



UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA INDOAMÉRICA

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS
POLITICAS**

MAESTRÍA EN DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL

TEMA: DESIGUALDAD LABORAL DE LAS MUJERES EMBATAZADAS

ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE LA LOSEP Y EL CÓDIGO DE TRABAJO

Trabajo de investigación previo a la obtención del título de Magister en
DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL. Modalidad: PRESENCIAL

Autor: Dra. Acencia Yautibug Anilema

Tutor: Ab Danny Xavier Sánchez Oviedo, Mg.

AMBATO – ECUADOR

2024

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

Yo, Yautibug Anilema Acencia, declaro ser autor del Trabajo de Investigación con el nombre “DESIGUAL LABORAL DE LAS MUJERES EMBARAZADAS ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE LA LOSEP Y CÓDIGO DE TRABAJO”, como requisito para optar al grado de Magister en Derecho Laboral y Seguridad Social 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 02 días del mes enero del 2024, firmo conforme:

Autor: Acencia Yautibug Anilema. Firma:
Número de Cédula: 0602752990
Dirección: Rio Tomebamba y Rio Amazonas, Riobamba, Chimborazo.
Correo Electrónico: acencia.ya@yahoo.com

APROBACIÓN DEL TUTOR

En mi calidad de Tutor del Trabajo de Titulación “DESIGUALDAD LABORAL DE LAS MUJERES EMBARAZADAS ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE LA LOSEP Y EL CÓDIGO DE TRABAJO” presentado por Acencia Yautibug Anilema, para optar por el Título de Magíster en Derecho Laboral y Seguridad Social.

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, 18 de diciembre del 2023.

.....

Ab. Danny Xavier Sánchez Oviedo, Mg.

TUTOR

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 Laboral y Seguridad Social son absolutamente originales, auténticos y personales y de exclusiva responsabilidad legal y académica del autor.

Ambato, lunes 18 de diciembre del 202

Dra. Acencia Yautibug Anilema

CC: Nro. 0602752990

APROBACIÓN TRIBUNAL

El trabajo de Titulación, ha sido revisado, aprobado y autorizada su impresión y empastado, sobre el Tema: Tema previo a la obtención del Título de Magister en Derecho Mención Derecho Laboral y Seguridad Social, reúne los requisitos de fondo y forma para que el estudiante pueda presentarse a la sustentación del trabajo de titulación.

Ambato, 18 de diciembre del 2023

.....
Ab. Pachano Zurita Ana Cristina, Mg.
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL.

.....
Dr. Pangol Lascano Albarto Mauricio, PhD
EXAMINADO.

.....
Ab. Danny Sánchez, Mg.
DIRECTOR

DEDICATORIA

Dedico a mis padres Rafael y Placida que desde el cielo me iluminan para seguir adelante en mi camino profesional.

A mis hijos Carlos, Génesis y Juan por ser el motor de mi superación profesional y me brindaron su apoyo, me comprendieron, tuvieron tolerancia e infinita paciencia y cedieron su tiempo para que mamá estudie, para permitir a si llevar adelante un proyecto que paso de ser una meta personal a otro emprendimiento más de familia. A ellos, mi infinito cariño y gratitud.

Finalmente dedico a todas las mujeres en estado de vulnerabilidad que me han inspirado para realizar este artículo y que conozcan sus derechos.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios por brindarme salud y sabiduría para culminar un escalón más en mi carrera profesional.

Quisiera expresar mi más profundo agradecimiento a mi tutor de tesis, el Ab. Danny Sánchez, Mg. y a los docentes de la Prestigiosa Universidad Indoamérica. Por brindarme su conocimiento que contribuyeron a mi experiencia en el complejo y gratificante camino de la investigación.

