



UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA INDOAMÉRICA

DIRECCIÓN DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN CONSTITUCIONAL

TEMA:

**DERECHO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN A LAS MUJERES
LACTANTES EN EL SECTOR LABORAL PÚBLICO Y PRIVADO, ANÁLISIS
DE SENTENCIA 36-19-IN/21**

Trabajo de investigación previo a la obtención del título de Magister en Derecho
Mención derecho Constitucional. Modalidad: Estudio de Caso

Autor:

Alvarez Carrera Enrique Gonzalo

Tutor: Ab. Verónica Patricia Urrutia Santillán

AMBATO – ECUADOR

2023

**AUTORIZACIÓN POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA,
REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA
DEL TRABAJO DE TÍTULACIÓN**

Yo, Enrique Gonzalo Alvarez Carrera, declaro ser autor del Trabajo de Investigación con el nombre “**DERECHO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN A LAS MUJERES LACTANTES EN EL SECTOR LABORAL PÚBLICO Y PRIVADO, ANÁLISIS DE SENTENCIA 36-19-IN/21**”, como requisito para optar al grado de Magister en Derecho Constitucional y autorizo al Sistema de Bibliotecas de la Universidad Tecnológica Indoamérica, para que con fines netamente académicos divulgue esta obra a través del Repositorio Digital Institucional (RDI-UTI).

Los usuarios del RDI-UTI podrán consultar el contenido de este trabajo en las redes de información del país y del exterior, con las cuales la Universidad tenga convenios. La Universidad Tecnológica Indoamérica no se hace responsable por el plagio o copia del contenido parcial o total de este trabajo.

Del mismo modo, acepto que los Derechos de Autor, Morales y Patrimoniales, sobre esta obra, serán compartidos entre mi persona y la Universidad Tecnológica Indoamérica, y que no tramitaré la publicación de esta obra en ningún otro medio, sin autorización expresa de la misma. En caso de que exista el potencial de generación de beneficios económicos o patentes, producto de este trabajo, acepto que se deberán firmar convenios específicos adicionales, donde se acuerden los términos de adjudicación de dichos beneficios.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Ambato a los 27 días del mes Abril del 2023, firmo conforme:

Autor: Ab. Enrique Gonzalo Alvarez Carrera

Firma:

Número de Cédula: 1718964776

Dirección: Dioselina de la Cueva y Alamor, Santo Domingo-Santo Domingo de los Tsáchilas; Correo Electrónico: gonzaloalvarez5@hotmail.com



firmado electrónicamente por:
**ENRIQUE GONZALO
ALVAREZ CARRERA**

APROBACIÓN DEL TUTOR

En mi calidad de Tutor del Trabajo de Titulación “**DERECHO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN A LAS MUJERES LACTANTES EN EL SECTOR LABORAL PÚBLICO Y PRIVADO, ANÁLISIS DE SENTENCIA 36-19-IN/21**” presentado por Ab. Enrique Gonzalo Alvarez Carrera, para optar por el Título de Magíster en Derecho Constitucional

CERTIFICO

Que dicho trabajo de investigación ha sido revisado en todas sus partes y considero que reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la presentación pública y evaluación por parte del Tribunal Examinador que se designe.

Ambato, de 22 de Abril del 2023



Firmado electrónicamente por:
**VERONICA PATRICIA
URRUTIA SANTILLAN**

Ab. Verónica Patricia Urrutia Santillán.

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD

Quien suscribe, declaro que los contenidos y los resultados obtenidos en el presente trabajo de investigación, como requerimiento previo para la obtención del Título de Magister en Derecho Constitucional son absolutamente originales, auténticos y personales y de exclusiva responsabilidad legal y académica del autor.

Ambato, de 27 de Abril del 2023



Firmado electrónicamente por:
**ENRIQUE GONZALO
ALVAREZ CARRERA**

Ab. Enrique Gonzalo Alvarez Carrera
CC: 1718964776

APROBACIÓN TRIBUNAL

El trabajo de Titulación, ha sido revisado, aprobado y autorizada su impresión y empastado, sobre el Tema: **DERECHO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN A LAS MUJERES LACTANTES EN EL SECTOR LABORAL PÚBLICO Y PRIVADO, ANÁLISIS DE SENTENCIA 36-19-IN/21**, previo a la obtención del Título de Magister en Derecho Mención Derecho Constitucional, reúne los requisitos de fondo y forma para que el estudiante pueda presentarse a la sustentación del trabajo de titulación.

Ambato, 27 de Abril del 2023



Firmado electrónicamente por:
**DANIELA
FERNANDA LÓPEZ
MOYA**

Ab. López Moya Daniela Fernanda, Mg.
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL

Ab. Barrionuevo Núñez José Luis, Mg.
VOCAL



Firmado electrónicamente por:
**VERONICA PATRICIA
URRUTIA SANTILLAN**

Ab. Urrutia Santillán Verónica Patricia, Mg.
VOCAL

DEDICATORIA

A Dios por siempre estar conmigo
en todos mis proyectos de vida pero
sobre todo, por sus bendiciones
derramadas.

A mis queridos Padres, hermanos, por brindarme
su apoyo incondicional en cada momento.

A mis queridos abuelos, hermanos, suegra
a quienes elevo una plegaria al cielo

AGRADECIMIENTO

A mi amada esposa Mayra y mis amados hijos
Dylan y Johan por su paciencia, apoyo, su amor
brindado a cada momento en este esforzado
camino de preparación.

INDICE DE CONTENIDOS

APROBACIÓN DEL TUTOR	III
DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD	IV
APROBACIÓN TRIBUNAL	V
DEDICATORIA	VI
AGRADECIMIENTO	VII
RESUMEN EJECUTIVO	X
INTRODUCCIÓN	12
TEMA DE INVESTIGACIÓN	14
ESTADO DEL ARTE	14
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	16
OBJETIVO	17
JUSTIFICACIÓN	17
PALABRAS CLAVES Y/O CONCEPTOS NUCLEARES	18
NORMATIVA JURÍDICA	19
DESCRIPCIÓN DEL CASO OBJETO DE ESTUDIO	19
METODOLOGÍA	20
CAPITULO I.....	21
MARCO TEORICO	21
1 Concepciones históricas del Derecho Laboral de las mujeres en estado de gestación y lactancia.....	21
2 Las mujeres en el ámbito laboral y Derechos Humanos.....	25
3 Derechos y Garantías Constitucionales de las relaciones laborales.....	28
3.1. La mujer embarazada y en estado de lactancia.....	32
3.2. La mujer embarazada y en periodo de lactancia como grupo de atención prioritaria	32
3.3. Derecho de igualdad y no discriminación.....	36
3.4. Principio de Igualdad.....	37
Igualdad formal.....	39
Igualdad material	39
Prohibición de discriminación	40
Categoría sospechosas	40
4 Consideraciones de la Corte Constitucional a las mujeres en periodo de embarazo y lactancia	41
5. Consideraciones de la Corte Constitucional al trato diferenciado: justificado y discriminatorio	43

6. Análisis comparativo de los derechos laborales de la mujer en estado de gestación en el Código de Trabajo y la LOSEP 44

CAPITULO II..... 47
GUIA DE ESTUDIO DE CASO..... 47

Jurisprudencia de la Corte Constitucional en relación mujeres en periodo de embarazo y lactancia 47
 Antecedentes del caso concreto 48
 Decisión de la Corte Constitucional 49
 Procedimiento ante la Corte Constitucional del Ecuador 49
 Problemas jurídicos planteados por la Corte Constitucional 50
 Argumentos centrales en relación al derecho a la igualdad y no discriminación, previsto en los artículos 66 numeral 4 y 11 numeral 2 de la Constitución 50
 Estudio de sentencia No. 36-19-IN/21, por distinción injustificada entre mujeres en periodo de lactancia trabajadoras bajo el Código del Trabajo y servidoras públicas bajo la LOSEP 51

CONCLUSIONES 54
RECOMENDACIONES 56
BIBLIOGRAFÍA 57

UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA INDOAMÉRICA

DIRECCIÓN DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO: MENCIÓN DERECHO CONSTITUCIONAL

TEMA: DERECHO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN A LAS MUJERES LACTANTES EN EL SECTOR LABORAL PÚBLICO Y PRIVADO, ANÁLISIS DE LA SENTENCIA NRO. 36-19-IN/21

AUTOR: Enrique Gonzalo Alvarez Carrera

TUTORA: Abg. Urrutia Santillán Verónica Patricia

RESUMEN EJECUTIVO

Con el pasar de los años en nuestro País, se ha venido cumpliendo con lo dispuesto en la normativa Legal, lo relacionado al tiempo de estado de lactancia y de gestación de las trabajadoras privadas como públicas, siendo así desde una perspectiva social, no consideran como un trato justo sino más bien diferenciado, por lo que con el nuevo texto constitucional del Ecuador, las mujeres que se encuentran ardua y constantemente día a día proveyendo el sustento en sus hogares y a la vez creciendo laboral y profesionalmente sin distinción alguna, son parte del grupo de atención prioritaria, obteniendo con esto que sus derechos sean respetados y en igualdad de condiciones, es así que para la elaboración del presente trabajo investigativo haremos un análisis crítico comprensible en base a lo investigado en libros, códigos, tratado internacional, etc., y por ultimo analizaremos la sentencia Nro. 36-19-IN/21 de la Corte Constitucional.

DESCRIPTORES: discriminación, género, igualdad, lactancia, mujer, trabajo.

UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA INDOAMÉRICA
DIRECCIÓN DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO: MENCIÓN DERECHO CONSTITUCIONAL

THEME: DERECHO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN A LAS MUJERES LACTANTES EN EL SECTOR LABORAL PÚBLICO Y PRIVADO, ANÁLISIS DE LA SENTENCIA NRO. 36-19-IN/21

AUTHOR: Abg. Enrique Gonzalo Alvarez Carrera

TUTOR: Abg. Urrutia Santillán Verónica Patricia

ABSTRACT

Over the years, Ecuador has enforced legal requirements that are exclusive regarding lactation periods and pregnancy conditions in private and public workers. From a social perspective, these regulations are unfair as they provoke differentiated treatment. Granted that, in the new Ecuadorian constitution, hard-working women who provide for households daily and develop professional growth without distinction of any kind are part of priority attention groups. Therefore, their rights are respected in equal conditions. Then, this research presents an intelligible critical analysis based on a bibliographic review of books, codes, international treaties, etc. Finally, this study will analyze sentence analysis No. 36-19-IN/21 at the Constitutional Court.

KEYWORDS: breastfeeding, gender equality, non-discrimination, women, work.

INTRODUCCIÓN

La mujer en el plano del desarrollo social, laboral, salarial, familiar ha venido siendo la figura principal en este importante progreso, ya que a nivel mundial la mujer debido a su condición de género ha demostrado y a la vez conseguido importantes avances en varios sectores profesionales, situación que se ha evidenciado con el pasar de los años, logrando incluso que muchas de ellas tengan sus propias empresas.

Manos Unidas (2022) indica que el esfuerzo y sacrificio de las mujeres son un factor importante por el cual muchos sectores salariales han puesto el interés en su contratación, pero así también debido a sus necesidades y deseos de trabajar, muchos de ellos se aprovechan de su condición de mujer al no remunerarles con un sueldo digno y justo, mucho menos cuando por su condición familiar llegan a concebir y al encontrarse en periodo de gestación y de lactancia muchas de las veces sean despedidas ya que el tiempo que ellas deben acogerse para dar de lactar a su bebe recién nacido, el empleador lo vea como una pérdida de tiempo y dinero para su empresa.

