazada.

En cuanto a la seguridad laboral, la LOSEP protege a la trabajadora contra el despido en contratos ocasionales hasta el término del periodo de lactancia o cuidado materno, lo cual equivale a 12 meses, mientras que el COT hasta por un periodo de 12 semanas, por tanto, la seguridad laboral establecida en la LOSEP, en este caso, supera a la ofertada por el COT en su Artículo 153 que contempla una protección de doce semanas. Referente a la licencia por lactancia, el COT (6 horas diarias por 12 meses) supera en este sentido la licencia presentada por la LOSEP (2 horas por 12 meses), y de igual manera, el COT define con claridad la lactancia materna como licencia, mientras que la LOSEP solo define el cuidado del recién nacido.

No obstante, al observar lo comentado anteriormente se observa una prevalencia de beneficios en las servidoras del sector público amparadas por la LOSEP sobre las que trabajan en el sector privado amparadas por el COT.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Asamblea Nacional. (2010). *Ley Orgánica de Servicio Público LOSEP*. Quito: Registro Oficial Suplemento 294 de 06-oct.-2010. Última modificación: 28-mar.-2016. [https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic5\\_ecu\\_ane\\_mdt\\_4.3\\_ley\\_org\\_ser\\_p%C3%BAb.pdf](https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic5_ecu_ane_mdt_4.3_ley_org_ser_p%C3%BAb.pdf)
- Congreso Nacional. (2005). *Código del Trabajo*. Quito: Registro Oficial Suplemento 167 de 16-dic-2005. Última modificación: 26-sep-2012. <https://www.trabajo.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/11/C%C3%B3digo-de-Tabajo-PDF.pdf>
- Congreso Nacional. (2003). *Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia*. Registro Oficial 737 de 03 enero de 2003. [https://www.igualdad.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2019/12/codigo\\_ninez\\_adolescencia\\_nov2019.pdf](https://www.igualdad.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2019/12/codigo_ninez_adolescencia_nov2019.pdf)

- Corte Constitucional del Ecuador. (2020). CASO No. 3-19-JP y acumulados. Juez ponente: Ramiro Ávila Santamaría. Revisión de garantías (JP) Derechos de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia. Quito. <https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2020/09/3-19-JP-y-acumulados-firmado-1.pdf>
- Cueva, L. (2018). *La estabilidad laboral reforzada de la madre gestante: naturaleza jurídica y efectos (Tesis de Maestría)*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú - CENTRUM Católica.
- Curiel, E. (2019). *El Centenario de la Organización Internacional del Trabajo (1919-2019) (Tesis de Grado en Derecho)*. Valladolid, España: Universidad de Valladolid, Facultad de Derecho.
- Feng, (2021). The health and self-efficacy of pregnant women in delivery with music analgesia and labor doula. *Revista Brasileira de Medicina do Esporte*, 27, 50-52.
- García Arizaga, Karen Yarely, & Pérez Padrón, Diana. (2019). El derecho al acceso a la seguridad social de los trabajadores al servicio del estado. *Revista latinoamericana de derecho social*, (29), 117-143.
- Gómez-Sánchez, Lydia, García-Banda, Gloria, Servera, Mateu, Verd, Sergio, Filgueira, Ana, & Cardo, Esther. (2020). Beneficios del mindfulness en mujeres embarazadas. *Medicina (Buenos Aires)*, 80, 47-52.
- Gray, S. A., (2015). *Using fuzzy cognitive mapping as a participatory approach to analyze change, preferred states, and perceived resilience of social-ecological systems*. *Ecología y Sociedad*. Vol. 20, número 21.
- López, D. (2021). La protección legal a las mujeres embarazadas como grupo de atención prioritario. *Revista Sociedad & Tecnología*, 4(S2), 654-666.
- Lobato, Julieta. (2019). Cláusula de igualdad en el ámbito laboral y perspectiva de género. Aportes desde el Derecho del Trabajo argentino a partir del caso "Sisnero". *Revista de la Facultad de Derecho*, (46), 49-107.
- Ochoa, M., & Morales, G. (2020). La mujer embarazada y sus derechos laborales en Ecuador. *Revista Dilemas Contemporáneos: Educación, Política y Valores*. 8(1), 1-30.
- OIT. (2006). *Promoviendo la igualdad de género. Convenios de la OIT y los Derechos laborales de las mujeres*. Santiago de Chile: OIT.
- Ortiz, M. S., Lorente, C. G., & Jácome, M. E. (2020). Análisis de la figura, despido intempestivo en el ordenamiento jurídico de Ecuador, con el uso de mapas cognitivos difusos. *Investigación Operacional*, 41(5), 654-664.
- Páez, M. (2022). *La reducción emergente de la jornada laboral en Ecuador, dentro del contexto de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario*. Ibarra, Ecuador: Universidad Técnica del Norte. Facultad de Ciencias Administrativas y Económicas.
- Quintero, M. (2019). Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado) 1952 (núm. 103) En Número especial de conmemoración del Centenario de la OIT en colaboración con ITC-ILO. Coordinado por Djamil Tony Kahale Carrillo. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del empleo. Volumen 7, número especial de conmemoración del Centenario de la OIT*, 864-878.
- Robalino, N. (2018). *Condición de vulnerabilidad de las mujeres embarazadas ante el despido ineficaz (Tesis de Grado - Maestría en Derecho Constitucional)*. Guayaquil: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.
- Solórzano, J., Narváez, C., Pozo, E., & Erazo, J. (2020). Análisis de la regulación del período de lactancia en el Ecuador. *Iustitia Socialis. Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas. Año V. Vol. V. N°8. Enero – Junio*, 117-141.