Mi gratitud mis hermanos, por su apoyo que me han brindado en este camino profesional

UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA INDOAMÉRICA
DIRECCIÓN DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO: MENCIÓN DERECHO LABORAL Y
SEGURIDAD SOCIAL

TEMA: Desigualdad laboral de las mujeres embarazadas. Análisis comparativo entre la LOSEP y el Código del Trabajo

AUTOR: Dra. Acencia Yautibug Anilema

TUTOR: Ab. Danny Sánchez, Mg.

RESUMEN EJECUTIVO

El Estado se le ha erogado la responsabilidad de adoptar medidas de protección eficaces y brindar la protección asertiva a los grupos considerados vulnerables, las cuales se conciben a través de acciones afirmativas que, tienden a promover la igualdad real a favor de los titulares de derechos. En este sentido, la Constitución de la República del Ecuador [CRE] (2008), señala: *“Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades y nadie podrá ser discriminado por cualquier distinción, personal o colectiva, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos”* (artículo 11); lo que corresponde a uno de los principios sobre los cuales se edifica el ejercicio de los derechos, que deben enarcarse en la igualdad, la universalidad de los derechos y la no discriminación.

En este sentido el Estado ecuatoriano en su desarrollo legislativo posiblemente ha establecido condiciones para que operen tratos diferenciados entre trabajadoras del sector público y privado. Circunstancias que se hacen necesarias de constatar con un proceso comparativo entre los derechos que tienen las mujeres trabajadoras con estatus de servidoras públicas y los otorgados a las obreras. Por estas consideraciones, es menester centrar la atención académica al estudio del derecho estabilidad laboral,

maternidad, tiempo de lactancia, acceso a los subsidios de maternidad en la seguridad social y acceso a procesos democráticos de las mujeres trabajadoras sometidas a la Ley Orgánica del Servicio Público [LOSEP] (2010) y el Código de Trabajo [CT] (2005).

Este estudio se enfoca a los niveles doctrinarios y legales, a través de los cuales se analiza el Estado ecuatoriano y sus componentes legales que pueden generar diferencias en los derechos que se han otorgado a las mujeres según el sector público o privado. Además, de la evolución jurídica de estos derechos que con el paso de los años ha ido disminuyendo con la participación protagónica de la Corte Constitucional. En tal sentido la presente investigación plantea indagar sobre la base de la desigualdad de derechos y condiciones de las mujeres trabajadoras, y como se ven disminuidos con el simple evento de estar sometidas a un régimen normativo distinto.

DESCRIPTORES: Desigualdad, discriminación laboral, mujeres embarazadas, trabajadoras y servidoras públicas.

UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA INDOAMÉRICA
DIRECCIÓN DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO: MENCIÓN DERECHO LABORAL Y
SEGURIDAD SOCIAL

THEME: INEQUALITY IN WOMEN'S EMPLOYMENT DURING PREGNANCY.
COMPARATIVE ANALYSIS BETWEEN THE LOSEP AND THE LABOUR
CODE.

AUTHOR: Dra. Acencia Yautibug Anilema

TUTOR: Ab. Danny Sánchez, Mg.

ABSTRACT

The State has been given the responsibility of adopting effective protection measures and providing assertive protection to groups considered vulnerable, which are conceived through affirmative actions that tend to promote real equality in favor of the rights-holders. In this consideration, the Constitution of the Republic of Ecuador [CRE] (2008) states: "All persons are equal and shall enjoy the same rights, duties, and opportunities and no one may be discriminated against of any distinction, personal or collective, which has the purpose or effect of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise of rights" (article 11); This equals to one of the principles on the rights' exercise is built, which must be focused on equality, universality of rights, and non-discrimination.

In this sense, the Ecuadorian State and its legislative development have possibly established conditions for differentiated treatment between women workers in the public and private sectors. These circumstances need to be verified with a comparative process between the rights of women workers with the status of public servants and

those granted to female workers. With these considerations, it is necessary to focus on academic attention in the rights study to work stability, maternity, breastfeeding time, access to maternity benefits at Social Security, and access to democratic processes for working women subject to the Organic Law of the Public Service [LOSEP] (2010) and the Labor Code [CT] (2005).