La sociedad ecuatoriana, a lo largo de los años ha sido testigo del trato diferenciado que la mujer trabajadora con la finalidad de llevar su sustento a su hogar por las diferentes situaciones que ellas se encuentren atravesando, sean tratadas en desigualdad de condiciones por las situaciones maternidad y/o lactancia, sin que se tome en consideración lo estipulado en la Carta Magna el que se la considere dentro del grupo de atención prioritaria.

Diversos Instrumentos Normativos Internacionales y Nacionales ponen de manifiesto la importancia de la lactancia materna garantizando de esta manera los derechos fundamentales a los niños y niñas favoreciendo con esto su crecimiento y desarrollo.

La Organización Internacional del Trabajo –OIT- (2016) ha visto en la necesidad de crear objetivos principales con el fin de erradicar la desigualdad a la mujer en el sector laboral y así pueda acceder a un trabajo digno, justo y en igualdad de condiciones, pero así también se ha visto en la necesidad de crear convenios para proteger a la mujer embarazada y lactante.

Es así que la Convención sobre los derechos del niño –UNICEF- (2018) nos menciona sobre la importancia y conocimiento de principios básicos sobre la salud y las ventajas que tiene la lactancia materna a fin de que todos los sectores de la sociedad tengan acceso a su conocimiento

La Constitución de la República del Ecuador (2008) establece la importancia en la debida atención que deben tener las mujeres embarazadas, un derecho preferente en su condición de salud integral y de su vida durante su periodo de gestación, parto y posparto, sin que sean de ninguna manera discriminadas por su embarazo.

En la legislación ecuatoriana se encuentra al Código de Trabajo (2005) como Ley Organica de Servicio Público (2016), que regulan y amparan los derechos laborables de las mujeres en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad, tanto del sector privado como el Público.

El Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia –CONA- (2003) como referente manifiesta lo siguiente: “Derecho a la lactancia materna.- Los niños y niñas tienen derecho a la lactancia materna para asegurarle el vínculo afectivo con su madre, adecuada nutrición, crecimiento y desarrollo” (Art. 24)

El Código Orgánico de la Salud (2020) da a conocer sobre la importancia vital que tiene la Lactancia materna durante los primeros meses de vida de los niños o niñas, ya que fomenta el desarrollo físico, psíquico y social de los niños desde su nacimiento.

Es así que, para el año de 1999 se expide la Ley de fomento, apoyo y protección de lactancia materna, que da a conocer el derecho la importancia y el derecho natural que tienen todos los niños para asegurar un desarrollo eficaz, garantizando así una nutrición segura y eficiente.

En el desarrollo del presente trabajo investigativo, se abordará en su capítulo primero temas principales sobre el derecho al trabajo, los organismos internacionales que garantizan y protegen estos derechos, la inclusión con el pasar de los años de la mujer en varios sectores como son el social, laboral, salarial, familiar, como también el estudio de la problemática de la discriminación frente al derecho de igualdad en el contexto de las mujeres, y el trato diferenciado.

En el capítulo segundo se abordará el análisis de la Jurisprudencia constitucional del Ecuador en relación con el trato diferenciado que reciben las trabajadoras del sector privado a comparación del sector público en el tiempo de lactancia materna en tal virtud la sentencia de la Corte Constitucional con número 36 – 19 – IN / 21, que clarifica sobre el derecho a la igualdad de las mujeres del sector laboral público-privado y de la no discriminación en su periodo de lactancia que han venido viviendo en estos años

Tema de Investigación

Derecho de igualdad y no discriminación a las mujeres lactantes en el sector laboral público y privado, análisis de la sentencia Nro. 36-19-IN/21.

Estado del arte

UNICEF (2018) pone de manifiesto los desafíos que la mujer en periodo de lactancia encuentra en su vida dentro lo personal como lo laboral, la importancia y los beneficios que los bebés recién nacidos tienen de la lactancia directa a la diferida que son factores importantes al momento de su crecimiento.

Vargas & Bracchi (2016) en esta obra los autores pone de manifiesto el rol y la importancia que la mujer tiene en la sociedad en el ámbito laboral y el deseo de poder acceder a un empleo con un salario digno y justo que pueda solventar sus necesidades personales.

García (2019) pone de manifiesto en su obra que el Estado como garantista de los derechos debe contribuir al pleno goce de la lactancia de las mujeres que se encuentran en esa situación fortaleciendo de esta manera el vínculo biológico entre la madre y el recién nacido logrando con esto un desarrollo integral.

Sánchez, et al. (2019), los autores pone de manifiesto el estudio que realizan sobre el derecho al trabajo de la mujer, la igualdad en el trabajo y la remuneración que ella debe tener indistintamente de su condición de mujer, consiguiendo con esto un trato digno y justo por parte de su empleador.

Cacpata, et al. (2019) pone de manifiesto sobre la discriminación que históricamente el género femenino ha venido sufriendo en todos los ámbitos sea laboral, social etc., y más aun cuando se encuentran en periodo de gestación o lactancia y la diferenciación que ha venido teniendo la mujer que labora en el sector privado del público.

Ochoa & Quezada (2019) indica la importancia y la obligación que debe tener el Estado para tener para con las mujeres que se encuentren laborando y sobre todo al encontrarse en estado de gestación o de lactancia, ya que además de las obligaciones laborales que la mujer adquiere también realiza un trabajo adicional que es el doméstico superando con esto paradigmas y estereotipos.

Vivir y disfrutar de los mismos derechos tanto hombres como mujeres es un factor primordial que conlleva a que todos vivamos en igualdad de condiciones es así que para Delgado (2016) “La igualdad de género significa que tanto mujeres como hombres gozan de las mismas condiciones para el pleno ejercicio de sus derechos, así como de su potencial para el desarrollo político, económico, social y cultural” (p.3).

Rey (2017), indica que con el pasar de los años el derecho a la igualdad se ha venido desarrollando a través de una nueva llámese así rama de ordenamiento jurídico, realizando así un análisis con el tiempo actual sobre la igualdad y no discriminación entre hombres y mujeres, sea por su condición social, laboral, étnico, racial, etc.

Unesco (2018) manifiesta sobre la participación de la mujer en las diferentes funciones y roles que ha venido desempeñando en la sociedad, ha sido el factor primordial para que el desarrollo de procesos y oportunidades, logrados por la igualdad de género revistan de importancia decisiva para el respeto de los derechos humanos.

Ramón & Mañón (2017) indica cómo la Organización Internacional de Trabajo se ha visto en la necesidad de crear e impulsar varios convenios de protección a la mujer por ser considerada como una persona vulnerable a tantos atropellos y discriminación por su condición familiar.

Planteamiento del problema

En el Ecuador se palpa la difícil situación en los diferentes sectores donde uno de ellos la problemática radica en lo laboral, salarial, social e igualdad de oportunidades en las mujeres y más aún cuando se encuentran en periodo de gestación o de lactancia, ya que si bien es cierto la estabilidad laboral es garantizada en plano constitucional y tiene una protección especial al ser consideradas un grupo de atención prioritaria, sin embargo una vez que se encuentra en el periodo de lactancia se ha generado gran malestar en ellas ya que partiendo del principio de igualdad y prohibición de discriminación, ha sido menoscabado a través de un trato diferente entre las mujeres que laboran en el sector público frente al privado.

Existe momentos en que los empleadores abusando de la condición en la que se encuentra la mujer trabajadora siendo ésta una situación complicada o difícil por no menos decir, pueda durante el periodo de lactancia ser acosada, hostigada, etc., lo que conlleve a que se confíe funciones diferentes a la que fue contratada y así sus derechos sean vulnerados, dejándola en un estado donde su salud posterior al parto, se complique, lo que puede provocar que el recién nacido en sus primeros meses de vida, no se le provea de manera eficaz la alimentación debida y su crecimiento y desarrollo sea ineficaz

En el Ecuador en lo que respecta a la normativa que regula a los servidores públicos LOSEP (2010) así como Código de Trabajo (2005), establece a favor de las mujeres un periodo de lactancia de 12 meses; sin embargo el trato diferenciado ocurre al momento de contabilizar desde cuando inicia dicho periodo, ya que para el sector público este permiso de lactancia es computable una vez finalizado la licencia de maternidad de 12 semanas; y en el sector privado existe omisión computable de dicha licencia, dando inicio inmediatamente desde la fecha del parto; trato diferenciado que carece de justificación objetiva y razonable.

Ensayo que debe argumentar el problema planteado como pregunta de investigación desde el análisis crítico desde la aplicación de la Constitución.

Objetivo

Objetivo central

Determinar el derecho igualdad y no discriminación de las mujeres lactantes en el sector laboral público y privado.

Objetivo específico

Indagar en la normativa legal los derechos de la mujer en estado de embarazo, parto y post parto en el sector laboral público.

Analizar la normativa legal y los derechos de la mujer en estado de embarazo, parto y post parto en el sector laboral privado.

Proyectar conclusiones obtenidas del análisis de la sentencia 36-19-IN/21 en relación a la aplicación del principio de igualdad y no discriminación de las mujeres en periodo de lactancia.

Justificación

Social: El transcurrir de los años la participación femenina ha incrementado y así también desencadena los diferentes tratos que han venido recibiendo por parte de sus empleadores cuando se encuentran en periodos de lactancia debido la aplicación de la normativa en la cual se amparan, transgrediendo derechos fundamentales enmarcados en tratados internacionales y constitucionales.

Académico: Este transgredir de derechos conlleva que su estudio y análisis de la problemática, sea un precedente, más aún cuando existe jurisprudencia internacional y así también nuestra legislación ecuatoriana cuenta con un marco legal jurisprudencial que regule el trato privilegiado entre las mujeres en el sector laboral público como privado.

Jurídica: La Carta Magna siendo norma suprema protege o garantiza a todos los ecuatorianos, en especial y en este caso a las mujeres lactantes derechos de igualdad y no discriminación, los mismos que son garantizados por Instrumentos Internacionales, lo que conlleva que su aplicación sea de efecto inmediato en el presente caso.

Palabras claves y/o conceptos nucleares

En el presente trabajo se destaca como concepto nuclear los siguientes: trabajo, igualdad, no discriminación, mujer, gestación, lactancia.

Trabajo.- “El trabajo representa toda actividad realizada por el hombre con el proposito de producir bienes y servicios que le permita satisfacer sus necesidades y la de los demás” (Definición- T-Economía-Trabajo, 2022).

Igualdad de género.- “Se entiende la existencia de una igualdad de oportunidades y de derechos entre las mujeres y los hombres en las esferas privada y pública que les brinde y garantice la posibilidad de realizar la vida que deseen” (Unesco, 2018)

No discriminación.- Mendieta (2018) pone de manifiesto sobre la desigualdad que existe a nivel internacional sobre la forma en que en diversas situaciones se les excluye tanto al hombre como a la mujer, pero por lo general la situación de discriminación siempre ha visto profundizada en los aspectos laborales, sociales, familiares de la mujer.

Mujer.- Ferrer (2017) menciona a la mujer como un personaje especial y principal a través de la historia, catalogándola como una figura esencial que tendría más presencia y protagonismo por la diferencia biológica entre los hombres y las mujeres por la capacidad femenina de la maternidad y que actualmente esa capacidad no la hace de menos para enfrentar los obstáculos que se le presentan en su vida cotidiana para trabajar y salir adelante.

Embarazo.- MedlinePlus (2022) menciona que el embarazo o estado de gestación comprende el tiempo que comprende desde la concepción hasta el nacimiento, considerada como una etapa de crecimiento y desarrollo del nuevo ser dentro del útero.

Lactancia.- Brahm & Valdes (2017) menciona que la lactancia es el alimento natural del recién nacido y lactante, siendo un factor de protección contra distintas enfermedades e incluso previniendo la tasa de mortalidad infantil en el mundo.

Normativa jurídica

En el presente trabajo se empleará la siguiente normativa: Constitución de la República del Ecuador, Convenciones de la Organización Internacional del Trabajo, Convención Americana de derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Código de Trabajo, Ley Orgánica del Servicio Público, Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Descripción del caso objeto de estudio

El estudio del presente caso tiene por objeto un análisis de la sentencia emitida por la Corte Constitucional con No. 36-19-IN/21 la misma trata sobre la problemática en la que se han venido vulnerando derechos constitucionales, por lo que en relación a la misma se detalla los antecedentes procesales.

Los accionantes presentan una demanda por acción de inconstitucionalidad por el fondo de la frase “posteriores al parto” en relación al artículo 155 del Código de Trabajo expedido en el año 2005.

La acción planteada una vez sorteada de fecha 15 de agosto del 2019, recae con la señora Juez constitucional Karla Andrade Quevedo la sustanciación de la misma, para posterior una vez que se admite a trámite la señora Juez ponente, ordena se traslade en conocimiento a la Presidencia de la República, la Asamblea Nacional, a Procuraduría General del Estado.

Es así que dentro de las pretensiones y fundamentos la sentencia en análisis da a conocer que la norma impugnada vulnera los derechos constitucionales establecidas en el artículo 11 núm. 2 y del artículo 66 núm. 4 de la norma constitucional, referente al periodo de lactancia de doce meses contados a partir del nacimiento del niño/a en cuanto a las trabajadoras del sector privado, mientras que para la trabajadora del sector público dicho periodo se contabiliza desde la finalización de la licencia de maternidad.

El tiempo contabilizado entre la Ley Orgánica del Servicio Público referente al periodo de lactancia a diferencia de la norma impugnada, transgrede gravemente y

directa el derecho de igualdad, así como la proscripción de discriminación, generando un trato diferenciado entre las mujeres trabajadoras para hacer uso de ese tiempo careciendo de esta manera una justificación objetiva y razonable.

La Corte Constitucional considera, luego de un profundo análisis de lo planteado, encuentra que la frase “posteriores al parto” contemplado así en el Código de Trabajo en su artículo 155 inciso tercero, contraría al derecho de igualdad, y de no discriminación entre las mujeres trabajadores del sector privado frente a las sector público, por lo tanto resuelve en aceptar la acción planteada, y en lugar de la frase impugnada se tendría lo que sigue: “Art. 155.- Guardería infantil y lactancia [...] Durante los doce (12) meses a partir de que haya concluido su licencia por maternidad, la jornada de la madre lactante durará seis (6) horas, de conformidad con la necesidad de la beneficiaria”.

Metodología

Las fuentes con las que se contó en el trabajo, es de tipo bibliográfico, encontrándose en mi biblioteca particular, así como también de revistas jurídicas digitales, convenios internacionales, leyes, doctrina, y sentencias del máximo tribunal de justicia constitucional.

Método de análisis de casos: Se procederá a la identificación del trato diferenciado previa justificación objetiva y razonable entre las mujeres trabajadoras del sector público y privado ante el periodo de lactancia regulado en las normativas correspondientes para cada sector laboral.

CAPITULO I

MARCO TEORICO

1 Concepciones históricas del Derecho Laboral a la mujer gestante y lactante

Los derechos de las mujeres han sido de paulatino reconocimiento y conquista, no siendo ajeno a esta suerte los derechos laborales.

Ecuador ha sido suscriptor de varios instrumentos y tratados internacionales de derechos humanos, siendo de obligatorio cumplimiento en debida aplicación de lo conocido como Bloque de Constitucionalidad.

Los artículos 425 y 426 de la Constitución establecen parámetros de aplicación del principio de supremacía del texto constitucional, constituyéndose en la máxima norma jurídica compartiendo sitial con los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos. Esto nos da la idea y corrobora el modelo de Estado constitucional de derechos, al tener una Constitución con características de suprema, y que irradia materialmente su contenido en todo el ordenamiento jurídico con el respeto de los derechos y garantías reconocidos por el constituyente.

Este modelo garantista de derechos fue instaurado desde el 20 de octubre de 2008, el cual ha permitido a través de diversas garantías tutelar derechos vulnerados de quienes históricamente han sido desprotegidos, marginados, excluidos, discriminados y en casos graves criminalizados.

A pesar de su característica garantista de derechos, la historia constitucional ecuatoriano nos demuestra que los derechos laborales así como los derechos de las mujeres han tenido un desarrollo progresivo, tal como procedo a sintetizar a continuación;

La Ley de Manumisión de esclavos de 1852, en el periodo de gobierno de José María Urbina eliminó de forma total la esclavitud permitiendo la libre contratación de personal, así como el pago de un salario en retribución del trabajo realizado. La situación de las mujeres era desfavorable aún, ya que las mujeres esclavas no eran consideradas sujetos de derecho, ya que sólo las declaradas mujeres libres podían exigir el pago por su trabajo.

El primer vestigio de reconocimiento incipiente y precario hacia las mujeres se encuentra en el Código Civil de 1871, donde se regulaba que la mujer no tenía capacidad legal, incluso se contemplaba situaciones jurídicas como por ejemplo al ejercer actividad laboral alguna por parte de las mujeres se entendía que dichos actos los realizaba por autorización de su esposo. Sin lugar a dudas, el predominio de una ley hecha por hombres para los hombres es evidente.

Décadas después con la Constitución de 1906, de mano con la Revolución Liberal la mujer inició con una participación activa en la sociedad permitiendo el ingreso a escuelas normales posibilitando ciertas profesiones u ocupaciones. Se consagra el matrimonio civil así como el divorcio.

En 1919 la OIT expide el Convenio 003 que proclama proteger a la mujer trabajadora en periodo de embarazo. Para 1928 en Ecuador se instaura el Ministerio de Trabajo y lo que es conocido como Inspectoría de Trabajo. Entra en vigencia el Código de Trabajo para el año de 1938. Previamente se dictó para 1903 y 1916 leyes laborales que regulaban los días de trabajo en la industria, así como las jornadas de descanso dominical, las recargas por trabajo en horarios suplementarios y extraordinarios, así como de los primeros intentos de regulación de lo que hoy es conocido como desahucio. A posterior se empezó a regular temas como la remuneración del día de descanso sábado, así como del accidente de trabajo, y otros temas como enfermedades profesionales, cambios de puestos, y, procedimientos para presentar acciones legales laborales y de los plazos de prescripción.

Para 1954 se realiza la Primera Conferencia de la mujer trabajadora, teniendo como temas de relevancia la equidad del salario de mujeres y hombres; así como la supresión de los trabajos forzosos hacia las mujeres.

En 1945, el nuevo texto constitucional consagraba la protección a la mujer grávida, la familia, el matrimonio, y maternidad en el artículo 148 literal Ñ, constituyéndose en la primera constitución en reconocer la protección a la madre trabajadora.

Al año inmediato, se dicta una nueva Constitución (1946), que en sus artículos 162 y 163 se establecía la protección estatal a la maternidad, la familia, el matrimonio

y el haber familiar. Se estableció en rango constitucional un reparto de utilidades del 5%. Se suprimió la garantía de estabilidad laboral de la mujer encinta, significando una regresión en los derechos ya conquistados.

El texto constitucional de 1967, en su artículo 29 hace un reconocimiento a la corresponsabilidad parental en las tareas de crianza de los hijos. En el artículo 64 numeral 16 se disponía la prohibición de trabajo obligatorio de la mujer embarazada antes y después del parto, reconociendo un periodo para lactancia regulado por ley.

Después de una década, con la Constitución de 1978, se incorpora nuevos reconocimientos como la higiene y seguridad laboral; el principio de igualdad en cuanto a la remuneración y cargos, así como la jubilación.

En la Constitución de 1998, en su artículo 36 se proclamaba que:

El Estado propiciará la incorporación de las mujeres al trabajo remunerado, en igualdad de derechos y oportunidades, garantizándole idéntica remuneración por trabajo de igual valor. 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 periodo de lactancia de la mujer trabajadora, la del sector informal, la del sector artesanal, la jefa de hogar y la que se encuentre en estado de viudez. Se prohíbe todo tipo de discriminación laboral contra la mujer.

El trabajo del cónyuge o conviviente en el hogar, será tomado en consideración para compensarle equitativamente, en situaciones especiales en que aquel se encuentre en desventaja económica como labor productiva, el trabajo doméstico no remunerado. (Constitución Política del Ecuador, 1998)

Actualmente la Constitución de 2008, con una tendencia más garantista y progresiva, en su parte dogmática se encuentran enunciados jurídicos que buscan precautelar tanto los derechos, como la integridad de las mujeres trabajadoras, así se consagra el principio de igualdad en el trabajo sin distinción del sexo, y de la protección de derechos reproductivos, como a continuación se expone:

Art. 332.- El Estado garantizará el respeto a los derechos reproductivos de las personas trabajadoras, lo que incluye la eliminación de riesgos laborales que afecten la salud reproductiva, el acceso y estabilidad en el empleo sin limitaciones por embarazo o número de hijas e hijos, derechos de maternidad, lactancia, y el derecho a licencia por paternidad.

Se prohíbe el despido de la mujer trabajadora asociado a su condición de gestación y maternidad, así como la discriminación vinculada con los roles reproductivos. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

De manera concordante, el:

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

Se adoptarán todas las medidas necesarias para eliminar las desigualdades.

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

En este orden de ideas, por mandato constitucional se proclama la protección de las mujeres trabajadoras en estado de embarazo así como de las mujeres lactantes, propendiendo a la eliminación de cualquier forma de discriminación por su estado, “el hecho que el constituyente haya situado a la mujer embarazada dentro de los grupos de atención prioritaria, hace presumir que pretendía una mayor protección dada su situación de vulnerabilidad” (Chamba, 2013)

Siendo la Constitución la norma jerárquica suprema dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano que de la mano de instrumentos y tratados internacionales de derechos humanos permiten garantizar, proteger y respetar los derechos anunciados en plano constitucional.

El Convenio sobre la Protección de la Maternidad No. 183 de la OIT, en su artículo 4, ha indicado que el tiempo mínimo e ideal para la recuperación de un parto

siendo de 14 semanas, que lamentablemente nuestro país no es suscriptor, por ende exigir el cumplimiento de dicho parámetro tiene su limitación jurídica.

De otros instrumentos internacionales que den tratamiento jurídico de protección hacia las mujeres encontramos a la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, CEDAW de 1971, con entrada en rigor en fecha 1 de septiembre de 1981, así como la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer (Convención Belem de Pará)

En Ecuador, el Código de Trabajo prevé en sus artículos 152 y 153 la regulación jurídica laboral de la situación de las mujeres embarazadas y del permiso por lactancia, del sector privado. Por otro lado, el literal C del artículo 27 de la Ley Orgánica del Servicio Público, regula igual situación biológica de la mujer, en cuanto al sector público.

En 2015, la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo del Hogar, incluyó en el ordenamiento jurídico ecuatoriano la figura del despido ineficaz, que garantiza estabilidad a la mujer en gravidez. En caso de acontecer una separación por parte del empleador, la trabajadora podrá plantear la demanda en los siguientes 30 días ante el juez.