This study focuses on the doctrinal and legal levels, of the Ecuadorian State and its analyzed legal components that can generate differences in the rights that have been granted to women according to the public or private sector. In addition, the legal evolution of these rights, which over the years has been diminishing with the leading participation of the Constitutional Court. In this sense, this research proposes to research the basis of the inequality of rights and conditions of working women, and how they are diminished by the simple fact of being subjected to a different regulatory regime.

KEYWORD: Inequality, employment discrimination, pregnant women, workers, and public servants.

Desigualdad laboral de las mujeres embarazadas. Análisis comparativo entre la LOSEP y el Código del Trabajo.

Labor inequality of pregnant women. Comparative analysis between LOSEP and the Labor Code.

Autores

Acencia Yautibug Anilema, E-mail: acencia.ya@yahoo.com, **ORCID:** <https://orcid.org/my-orcid?orcid=0000-0002-8848-9925>, Doctora en Jurisprudencia y Abogada de los Tribunales y Juzgados del Ecuador, Inspectora Provincial del Trabajo de Chimborazo, Maestrante Maestría en Derecho Laboral y Seguridad Social, Universidad Tecnológica Indoamérica.

Danny Xavier Sánchez Oviedo, E-mail: dannysanchez@uti.edu.ec, **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-5783-2682>, Doctorado por la Pontificia Universidad Católica de Argentina, Maestría en Derecho mención Derecho Penal y Procesal Penal, Maestría en Derecho Penal Económico, Diplomado en derecho procesal penal-mención experto litigante, Consejo de la Judicatura, Experto Universitario en Técnicas de Litigación en Juicio, Abogado titulado por la Pontificia Universidad del Ecuador Ambato, Profesor –investigador titular de Derecho Penal y Teoría del Delito en la Universidad Tecnológica Indoamérica –Ambato, Coordinador de Posgrados de la carrera de Derecho Universidad Tecnológica Indoamérica.

Resumen

El Estado se le ha erogado la responsabilidad de adoptar medidas de protección eficaces y brindar la protección asertiva a los grupos considerados vulnerables, las cuales se conciben a través de acciones afirmativas que, tienden a promover la igualdad real a favor de los titulares de derechos. En este sentido, la Constitución de la República del Ecuador [CRE] (2008), señala: *“Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades y nadie podrá ser discriminado por cualquier distinción, personal o colectiva, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos”* (artículo 11); lo que corresponde a uno de los principios sobre los cuales se edifica el ejercicio de los derechos, que deben enarcarse en la igualdad, la universalidad de los derechos y la no discriminación.

En este sentido el Estado ecuatoriano en su desarrollo legislativo posiblemente ha establecido condiciones para que operen tratos diferenciados entre trabajadoras del sector público y privado. Circunstancias que se hacen necesarias de constatar con un proceso comparativo entre los derechos que tienen las mujeres trabajadoras con estatus de servidoras públicas y los otorgados a las obreras. Por estas consideraciones, es menester centrar la atención académica al estudio del derecho estabilidad laboral, maternidad, tiempo de lactancia, acceso a los subsidios de maternidad en la seguridad social y acceso a procesos democráticos de las mujeres trabajadoras sometidas a la Ley Orgánica del Servicio Público [LOSEP] (2010) y el Código de Trabajo [CT] (2005).

Este estudio se enfoca a los niveles doctrinarios y legales, a través de los cuales se analiza el Estado ecuatoriano y sus componentes legales que pueden generar diferencias en los derechos que se han otorgado a las mujeres según el sector público o privado. Además, de la evolución jurídica de estos derechos que con el paso de los años ha ido disminuyendo con la participación protagónica de la Corte Constitucional. En tal sentido la presente investigación plantea indagar sobre la base de la desigualdad

de derechos y condiciones de las mujeres trabajadoras, y como se ven disminuidos con el simple evento de estar sometidas a un régimen normativo distinto.