La Ley Orgánica para la promoción del Trabajo Juvenil, regulación excepcional de la jornada de trabajo, Cesantía y Seguro de desempleo, tuvo su nacimiento para 2016 en tiempos que el país afrontaba una recesión económica, donde se crearon nuevas figuras como las jornadas reducidas, jornadas prolongadas, el contrato juvenil, el seguro de desempleo, y el nacimiento de la licencia para el cuidado de los hijos menores de edad.

2 Las mujeres en el ámbito laboral y Derechos Humanos

Históricamente no es menos cierto, que el sexo femenino ha afrontado mayores dificultades en alcanzar el reconocimiento de derechos a comparación del sexo masculino, circunstancia que tiene estrecha relación por la subordinación de las actividades domésticas destinadas a cumplirlas por el sexo débil, esto debido a una

raigambre concepción patriarcal y machista que se ha heredado de generación en generación.

Bien es conocido que los instrumentos internacionales buscan el reconocimiento de una serie de derechos entre ellos los económicos, culturales y sociales, así como también su beneficio hacia las mujeres.

Pese a ello se logra aún identificar tres campos en particular donde se manifiesta aún distintas formas de discriminación hacia las mujeres, como lo es en el trabajo, la educación y en esferas que tienen relación con la accesibilidad y control de los recursos económicos; lo cual las relega a una situación de pobreza y sobretodo una desprotección en sus derechos.

Su autonomía de decisión así como el empoderamiento en negociaciones y la aptitud de inserción en procesos deliberativos de participación han sufrido un impacto negativo en áreas doméstica, laboral, económica y social.

Las últimas décadas se avizoró una mayor participación femenina esto debido a la crisis económica que ha afectado el ingreso en hogares, así como también el cambio de estructura familiar y el aumento de lo que es considerado la jefatura femenina, esto sumado a un incremento del acceso al sistema educativo para la mujeres.

Cada uno de los Estados en el concierto internacional de naciones han contribuido en la adopción de medidas en sus normativas locales con la finalidad de propender a la igualdad de oportunidad y condiciones a todas las personas, proscribiendo toda forma de discriminación motivada por el sexo.

En igual sentido la CIDH reconoce la tendencia en aumento por prohibir el acoso sea laboral y/o sexual, lo cual desemboca en esfuerzos significativos para un trabajo digno, decente y de calidad.

La Carta de la OEA en su artículo 45 realiza un reconocimiento al trabajo como derecho y deber social, por consiguiente el artículo 46 ídem hace un llamado a los Estados a fin que armonicen sus legislaciones.

El Protocolo de San Salvador en sus artículos 6 y 7 protegen al derecho al trabajo y sus condiciones; en igual sentido el artículo 6 a 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La CEDAW en su artículo 11 establece la adopción de medidas por parte de los Estados para asegurar a las mujeres en el trabajo una igualdad de condiciones y oportunidades frente al género masculino.

Considerar como el sexo débil a la población femenina, cuando representa la mitad o un poco más de la población de la humanidad, es un equívoco. Tan similares hombres y mujeres tienen las mismas capacidades y aptitudes para la realización de diversas actividades cotidianas. Pese a las similitudes entre hombres y mujeres, quienes afrontan mayores responsabilidades es el sexo femenino, esto debido que además de llevar una vida personal *normal* debe asumir los roles de esposa, madre de familia, quehaceres domésticos entre otras.

La inclusión de las mujeres como elemento productivo de la sociedad no es de reciente data. Desde la edad primitiva, el cabeza de familia, el hombre, se dedicaba a las actividades de caza, el conseguir los alimentos para sobrevivir en tiempos hostiles. Cuando volvía al hogar (por así decirlo) y le era esquivo la suerte en la cacería, era la mujer quien proveía de la alimentación por medio de la agricultura.

Estos roles han evolucionado en la edad contemporánea, no tan distancialmente lo esperado. En la familia promedio en contexto latinoamericano, el padre de familia se dedica por lo general a las actividades económicas y laborales para obtener el sustento del hogar, y las actividades del hogar destinadas hacia la mujer y a la crianza niños.

Este panorama descrito del último siglo ha evolucionado, donde se aprecia mayor participación de las mujeres en la sociedad. El sexo femenino a través de luchas sociales ha conquistado derechos así como reivindicados otros, desde el reconocimiento de ser persona y superar el ideario de ser objeto y pertenencia de alguien, hasta la reivindicación de derechos como la educación, participación política, derechos sexuales y reproductivos, entre otros derechos que a futuro puedan ser reconocidos.

En el ámbito laboral, si bien es cierto su participación ha afrontado ciertos tropiezos, y que aún se mantienen latentes pese al desarrollo de políticas públicas inclusivas, así como regulación normativa en beneficio de las mujeres, por lo cual es

necesario dar un tratamiento serio y estructural a las problemáticas de segregación laboral, discriminación hacia el sexo femenino.

3 Derechos y Garantías Constitucionales de las relaciones laborales

El trabajo por regla general es remunerado, con ciertas excepciones como el trabajo no remunerado doméstico mayormente visualizado en tiempos de internamiento por cuarentena debido al COVID, en la que la población mundial por necesidad de salubridad se concentró en sus domicilios de manera obligatoria.

Lo antes dicho es recogido por la Constitución de 2008, así es consagrado en sus artículo 34 y 333 al trabajo no remunerado del hogar. Si bien es cierto, la Constitución de la República es considerada uno de los cuerpos normativos más garantistas de la región, al incorporarse un sinnúmero de derechos, todos ellos, provenientes e irradiados de tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos.

Es necesario destacar además, derechos y garantías contempladas en la Constitución que permiten su justiciabilidad, el ser humano será el centro de atención, de protección por parte del Estado.

En pasillos universitarios se decía por parte de docentes de legislación laboral, que el *trabajo dignifica a la persona*. Dicha frase tiene su connotación en el individuo, mujer u hombre, ya que a través de la actividad productiva que representa trabajar, el individuo de la raza humana adquiere con su sacrificio posicionarse con un estilo de vida digno.

Hablar de dignidad, como valor supremo garantizado por todo ordenamiento jurídico significa la necesidad de dignificar también las situaciones o condiciones laborales de los trabajadores en general.

A partir de octubre de 2008 se incorpora a la Constitución la obligación estatal de protección a los grupos históricamente oprimidos, invisibilizados, segregados o discriminados, así encontraremos una protección especial a las mujeres embarazadas, entre otros.

Este rol garantista del Estado se emana de su artículo primero al definirse el modelo de Estado como Constitucional de Derechos y Justicia social. Se sitúa de esta manera al ser humano sobre el capital. El texto constitucional gozando de sus características de ser rígido, supremo, de aplicación directa permite interpretarse y desarrollar sus derechos de manera progresiva.

El Estado proscribire toda forma de discriminación, propendiendo a una igualdad formal en la que todos los habitantes seamos iguales ante la ley. Las mujeres siendo un grupo históricamente oprimido que paulatinamente ha reivindicado derechos, ante la aplicación en términos generales del principio de igualdad formal resultara inoportuno, por ejemplo, el dar igual tratamiento a un hombre frente a una mujer embarazada, a cumplir las 8 horas diarias de trabajo, resulta ser regresivo y además de peligroso para la vida propia de la mujer como del feto.

En este orden de ideas, el trabajo femenino representa el desarrollo de una sociedad más inclusiva y democrática. Situación que no ha sido desprovista de desigualdades. Así el periodo de embarazo, las mujeres trabajadoras necesitan de condiciones laborales que permitan colaborar a su estado gestacional, debido a la vulnerabilidad que representa llevar consigo 24 horas a una nueva vida en su vientre.

Este periodo biológico inherente a la naturaleza femenina, tiende a suerte de ser desprotegido. En contexto laboral, para un empleador resulta más productivo aquella persona que trabaja más, destina más tiempo a las actividades de la empresa, aporta mayor sacrificio físico o intelectual frente a aquellas personas que por limitaciones biológicas (embarazo) no le pudiera dar. “Perder” dos horas de trabajo, por parte del empleador, y cancelar completa remuneración, a aquellas mujeres en situación de lactancia, hace buscar medidas a la parte empleadora para separar a dichos elementos que no representan el máximo de productividad, como meros casos ejemplificativos para demostrar la parte débil de la relación laboral.

Dado que los trabajadores pueden ser tanto hombres como mujeres, es necesario reconocer y considerar jurídicamente las diferencias provenientes del sexo. En vista de esto la mujer dada su situación biológica a diferencia del hombre (diferencia natural) son las encargadas de dar a luz a futuras generaciones de

seres humanos. Sin embargo este rol natural ha sido desvalorizado por la sociedad patriarcal y utilizado en contra de las mujeres mediante la diferenciación construida e infra valorada (diferencia artificial) dando una suerte de función esclavizadora en el ámbito social, y excluyente en el acceso y desempeño del trabajo a la mujer embarazada, a través de arbitrariedades como lo son la solicitud de exámenes de embarazo antes y durante el trabajo y la inequidad de salarios, entre otros muchos más actos discriminatorios. (Alegre, 2021, p. 37)

Hablar de maternidad es tratar ejes temáticos como cambios psicológicos y físicos consecuencia del embarazo para toda mujer, su bebe, la pareja y la familia. Estos eventos deben ser precautelados por el Estado a través de políticas públicas y leyes progresistas, considerando el estado de vulnerabilidad de la mujer gestante y así también el ser la parte débil de la relación empleador-trabajador.

La población femenina en situación laboral afronta el denominado fenómeno de *techo de cristal*, donde su escalonamiento y posicionamiento en la carrera laboral se ve afectado por la situación de ser mujer y madre:

La naturaleza misma de las relaciones obrero-patronales, donde no existe la igualdad necesaria entre las partes para que se dé una práctica real de libertad contractual, es un ambiente propicio para que además de la desigualdad propia empleador-trabajador, se asiente aún más la diferencia hombre-mujer. (Alegre, 2021, p. 37)

En aras de cumplir con uno de los deberes primordiales del Estado consagrados en el artículo tres numeral primero, como lo es el garantizar el ejercicio pleno de los derechos constitucionales sin discriminación de ninguna índole, que guarda armonía con derechos reforzados al grupo de atención prioritaria de mujeres embarazadas, se garantiza que:

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

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

Esta protección especial que brinda el Estado va de la mano con el ejercicio del derecho de igualdad formal, material y no discriminación consagrado en el numeral cuarto del artículo 66 de la Constitución en estricta aplicación del principio de igualdad que dice:

Art. 11.- (...) 2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

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

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

Ejes temáticos en los cuales se circunscribirá a lo largo del desarrollo de este estudio con finalidad de analizar la sentencia 36-19-IN/21 dictada por la Corte Constitucional sobre la constitucionalidad del cómputo del plazo de la licencia por

parto y del periodo de lactancia como ejercicio del derecho de igualdad entre mujeres trabajadoras bajo regulación de Código de Trabajo y Ley Orgánica del Sector Público.

3.1. La mujer embarazada y en estado de lactancia

El proceso biológico normal de gestación de toda mujer embarazada comprende un periodo de 38 a 42 semanas culminando el embarazo con el alumbramiento, e iniciando así la vida de un nuevo ser y los cuidados mutuos que requieren en el denominado periodo de lactancia. A continuación se expone conceptualizaciones desde perspectivas biológicas, sociológicas, jurídicas de lo que significa este periodo de la maternidad, así como del reconocimiento y protección normativa por parte del Estado.

3.2. La mujer embarazada y en periodo de lactancia como grupo de atención prioritaria

El ciclo reproductivo de la mujer se desarrolla en varias etapas en la cual su cuerpo va afrontando cambios fisiológicos como así en la psiquis de ellas, por lo que debe entenderse que:

La gestación implica para la mujer una serie de cambios en su cuerpo y mente que la hacen pensar no solo en su bienestar personal sino también el de su hijo, las hormonas que se presentan en el parto persisten durante la lactancia puesto que son las que crean ese vínculo de amor y de correcto desarrollo en una etapa para la madre y el neonato. (Espinosa, 2019, p. 20)

Aquel proceso hormonal de la mujer por 9 meses y de cambios físicos que puedan limitar actividades físicas que antes le eran de fácil realización culmina con el alumbramiento, y da inicio a una nueva etapa de la vida, donde nace no solo una nueva vida, sino que nace un nuevo Rol, el ser “madre”:

Una vez que el bebé ha salido del vientre materno, los estudios recomiendan un contacto directo entre el bebé y el pecho de la madre, puesto que por instinto éste

reptará al pezón y tratará de alimentarse, este simple hecho tiene una importancia crucial en la formación psicológica del pequeño. (Espinosa, 2019)

Esta nueva relación, madre e hija/o, en los primeros días de vida del neonato constituye de vital importancia para el desarrollo integral de la nueva vida, ya que es aquí donde comparten experiencias, sentimientos, gestos, palabras, emociones y fluidos que estrechan mucho más el vínculo biológico

Durante los primeros meses de vida de una persona los vínculos afectivos que se forman con la madre primero y luego con el padre, formaban bases sólidas para la personalidad de los hijos y que estos patrones se repetían de generación en generación y que un bebé podía reconocer a su madre por su olor y su voz por lo que lo que se dicen ser sólo reflejos de risa, llanto y succión son sólo respuestas instintivas a la figura materna. (Torres, 2018)

Este periodo de lactancia, la madre representará el ser más directo y próximo en contacto con el bebé a quien le facilitará y cuidará de sus necesidades biológicas, en este sentido ante la eminente vulnerabilidad del neonato la presencia materna debe ser absoluta, uniéndose corporal, afectiva y mentalmente con el bebé, lo cual se materializará en el desarrollo físico-psicosocial y trascenderá las vivencias y aprendizajes por toda las etapas de su vida.

·Ser madre es sinónimo de:

ser dador de vida y de conservación de ella; así como la dependencia y los lazos afectivos que se crean entre ella y su progenie, en razón de la necesidad del ser humano, durante sus primeros años de vida, de cuidado y protección permanentes, lo que da lugar a que se desarrolle un vínculo emocional permanente a lo largo de la vida. (Alvarado, 2020, p. 27)

La madre es insustituible en los primeros días y años de vida del bebé, ya que es la única persona que podrá entregar su leche materna con los nutrientes indispensables para el crecimiento y desarrollo físico del menor, en este sentido la Organización Mundial de la Salud OMS, ha indicado que:

la leche materno es el único alimento del ser humano desde su nacimiento hasta por lo menos los seis primeros meses de vida, no sólo provee de nutrientes que evitan que el bebé contraiga enfermedades infecciosas o inmunológicas que son las principales causantes de la muerte de cuna, puesto que trae beneficios nutricionales, inmunológicos, gastrointestinales y psicológicos. (Espinosa, 2019, p. 21)

Desproveer de éste nutriente vital para el bebé trae sus consecuencias graves como lo ha indicado la autora, no sólo en el plano físico, sino que tiene sus repercusiones en su desarrollo mental, encontrándose con situaciones crónicas como la desnutrición o incluso la mortalidad. La lactancia materna constituye:

El alimento natural y óptimo para los neonatos, puesto que brinda los nutrientes indispensables para su desarrollo y crecimiento. Las múltiples ventajas, físicas y psicológicas, tanto para la madre como para el recién nacido se enmarcan en parámetros de salud, cultural, económico y social. (Vila et ál, 2018, p. 97)

En este sentido, debe existir una coordinación de los roles “ser madre” y “mujer trabajadora”, con apoyo de la familia, la sociedad y del Estado, protegiéndose la vida tanto del neonato como de la madre, en el periodo denominado lactancia.

Este proceso de construcción biológica y social que afronta la mujer permite también su desarrollo como persona, como mujer, como madre, de ésta manera decir ser madre “se asocia, generalmente, con el embarazo, el parto y la crianza de las/os hijas/os” (Alvarado, 2020)

Este ciclo biológico debería ser la regla general, pero habrá ocasiones en las que la ausencia de la madre afecte del desarrollo del bebé. La necesidad de conseguir recursos económicos por parte de la madre ocasionen el abandono prematuro del periodo de lactancia; la presencia de familias no estructuradas con ausencia de la figura paterna, en la que la madre debe afrontar toda la carga de responsabilidad del hogar; problemas personales de índole biológico, mentales pueden interrumpir esta etapa de la vida, por ellos es preciso resaltar que “la maternidad para las embarazadas es una

gran responsabilidad, esencialmente por lo que implica la crianza, la formación en valores, brindarles a sus hijas e hijos las herramientas necesarias para que puedan salir adelante, cuidar que no les falte nada”. (Alvarado, 2020)

Las nuevas formas de familia, superando a la concepción de la familia tradicional, así como las expectativas de las mujeres diversas a las de hace un siglo, han cambiado el matiz de convivencia y los roles de la mujer en familia y sociedad, “sin que esto signifique una forma diferente de socialización y responsabilidad de la mujer frente al cuidado y crianza, puesto que, además del rol materno, realiza la labor de proveedora, lo cual supone una sobrecarga física y emocional” (Abajo-Llama et ál, 2016), lo cual ha hecho en incrementar acontecimientos que se presentan a nivel mundial como lo es el incremento de la participación de la mujer con hijos menores en el ámbito laboral dando como consecuencia la iniciativa de responsabilidad de los padres en el cuidado de los hijos. Por lo dicho, los Estados han establecido “un permiso de maternidad a fin de que las mujeres puedan resolver sus obligaciones laborales y, en pocos países, el permiso paternal”. (Alvarado, 2020)

El incremento de la inserción laboral por parte de las mujeres permitiendo una mejor comprensión “del valor del trabajo en sí mismo, así como de la identidad femenina y del reparto de las responsabilidades en la vida familiar”. (Pacheco, 2012)

Es así que el permiso de maternidad consiste en:

una institución jurídica compleja formada por reglas, principios y valores, orientados a la supresión de las conductas de discriminación a la mujer en razón de su condición de madre, y a la promoción y salvaguardia de la relación materno-filial y de las relaciones familiares en general. (Gómez, 2007, p. 130)

El periodo de duración del permiso de maternidad en el concierto internacional de naciones ha sido regulado de manera diversa, encontrando así que Croacia concede 410 días de permiso, siendo uno de los países con mayor garantismo en esta etapa de desarrollo del bebé; a continuación, es seguido de Montenegro, Bosnia y Albania con 365 días; Noruega y Reino Unido con 315 días; Suecia con 240 días. Sudán y malasia

han legislado apenas 8 semanas de licencia. (Organización Internacional del Trabajo, 2014).

En la región de Latinoamérica, Venezuela ha legislado 182 días de permiso de maternidad; a continuación de Chile y Cuba con 156 días; Brasil y Costa Rica con 120 días; Colombia con 98 días; Argentina, Bolivia y Perú con 90 días; Paraguay, Ecuador, México, Uruguay, El Salvador, Honduras y Nicaragua con 84 días; y, Puerto Rico con 56 días, según información de la OIT.

Siendo necesario concluir que “la lactancia materna es un derecho de las madres, implica saber las razones por las cuales es tan importante considerarla en la alimentación inicial de los bebés”. (Rodríguez, 2014). Al ser configurado como un derecho, el Estado como contrapartida debe tomar las medidas adecuadas para prevenir, prohibir y sancionar prácticas discriminatorias, protegiendo a la maternidad por medio de licencias, así como la “prevención de ejecutar trabajos que puedan perjudicar a la trabajadora durante el embarazo, prestación de servicios de cuidado infantil y otras medidas que permitan combinar las responsabilidades laborales y familiares de los padres. (Pautassi et ál, 2004)

3.3. Derecho de igualdad y no discriminación

La Constitución consagra al derecho de igualdad formal, material y no discriminación consagrado en el numeral cuarto del artículo 66 de la Constitución así como también se señala que los derechos deberán ser interpretación en estricta aplicación de principios siendo uno de estos el de igualdad que dice:

Art. 11.- (...) 2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física, ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga, por objeto o resultado menoscabar

o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

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

Para mejor entendimiento a continuación se trata a estos conceptos.

3.4. Principio de Igualdad

Invocar igualdad y denunciar actos de discriminación son las constantes en las acciones propuestas en materia constitucional. Pero por que surge esa necesidad de tener un tratamiento igualitario, entender, cuál es el motivo que genera un comportamiento discriminatorio que afecta derechos.

¿Por qué sólo los hombres podían tener una participación política activa y las mujeres no?; ¿por qué sólo los hombres eran considerados ciudadanos, privándose de este reconocimiento a las mujeres?, ¿por qué sólo los hombres podían recibir educación para una trayectoria profesional y las mujeres no?, dónde se encontraba la justa legitimación para que exista diferenciación de tratos a miembros de la misma especie humana; qué atributos meta humanos tenían los hombres ante las mujeres. Estas interrogantes hace mucho más de un siglo podrían encontrar una aparente solución indicando que al hombre le correspondía la vida en sociedad y a la mujer la vida de casa, por tanto se justificada la diferencia de tratamiento.

No es concebible dar un tratamiento igualitario a todas las personas cuando sus condiciones personales son diferentes, como por ejemplo imponer igual carga tributaria a quien tiene suficiente recursos patrimoniales y a quien no lo tiene; o, imponer una pensión alimenticia de 120 dólares a quien tiene ingresos económicos ostentosos y exorbitantes, y fijar la misma cantidad a quien ha caído en miseria.

Así como no es justo que se den privilegios a ciertos sectores de la sociedad, desprotegiendo a otros, por medio de actos normativos con *dedicatoria*.

Todas estas situaciones no pueden ser resueltas con la misma y única fórmula, es por ello que el constituyente ecuatoriano ha previsto que toda persona es igual ante la ley (igualdad formal), pero que en atención a sus condiciones personales para ejercer sus derechos de manera digna deba examinarse dichas situaciones (igualdad material).