Palabras Clave: Desigualdad, discriminación laboral, mujeres embarazadas, trabajadoras y servidoras públicas.

Abstract

The State has been given the responsibility of adopting effective protection measures and providing assertive protection to groups considered vulnerable, which are conceived through affirmative actions that tend to promote real equality in favor of the rights-holders. In this consideration, the Constitution of the Republic of Ecuador [CRE] (2008) states: "All persons are equal and shall enjoy the same rights, duties, and opportunities and no one may be discriminated against of any distinction, personal or collective, which has the purpose or effect of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise of rights" (article 11); This equals to one of the principles on the rights' exercise is built, which must be focused on equality, universality of rights, and non-discrimination.

In this sense, the Ecuadorian State and its legislative development have possibly established conditions for differentiated treatment between women workers in the public and private sectors. These circumstances need to be verified with a comparative process between the rights of women workers with the status of public servants and those granted to female workers. With these considerations, it is necessary to focus on academic attention in the rights study to work stability, maternity, breastfeeding time, access to maternity benefits at Social Security, and access to democratic processes for working women subject to the Organic Law of the Public Service [LOSEP] (2010) and the Labor Code [CT] (2005).

This study focuses on the doctrinal and legal levels, of the Ecuadorian State and its analyzed legal components that can generate differences in the rights that have been

granted to women according to the public or private sector. In addition, the legal evolution of these rights, which over the years has been diminishing with the leading participation of the Constitutional Court. In this sense, this research proposes to research the basis of the inequality of rights and conditions of working women, and how they are diminished by the simple fact of being subjected to a different regulatory regime.

Keyword: Inequality, employment discrimination, pregnant women, workers and public servants.

Metodología

Se realizó un estudio cualitativo basado en la investigación documental, estructurado en la búsqueda, recuperación y análisis de documentos legales, jurisprudenciales y doctrinarios, respecto del ámbito laboral de las mujeres trabajadoras bajo el régimen público y privado. Se realiza un análisis en el contexto jurídico y social ecuatoriano, con el propósito de enriquecer y articular la comprensión de la igualdad de derechos de las mujeres embarazadas por medio de las metas de presente estudio. Se establecieron tres categorías de análisis: Desigualdad y discriminación laboral, mujeres trabajadoras en el sector público y privado, y derecho laboral de las mujeres.

Se emplearon los siguientes criterios para la selección de los documentos; se buscaron artículos mediante las bases de datos de Google Académico como Scielo, Redalyc, Dialnet y Scopus para lo cual se empleó las siguientes palabras claves: “Desigualdad”, “LOSEP”, “Código del Trabajo”, “mujeres trabajadoras”, procediéndose a seleccionar artículos de revistas académicas, investigaciones científicas, jurisprudencia y legislación, cuyos documentos abordaron los elementos de estudio y que guardan relación vinculante.

Introducción

La Constitución de la República del Ecuador (2008), constituye la norma de mayor jerarquía, señala que el *“Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia”* (2008, artículo 1), correspondiéndole a éste *“garantizar sin discriminación alguna, el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales”* (2008, artículo 11), en este contexto el estado tiene la obligación de garantizar el derecho a la igualdad formal, material y no discriminación. Sin embargo, de lo descrito, las Leyes que regulan las relaciones laborales, motivan un crítico y profundo estudio por cuanto la legislación ecuatoriana puede o ha mantenido normas con tratamientos distintos en favor de las mujeres trabajadoras, sectorizando un trato preferente y distinto entre las trabajadoras que pertenecen al sector público y privado.

Del estudio realizado, se puede determinar que al comparar el contenido de la Constitución de la República del Ecuador [CRE] (2008), con las leyes laborales vigentes, específicamente en lo que respecta a la Ley Orgánica del Servicio Público [LOSEP] (2010), la Ley Orgánica de Empresas Públicas [LOEP] (2010), el Código del Trabajo [CT] (2005) y la Ley de Seguridad Social (2001), pueden haber establecido un conjunto de normas impares para las relaciones laborales de las mujeres trabajadoras en estado de embarazo, contrarias a los principios constitucionales de universalidad e igualdad. Situación que se observa principalmente en lo relacionado a la estabilidad laboral, maternidad y los subsidios otorgados para el efecto y lactancia, y que incluso, los propios esfuerzos de la jurisprudencia devenida de la Corte Constitucional no han sido suficientes para sostener en su integralidad un trato igualitario.