Bajo ningún criterio lógico se pueda discriminar en el ejercicio de derechos, restringiendo o anulando de manera ilegítima. Esta discriminación tiene su origen en el prejuicio, que puede ser individual o colectivo:

El primero resulta ser el menos dañino pues está compuesto por supersticiones creencia en la mala suerte, el mal de ojo, etcétera. Sin embargo, el prejuicio colectivo resulta ser altamente nocivo. Son aquellos que compartimos como grupo social y por ende desencadena conflictos entre los mismos, esto a su vez escalan a violencia, donde un grupo juzga a otro generando incomprensión, rivalidad, enemistad y mofa. (Alegre, 2021)

La discriminación significa algo más que una simple distinción, ya que esta tiene su base en una expresión valorativa peyorativa, es decir, se realiza distinciones injustas en el sentido de que no se trata igual a los que son iguales. (Alegre, 2021)

La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) como referente proclama que: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros” (Art. 1)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Opinión Consultiva OC-18/03 ha indicado que el principio de igualdad desde una perspectiva del ius cogens “sobre el descansa todo el andamiaje jurídico nacional e internacional y es un principio Fundamental que permea todo el ordenamiento jurídico” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003)

Como derecho subjetivo, la igualdad y no discriminación busca la justiciabilidad, es decir que son “normas jurídicas que tienen validez plena y son aplicables como mandato definitivo y debe hacerse exactamente lo que ella exige” (Alexy, 2008)

Como principio, vincula de manera general e irradia todo el ordenamiento jurídico (Díaz, 2006, pág. 802), es decir, actúa como mandato que condiciona la producción normativa y su interpretación, con influencia de la igualdad y no discriminación.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos expresa que: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidas en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo (...) o cualquier otra condición social” (OEA, 1969)

Igualdad formal

El criterio rector como se indicó, es que todos son iguales sin distinción. En este sentido el resultado final de la producción normativa, no debe contener privilegios, es decir, no favorecer ilegítimamente a un grupo con la norma jurídica, por tanto “evita el establecimiento de distinciones entre sujetos de derecho” (Huertas, 2008, p. 42)

Igualdad material

Una de las confusiones respecto a la igualdad es la de entenderla literalmente, es decir, tratar a todos como iguales, dando como consecuencia una *invisibilización jurídica de la diferencia* donde “las diferencias no se valorizan ni se desvalorizan, no se tutelan ni se reprimen, no se protegen ni se violan. Simplemente se las ignora” (Ferrajoli, 2004, p. 74)

Aquí radica la importancia de la actividad estatal, teniendo “la obligación de construir posibilidades para que las personas que se encuentran en la parte desfavorecida de la igualdad alcance los medios suficientes para considerarse iguales a otros que están en una situación favorecida.” (Alegre, 2021).

Prohibición de discriminación

Aunque brevemente se conceptualizado el término discriminación, nos remitiremos a la Observación General 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre la discriminación definiéndola como:

... toda distinción, exclusión, restricción o preferencia u otro trato diferente que directa o indirectamente se hace en los motivos prohibidos de discriminación y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad (...) La Discriminación también comprende la incitación a la discriminación y el acoso. (Comité DESC, 1990)

Concluyendo, con la siguiente máxima, la igualdad consiste en *tratar de igual manera a los iguales y tratar de manera diferente a los diferentes* en aquellas situaciones que impliquen valoración negativa per se discriminación.

Tratándose de la discriminación hacia las mujeres la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, CEDAW de 1971, con entrada en rigor en fecha 1 de septiembre de 1981, establecía que:

...“discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión a restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por 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. (ONU, 1981)

Categoría sospechosas

Las categorías sospechosas constituyen en motivos prohibidos para discriminar, y estos son aquellos señalados en el artículo 11 numeral 2 inciso segundo de nuestra Constitución.

De manera concordante el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos “prohíbe la discriminación en razón de raza, color, sexo, idioma,

religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (ACNUDH, 1966)

Ejercer un acto discriminatorio revirtiendo aquellos criterios que deben ser usados para alcanzar una igualdad material, produce un trato diferencial. La Observación General 20 del Comité DESC, párrafo 15 señala:

Todo trato diferencial por alguno de los motivos prohibidos se considerará discriminatorio a menos que exista una causa razonable y objetiva para dispensarlo. Ello entraña evaluar si el fin y los efectos de las medidas o las omisiones de que se trate son legítimos y compatibles con la naturaleza de los derechos recogidos en el Pacto, y si el único fin que se persigue es promover el bienestar general en una sociedad democrática. También debe existir una relación de proporcionalidad clara y razonable entre el fin buscado y las medidas u omisiones y sus efectos.

4 Consideraciones de la Corte Constitucional a las mujeres en periodo de embarazo y lactancia

La Corte Constitucional como máximo órgano de justicia constitucional, en uso de sus atribuciones y competencias de control e interpretación constitucional, es la guardiana de la Constitución, quién vela por la coherencia y armonía del ordenamiento jurídico conforme los principios y derechos constitucionales, en el efecto irradiación que permea a todos actos normativos de los poderes públicos, como el caso concreto el Código de Trabajo (2005) y la Ley Orgánica del Servicio Público (2010), sobre el tiempo de duración del derecho de lactancia y el permiso de embarazo a las trabajadoras del sector público y privado.

Este control realizado por la Corte corresponde a un “control de constitucionalidad al que están sometidos los actos del poder público [que] responde a un proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico.” (Chamba, 2013)

En cuanto a la situación de los derechos de mujeres embarazadas y sus derechos conexos, la Corte ha emitido varios precedentes jurisprudenciales en los que destacan:

Sentencia No. 309-16-SEP-CC en el caso No. 1327-11-ep, donde se trató sobre el derecho de igualdad material en relación a las mujeres embarazadas, y legitimidad de un trato diferenciado debido a su condición:

Para el caso de las mujeres embarazadas en el contexto laboral, nos encontramos ante el cuarto estadio. Es así que, a pesar de tener varias similitudes con el resto de trabajadoras y trabajadores, la condición del embarazo, en tanto un estado de desventaja y de necesidad de protección, es un elemento relevante que demanda un trato diferente. Es por ello que la Constitución reconoce que las mujeres requieren un trato prioritario y especializado en el ámbito público y privado. Por lo tanto, el trato diferenciado a este grupo humano es un imperativo nacido del principio de igualdad material... (Sentencia No. 309-16-SEP-CC , 2016)

En Sentencia No. 048-17-SEP-CC dentro del caso No. 238-13-EP, se enfatizó y desarrollo como criterio de protección el cómo debe ser computable el plazo de caducidad de los contratos ocasionales en el sector público cuando se encuentran frente a una mujer embarazada:

El presente caso nos lleva a analizar si la parte referente a la temporalidad de los contratos ocasionales constantes en el artículo 58 de la Ley Orgánica de Servicio Público limita el derecho a la igualdad y no discriminación contemplado en la Constitución de la República (...) “en caso de necesidad institucional se podrá renovar por única vez el contrato de servicios ocasionales hasta por doce meses adicionales” con excepción de “...las mujeres embarazadas y en estado de gestación. En este último caso la vigencia del contrato durara hasta el fin del periodo fiscal en que concluya su periodo de lactancia de acuerdo con la ley (Sentencia No. 048-17-SEP-CC, 2017)

De esta manera, la consagración en la Constitución sobre los grupos de atención prioritaria (mujeres embarazadas) no queda como texto inerte, al contrario por actividad interpretativa de los juzgadores se ha desarrollado de manera progresiva estos

derechos a las mujeres embarazadas, lo cual es concordante con el papel desarrollado por “la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana ha entendido que los grupos vulnerables, entre los que se sitúa la mujer embarazada, gozan de una protección reforzada e incluso se ha establecido la procedencia de la tutela para proteger los derechos de estas personas” (Chamba, 2013)

5. Consideraciones de la Corte Constitucional al trato diferenciado: justificado y discriminatorio

La Corte IDH, ha manifestado en párrafo 56 que “no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por si misma de la dignidad humana” (Opinión Consultiva OC-4/84, 1984); por lo tanto “solo es discriminatoria una distinción cuando “carece de justificación objetiva y razonable” (Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" (merits), 1968).

Así por ejemplo, la limitación del ejercicio de la capacidad civil (incapaces relativos a adolescentes) que contempla el Código Civil Ecuatoriano, es un tratamiento jurídico desigual en razón de la edad, que busca alcanzar la justicia y se lo traduce como un medio para proteger a quien aparezca débil jurídicamente, es decir, este tratamiento diferenciado persigue fines arbitrarios, despóticos, caprichosos o que de alguna forma demuestren ser actos contra la dignidad humana.

De manera concordante la Corte Constitucional ecuatoriana en párrafo 98 determina que para la configuración de un tratamiento discriminatorio precisan en concurrir tres elementos que son: la Comparabilidad entre destinatarios por la conducta o acto específico es decir que “[...] dos sujetos de derechos [estén] en igual o semejantes condiciones...” (Sentencia No. 751-15-EP/21, 2021) cuando no existe dicho elemento de comparabilidad mal existirá un trato diferenciado considerado discriminatorio, ya que los destinatarios bajo análisis no son semejantes y existiría una diferencia justificada.

Como segundo elemento, se debe verificar la Constatación de un trato diferenciado al tenor de las categorías descritas en el numeral 2 del artículo 11 de la

Constitución de la República. Y, como tercer elemento, la verificación de resultado, bien pueda esta diferenciación del trato ser justificada o discriminatoria. Para determinar si el trato diferenciado es justificado o no se deberá analizar si éste es idóneo, necesario y proporcional.

Además precisa que los criterios que permiten distinguir la discriminación de un trato diferenciado legítimo, se establece al identificar la justificación objetiva y razonable. Esta será objetiva cuando la diferenciación se desprenda de supuestos de hechos que en realidad denote una diferencia sustancial; y, será Razonable, cuando exista proporción fundada entre la diferenciación y los objetivos de la norma.

6. Análisis comparativo de los derechos laborales de la mujer en estado de gestación en el Código de Trabajo y la LOSEP.

DERECHOS LABORALES A LA MUJER EMBARAZADA		
	CÓDIGO DE TRABAJO	LOSEP
Igualdad, garantía y acción afirmativa a mujer embarazada	El artículo 79 consagra como principio de igual la situación en la que a “todo trabajo corresponde igual remuneración”, esto sin realizar distinción alguna en cuanto a sexo, o diferencia de otra índole como podría ser el estado de gravidez o de lactancia de la mujer trabajadora del sector privado.	En su artículo 5 promueve en favor de las mujeres políticas afirmativas por su condición de grupo de atención prioritaria, en aras de una presencia paritaria en los cargos de nominación y designación en el servicio público.
	No habrá retención ni embargo de la remuneración que perciban las mujeres durante el período de dos semanas anteriores al parto y seis semanas posteriores al mismo, previsto en el artículo 92 de la norma.	
Estabilidad laboral a mujer embarazada	Según el artículo 153, se protege a la mujer en estado de gestación y lactancia en su estabilidad laboral, y no será causal para su separación. En caso de terminar arbitrariamente su relación laboral ésta carecerá de eficacia jurídica, ordenándose inmediatamente el reintegro al trabajo.	Tratándose de la mujer trabajadora del sector público bajo la modalidad de contrato ocasional, según el artículo 58 establece una garantía de estabilidad a la mujer embarazada cuyo contrato durará hasta el término del periodo fiscal que dure su periodo de lactancia.
	El art. 154 establece que por enfermedad ocasionada en el embarazo, parto no superior a un año, no será causal de terminar el contrato de trabajo de la mujer. Además la garantía de estabilidad	

	de la mujer embarazada inicia desde su embarazo el cual debe ser puesto a conocimiento a la entidad empleadora con un certificado emitido por el IESS	
	En el art. 195.1 se consagra el principio de inamovilidad a la mujer trabajadora en estado de embarazo o por condición semejante relacionada a la maternidad, previsto como Despido Ineficaz.	
Licencia por Maternidad	Conforme dispone el artículo 152, toda mujer trabajadora tendrá una licencia con remuneración de 12 semanas debido al nacimiento de hija o hijo, lo cual será acreditado por un certificado médico otorgado por el IESS.	El artículo 27 prevé que las servidoras públicas tendrán el derecho de licencia con remuneración por 12 semanas por el nacimiento de su hija o hijo, cuya justificación será necesaria una certificación de IESS, dando a conocer la fecha de parto.
	El artículo 155 dispone de una jornada de 6 horas de trabajo y 2 horas de permiso por lactancia, durante un periodo de 9 meses posteriores al parto.	El artículo 33 dispone que las servidoras públicas tendrán un permiso por lactancia de 2 horas diarias durante doce meses a partir de la conclusión de la licencia de maternidad.

Elaborado por: Enrique Gonzalo Álvarez Carrera

Fuente: Código de Trabajo y Ley Orgánica del Servicio Público.

Las mujeres trabajadoras tanto del ámbito público como del privado en el contexto ecuatoriano, gozan de una garantía normativa infraconstitucional, así como de la protección y respeto a través de la ley.

Se consagra en el Código de Trabajo la igualdad formal y material de derechos sin distinción alguna por el sexo o por cualquier otra condición, como puede ser el embarazo y la lactancia. Por lo tanto se garantiza el aforismo jurídico, a igual trabajo igual remuneración. En el sector público en similar sentido, a través de política afirmativa se busca la paridad de servidores en consideración al sexo.

En cuanto se refiere a la estabilidad de las mujeres trabajadoras del sector privado, es realizable la misma a través de la institución denominada Despido Ineficaz. A su vez, en el sector público las mujeres trabajadoras en periodo de embarazo así

como en lactancia gozan de una estabilidad de respetar su duración contractual hasta el término del periodo fiscal del año que corresponda a su periodo de lactancia.

Y en cuanto al trato jurídico de los permisos por lactancia y licencia de maternidad, hacia las mujeres trabajadoras del sector público y privado tras la entrada en vigencia de la sentencia constitucional que es motivo de análisis de caso, se puede apreciar que el artículo 155 inciso tercero del Código de Trabajo cambia su alcance temporal al establecerse que por el permiso por lactancia la jornada de trabajo será de seis horas diarias, es decir, dos horas de permiso después de la licencia de maternidad. Esta temática será de mayor análisis en el siguiente capítulo de este trabajo.

Es de notar que la Ley Orgánica del Servicio Público, no siendo indiferente con el mandato constitucional en cuanto al derecho de igualdad, así como de la debida aplicación del principio de igualdad y no discriminación, ha normado notables garantías que precautelan el acceso paritario de hombres y mujeres en el sector público, así como además de la estabilidad reforzada y especial que recibe la servidora pública en condición de maternidad y lactancia, al proteger su relación laboral por el periodo completo del año fiscal del año recurrente a la lactancia. Por principio de igualdad, sin intención de aludir una categoría sospechosa, la Corte Constitucional con la finalidad que guarde armonía tanto el periodo de maternidad de 12 semanas así como la licencia por lactancia de 2 horas días por doce meses una vez finalizado el permiso antes descrito, condicionó la normativa del Código de Trabajo, en aras de garantizar una igualdad material entre las mujeres trabajadores del sector privado con las mujeres servidoras públicas, cuya normativa es más benévola en tanto efectividad de derechos.

CAPITULO II

GUIA DE ESTUDIO DE CASO

Jurisprudencia de la Corte Constitucional en relación mujeres en periodo de embarazo y lactancia.

El desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional Ecuatoriana ha permitido una progresividad de tutela en cuanto a los conceptos relacionados a la situación de embarazo y lactancia de las mujeres, siendo entre ellos la sentencia No. 904-12-JP/19 la cual trata de una sentencia de revisión en la que tuvo por hechos analizados la situación de una mujer embarazada que no recibió de manera adecuada una atención médica especializada en momentos de parto por parte del Hospital del IESS. De esta manera la Corte procedió a dar desarrollo a un concepto poco o nada tratado, la violencia obstétrica o también conocida como violencia gineco-obstétrica.

Tratándose del plano laboral de las mujeres en situación de embarazo, en sentencia 593-15-EP/21, la Corte tuvo conocimiento ejerciendo control de mérito. De los hechos analizados se desprende que una trabajadora por contrato ocasional feneció su plazo estipulado, y pese a encontrarse en estado de embarazo, se produjo su terminación laboral. La Corte indicó que las mujeres en situación de embarazo y lactancia merecen una protección especial y reforzada por parte del Estado, además de precisar que la vía constitucional por acción de protección es la eficaz y adecuada tratándose de mujeres en dichas circunstancias. Se estableció como regla, que no procede la terminación del contrato ocasional hasta que se cumpla con el periodo de embarazo así como el permiso por lactancia, siendo garantista el culminar dicha relación laboral al término del año fiscal.

En la misma línea jurisprudencial se encuentra la sentencia No. 309-16-SEP-CC donde además se refuerza el concepto de estabilidad laboral de la mujer embarazada, previendo que toda mujer embarazada gozará de estabilidad laboral garantizando la

culminación del plazo del contrato ocasional al término del año fiscal del periodo de embarazo y lactancia.

En sentencia 3-19-JP/20 se procedió a desarrollar los conceptos de cuidar y ser cuidada de la mujeres en periodo de embarazo y de lactancia, garantizando así respeto, consideración y empatía cuando las circunstancias ameriten una relación de cuidado, necesidad y de autocuidado.

Estos criterios jurisprudenciales dan fe del papel que juega la Corte Constitucional para desarrollar de manera progresiva los derechos así como el establecimiento de parámetros que precautelan la vigencia y efectivo goce.

Antecedentes del caso concreto

El caso en análisis tuvo su origen en una demanda de acción pública de inconstitucionalidad, la misma que fue presentada por los accionantes Alejandra Elizabeth Bailón Zúñiga y Wilson Alfredo Cacpata Calle, el día 12 de agosto de 2019.

La demanda indicaba que la disposición acusada como inconstitucional era el artículo 155 inciso tercero del Código de Trabajo. Estableciendo que las disposiciones constitucionales infringidas así como los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos son la Constitución de la República en su artículo 11 numeral 2 es decir el principio de igualdad en que todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos y que nadie podrá ser discriminado. El derecho de igualdad contemplado en el artículo 66 numeral 4; y, el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que proclama que todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tiene derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Los accionantes argumentaron que el inciso tercero del artículo 155 del Código de Trabajo, dispone que las mujeres que laboren en el sector privado, posterior al parto, tendrán una jornada especial de trabajo conocido como *periodo de lactancia*, “Aquel periodo de lactancia en el sector privado, es de 12 meses y se lo debe contabilizar desde la fecha de parto, es decir, desde que el niño nació” (Cacpata & Bailon, 2019)

Contrario a esto, en el sector público, también existe el periodo de lactancia en beneficio de las servidoras públicas. Su tiempo de duración también es de 12 meses., existiendo una diferencia que “a las trabajadoras del sector público se las contabiliza el tiempo de 12 meses de periodo de lactancia, desde la fecha en que se culminó su licencia de maternidad (es decir cuando el niño tiene 3 meses de edad)” (Cacpata & Bailon, 2019) mas no desde la fecha del parto, como sucede con las trabajadoras del sector privado.

En este sentido los accionantes solicitan a los jueces de la Corte Constitucional se acepte la acción pública de inconstitucionalidad por el fondo del artículo 155 inciso tercero del Código de Trabajo, y se proceda a realizar un interpretación compatible.

Decisión de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional procedió a aceptar la acción pública de inconstitucionalidad signada con el caso No. 36-19-IN, declarando la inconstitucionalidad por el fondo de la frase “*posteriores al parto*” del inciso tercero del artículo 155 del Código de Trabajo, y que en su lugar deberá decir: “*Art. 155.- Guardería infantil y lactancia [...] Durante los doce (12) meses **a partir de que haya concluido su licencia por maternidad**, la jornada de la madre lactante durará seis (6) horas, de conformidad con la necesidad de la beneficiaria*”. (Sentencia No. 36-19-IN/21, 2021)

Procedimiento ante la Corte Constitucional del Ecuador

El procedimiento para las acciones públicas de inconstitucionalidad se encuentra previsto desde los artículos 74 a 98 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

De esta manera fue recibida la demanda propuesta por los accionantes en fecha 12 de agosto de 2019, procediéndose a sortear y correspondiendo la sustanciación a la jueza constitucional Karla Andrade Quevedo, mediante auto de fecha 15 de agosto de 2019.

El 26 de septiembre de 2019 se admitió la demanda a trámite por parte de la Sala de Admisión de la Corte Constitucional corriéndose traslado a los accionados, Asamblea Nacional, Presidencia de la República y poniendo en conocimiento de la Procuraduría General del Estado.

El 16 de agosto de 2021 la jueza ponente solicitó informes actualizados a los accionados, dictándose sentencia escrita en fecha 22 de septiembre de 2021.

Problemas jurídicos planteados por la Corte Constitucional

La Corte Constitucional se planteó como único problema jurídico el establecido en su numeral 6.1.1. redactado en la siguiente interrogante: ¿El inciso tercero del artículo 155 del Código de Trabajo es contrario al derecho a la igualdad y no discriminación, previsto en los artículos 66 numeral 4 y 11 numeral 2 de la Constitución?

Argumentos centrales en relación al derecho a la igualdad y no discriminación, previsto en los artículos 66 numeral 4 y 11 numeral 2 de la Constitución

La Corte Constitucional argumentó que es una obligación estatal erradicar toda forma de práctica que ocasione una desigualdad o discriminación, dejando como salvedad aquellos tratos diferenciados cuando sean justificados de manera razonable y objetiva.

Preciso además que debe:

“reconocer que no todo trato diferenciado es inconstitucional, pues no se encuentra prohibido que el legislador establezca diferencias entre sujetos sino que cuando lo haga, la medida diferenciada esté debidamente justificada y sea razonable. Esta Corte debe resaltar que el nivel de escrutinio respecto de un trato diferenciado es mayor cuando se trata de una categoría sospechosa⁴ de discriminación en la que se presume la inconstitucionalidad del trato”
(Sentencia No. 36-19-IN/21, 2021)

Expresó además que la discriminación se materializa en aquellos casos en los que existe un trato desfavorable en perjuicio de una persona frente a otra, en circunstancias comparables.

Consecuentemente, la práctica o norma aplicada al caso bajo análisis implicaría efectos jurídicos distintos para dos personas que se encuentran en una situación análoga.

Tras un análisis comparativo arribo a la conclusión que existe un trato diferenciado pese a que ambos cuerpos legales (Código de Trabajo y LOSEP) prevén una jornada especial de trabajo de la mujer para el cuidado del recién nacido, PERO su duración es distinta según el régimen laboral, público o privado.

En este sentido las servidoras públicas tendrán este permiso durante 12 meses contados a partir la conclusión de su licencia de maternidad; y, las mujeres que trabajan bajo el Código del Trabajo tendrán los 12 meses contados desde el parto.

La Corte Constitucional intento revisar, si éste trato diferenciado es justificado o al contrario era discriminatorio, para ello analizó si existe un criterio objetivo para realizar tal distinción y de serlo así, procedía a determinar si la medida es idónea, necesaria, y proporcional (guarda un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional), para que la norma jurídica alegada de inconstitucionalidad no sea expulsada del ordenamiento jurídico.

Del análisis del primer criterio, esto es identificar un fin legítimo, la Corte Constitucional no encuentra una razón objetiva ni una justificación constitucional para establecer aquella diferenciación del periodo de duración del permiso de maternidad y lactancia entre las servidoras públicas y las trabajadoras bajo el Código de Trabajo, por lo que no fue necesario continuar con los demás parámetros del test.

Estudio de sentencia No. 36-19-IN/21, por distinción injustificada entre mujeres en periodo de lactancia trabajadoras bajo el Código del Trabajo y servidoras públicas bajo la LOSEP.

La Corte Constitucional en sentencia No. 36-19-IN/21 procedió a examinar la situación jurídica de igualdad entre las mujeres trabajadores bajo régimen del Código

de Trabajo y de aquellas servidoras públicas sujetas a Ley Orgánica de Servicio Público, tratándose en específico de aquellas situaciones de mujeres en periodo de lactancia, y el periodo diferenciado contemplado para aquellos casos similares.

Se destaca el argumento de los accionantes en que manifiestan que

El periodo de lactancia en el sector privado es de 12 meses y se lo debe contar desde la fecha en la que el niño nació y que en el sector público el periodo de lactancia también es de 12 meses pero se lo contabiliza desde la fecha en la que culminó la licencia de maternidad de la trabajadora, es decir, cuando el niño tiene 3 meses de edad. (Sentencia 36-19-IN/21, 2021)

Con la finalidad de justificar argumentativamente si la diferencia de situaciones (plazo de lactancia) de las mujeres lactantes de régimen laboral público y privado, es un trato diferenciado justificado-legítimo es necesario emplear los 3 elementos aportados en Sentencia No. 751-15-EP/21 (comparabilidad, constatación y verificación) es así que este trato diferenciado tiene como sujetos (elemento comparabilidad) a mujeres lactantes de régimen laboral público y privado, al tratarse de su condición de mujeres y por el estado de lactancia ambos sujetos de análisis se enmarcan en la categoría descrita en el numeral 2 del artículo 11 de la Constitución de la República (elemento constatación).

Al encontrarse ambos sujetos en igualdad de condiciones, ser mujeres lactantes de régimen laboral público y privado (condición de sexo), no existe un criterio objetivo para un trato diferenciado en base a una de las categorías prescritas en el numeral 2 del artículo 11 de la Constitución, por tanto el análisis se agota y termina en éste parámetro siendo imposible continuar el test respectivo.

Al no existir un criterio objetivo que justifique tratar de manera diferencial a un mismo grupo de mujeres lactantes de régimen laboral público y privado, se advierte que la situación prevista en el artículo 155 inciso tercero del Código de Trabajo contraría al derecho de igualdad y no discriminación de las mujeres en régimen laboral privado frente al público.

En este orden de ideas se declara la inconstitucionalidad sustantiva, por el fondo en el inciso tercero del artículo 155 del Código de Trabajo de la frase “posteriores al

parto” y será interpretada constitucionalmente dicha situación así: “Art. 155.- Guardería infantil y lactancia [...] Durante los doce (12) meses **a partir de que haya concluido su licencia por maternidad**, la jornada de la madre lactante durará seis (6) horas, de conformidad con la necesidad de la beneficiaria” (Sentencia 36-19-IN/21, 2021)

Bien la sentencia da el tratamiento jurídico adecuado ante esta diferenciación no objetiva de la situación de las mujeres en periodo de lactancia tanto del sector público como privado que paso por inadvertida desde la promulgación de ambos cuerpos normativos infra constitucionales, verificándose así que el control constitucional a través de acción pública de inconstitucional constituye un herramienta idónea y eficaz en mano del legitimado activo de acción popular abierta (ciudadano) que permite el reivindicar derechos y la debida aplicación de principios constitucionales frente a actos de trato diferenciado no objetivos ni justificado atentatorios contra la propia Constitución, velándose así por su supremacía y el efecto de irradiación de la norma constitucional en todo el ordenamiento jurídico.

CONCLUSIONES

En respuesta al primer objetivo específico del presente estudio de caso, puedo llegar a la conclusión que la Ley Orgánica de Servicio Público regula los derechos de la mujer en embarazo y post parto, estableciendo una licencia por maternidad con remuneración de una duración de doce semanas a partir del nacimiento de su hija o hijo. Así además, un permiso de cuidado de dos horas diarias durante doce meses una vez finalizado la licencia por maternidad; periodos establecidos así en sus artículos 27 y 33. Debe destacarse la estabilidad reforzada a la servidora pública bajo régimen de contrato ocasional a quien se le garantizará su permanencia por el año fiscal completo del año que tenga vigencia su permiso por lactancia.

En respuesta al segundo objetivo específico del presente estudio de caso, puedo llegar a la conclusión que el tratamiento jurídico a la mujer trabajadora del sector privado bajo Código de Trabajo, prevé situaciones que garantizan estabilidad laboral como lo es del Despido Ineficaz, así como de la inmediata intervención de Autoridad competente en situaciones de mujeres embarazadas o en lactancia separadas de forma arbitraria de su trabajo. Además, se tiene a consideración los permisos por maternidad de 12 semanas, así como el periodo de lactancia de 2 horas diarias por 12 meses una vez finalizado el periodo anteriormente indicado. Este trato igualitario aconteció después de la modulación de sentencia realizada por la Corte Constitucional en la sentencia que es objeto de estudio, por cuanto preliminarmente el artículo 155 del Código de Trabajo, regulaba este periodo de lactancia sin distinguir el parámetro temporal de las 12 semanas de maternidad, lo cual era una aplicación restrictiva de los derechos de igualdad hacia mujeres en identidad de grupo y situación laboral público-privada.

En respuesta al tercer objetivo específico del presente estudio de caso, puedo llegar a la conclusión que la sentencia 36-19-IN/21, al confirmarse un trato diferenciado de las mujeres en periodo de embarazo y post parto tanto del sector

público y del privado, se analizó el principio de igualdad y no discriminación teniéndose como parámetro de estudio el trato diferenciado, siendo este ilegítimo o arbitrario, siempre que no supere un análisis de justificación objetiva y razonable, y el test de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad). En caso que el trato diferenciado tienda a ser discriminatorio, no encuentra justificación de índole constitucional para que persista dichos efectos.

RECOMENDACIONES

Como recomendación en concordancia con la primera conclusión del presente trabajo, es de manifestar que la legislación laboral del sector público debe guardar igualdad con la del sector privado, sin crear un trato preferente de un grupo por encima del otro, cuando se traten de situaciones semejantes. El estricto respeto de la igualdad ante la ley, así como de propender a una igualdad material sin discriminación, debe ser una posición consolidada tanto del legislador ordinario como del ejecutivo a través de la figura del veto.

En cuanto a la legislación laboral del sector privado y en comunión con la segunda conclusión del presente trabajo de análisis de caso, debo de manifestar que es trabajo de la función legislativa adoptar y adaptar regulaciones a la relación laboral donde se busque proteger, respetar y garantizar los derechos, en especial de la mujer trabajadora en condición de embarazo, parto y post parto, que se apegue al texto constitucional para así cumplir el espíritu del constituyente de crear una protección reforzada y especial de las mujeres como un grupo de atención prioritaria. Labor que va de la mano con la implementación de políticas públicas pertinentes a la materia.

Es primordial recomendar que la sentencia No. 36-19-IN/21 emitida por la Corte Constitucional, constituya lectura obligatoria de Observatorios de justicia constitucional, Universidades, así como la Sociedad permitiendo fomentar una participación deliberativa y dialógica de las mujeres frente a tratos diferenciados aplicando los estándares brindados por la Corte Constitucional en materia laboral y de género.

BIBLIOGRAFÍA

- Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" (merits) (European Court Human Rights 23 de July de 1968).
- Abajo-Llama, e. á. (2016). Ser madre hoy: abordaje multidisciplinar de la maternidad. *Musas*; 20-34.
- ACNUDH. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Nueva York.
- Alegre, F. A. (2021). Despido ineficaz de la mujer embarazada, desde la perspectiva del principio de igualdad y no discriminación. Quito.
- Alexy, R. (2008). La formula de peso. En M. Carbonell, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (pág. 14). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Alvarado, A. K. (2020). Maternidad y desarrollo profesional. *Tesis*. Quito.
- Cacpata, W., & Bailon, A. (12 de Agosto de 2019). Demanda de Acción Pública de Inconstitucionalidad.
- Chamba, M. A. (2013). Principios y derechos laborales de una trabajadora: entre la Constitución y la Corte. Análisis de la sentencia No. 009-13-SEP-CC de la Corte Constitucional del Ecuador. *FORO. Revista de Derecho*, 107-127.
- Comité DESC. (1990). *Observación General n.º 3 La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*.
- Constitución de la República del Ecuador*. (2008). Montecristi: Registro Oficial.
- Constitución Política del Ecuador*. (1998).
- Corte Constitucional del Ecuador. (22 de Septiembre de 2021). Sentencia No. 36-19-IN/21.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2003). Opinión Consultiva OC-18/03.

- Definición- T-Economía-Trabajo. (2022). Concepto Definicion. *Concepto Definicion*.
Obtenido de <https://conceptodefinicion.de/trabajo/>
- Díaz, F. (2006). Valores superiores e interpretación constitucional. En H. Nogueira, *El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas* (pág. 802). Coruña: Facultad de Derecho de la Universidad de Coruña.
- Espinosa, X. M. (2019). Análisis de la licencia para el cuidado de los hijos. *Tesis*. Quito.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y garantías. La ley del más fuerte*. Madrid: Trotta.
- Gómez, D. M. (2007). Nuevas normas sobre protección a la Maternidad. *Revista Dikaion*, 123-133.
- Huertas, O. (2008). *El principio de igualdad y no discriminación a la luz del derecho internacional de los derechos humanos*. Bogotá: Ibañez.
- OEA. (22 de Noviembre de 1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica.
- ONU. (1981). *Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer*. New York.
- ONU, A. (10 de Diciembre de 1948). Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Oña Muso, M. J. (2016). El Régimen Internacional del Trabajo, no discriminación por maternidad y protección del empleo en el Ecuador. *Tesis*. Quito.
- Opinión Consultiva OC-4/84 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 19 de Enero de 1984).
- Organización Internacional del Trabajo. (2014). La maternidad y la paternidad en el trabajo: la legislación y la práctica en el mundo.
- Organizacion Internacional del Trabajo. (24 de agosto de 2022). *Protección de la maternidad*. Obtenido de <https://www.ilo.org/global/standards/subjects->

covered-by-international-labour-standards/maternity-protection/lang--
es/index.htm

Pacheco, L. (2012). La igualdad de oportunidades y el derecho al trabajo de la mujer: un esfuerzo internacional de protección social. *IUS. Revista del Insituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, 108-129.

Pautassi, L., Faur, E., & Gherardi, N. (2004). Legislación laboral en seis países latinoamericanos. Avances y omisiones para una mayor equidad. *CEPAL-SERIE Mujer y desarrollo*, 3-102.

Rodríguez, J. (2014). Lactancia Materna. *DH Magazine*, 1-16.

Sentencia 36-19-IN/21, Caso 36-19-IN (Corte Constitucional 22 de Septiembre de 2021).

Sentencia No. 18-17-SEP-CC, Caso No. 238-13-EP (Corte Constitucional 2017).

Sentencia No. 309-16-SEP-CC , Caso No. 1327-11-EP (Corte Constitucional 2016).

Sentencia No. 751-15-EP/21, CASO No. 751-15-EP (Corte Constitucional 17 de Marzo de 2021).

Torres, E. (12 de enero de 2018). *Lactancia materna, contacto y apego*. Obtenido de Alba materna: <http://albalactanciamaterna.org/lactancia/tema-6-lactancia-y-crianza/lactancia-maternacontacto->

Trabajo, O. I. (2014). La maternidad y la paternidad en el trabajo: la legislación y la práctica en el.

Unesco. (Junio de 2018). *Igualdad de género Desigualdad entre hombres y mujeres*. Obtenido de <https://es.unesco.org/creativity/sites/creativity/files/digital-library/cdis/Iguldad%20de%20genero.pdf>

Vila et ál, R., Soriano, F., Murillo, M., Perez, M., & Castro, E. (2018). *Mantenimiento de la lactancia materna exclusiva a los 3 meses posparto: experiencia en un*

departamento de salud de la Comunidad Valenciana. Obtenido de
<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0212656717304730>