La existencia de tratos dispares o preferentes es además contraria a lo determinado por regulaciones internacionales como el Convenio No. 111 sobre la discriminación, empleo y ocupación (1958) de la Organización Internacional del Trabajo [OIT] el

mismo que define a la discriminación, como:

“...(a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; (b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados ... (Artículo 1)

El citado Convenio No. 111, enfatiza además que todo Miembro se obliga a formular y llevar a cabo *“...una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto...”* (1958, artículo 2).

La igualdad, corresponde a uno de los principales pilares sobre la cual se ha desarrollado, propositivamente la mujer en el ámbito laboral, pues si miramos la legislación internacional encontramos postulados que hacen deferencia a este principio, como la Convención Interamericana de Derechos Humanos, establece: *“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”* (1977, artículo 24), lo propio ha devenido de la Organización Internacional del Trabajo, que ha expedido convenios y recomendaciones encaminados a promover la igualdad, así por ejemplo el Convenio No. 100, ha ubicado a la remuneración como uno de los factores predominantes, señalando: *“(b) la expresión igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor designa las tasas de remuneración fijadas sin discriminación en cuanto al sexo”* (OIT, 1951, artículo 1).

En tal sentido, si las mujeres en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad, y al ser reconocidas como sujetos de atención prioritaria y las políticas del Estado ecuatoriano, se debe propender a desarrollar condiciones laborales con beneficios inclusivos en igualdad de condiciones entre obreras y servidoras públicas. El marco constitucional además debe comulgar para incentivar la contratación y dignificación de las mujeres trabajadoras; pues si bien es cierto, las normas laborales antes mencionadas, abordan segmentos laborales diferentes, estas no existen razón para mantener un trato dispar considerando además que regular a las trabajadoras en estado de gravidez sino también afectan los derechos de sus hijos o hijas, sobre quiénes impera el principio superior.

Desarrollo

El Derecho Laboral en el Ecuador y el Escenario de la Mujer en el Trabajo

La evolución del Derecho Laboral tiene su origen principalmente en la dignificación de la humanidad y cuya búsqueda se ha vuelto constante, sistemática y progresiva durante toda la historia de la humanidad. En el Ecuador, el origen de la norma laboral, en lo que respecta a lo público, deviene de la fundación del Estado, a través de la primera Constitución Política en el año 1835, sin embargo, el régimen laboral privado tuvo sus primeras regulaciones a partir de la Constitución Política en los años de 1884, estableciéndose la obligación de trabajar solo en virtud de contrato. Con la promulgación del Código del Trabajo, el cual se emite como un Decreto Militar, el 5 de agosto de 1938, se establecen las normas regulatorias para las actividades laborales entre empleadores y trabajadores, a fines al sector privado. Sin embargo, solo a partir de la Constitución promulgada en el año de 1979, se instituyó la prohibición de esclavitud o la servidumbre en todas sus formas.

Ya en materia, en el Ecuador acontece un momento normativo que podría fijarse como el génesis para el reconocimiento de las garantías básicas de la Mujer Trabajadora en estado de gestación; pues en el año de 1945 la Constitución Política del

Ecuador, establece un estatus especial dirigido a las mujeres trabajadoras, aludiendo a que el trabajo en sus diferentes formas es un deber social y goza de la especial protección de la ley, y erogándole al Estado asegurar las condiciones mínimas de una existencia digna, así se disponía:

“Páguese especialmente a la madre trabajadora. A la mujer grávida no se la puede separar de su trabajo ni se le exigirán, en el lapso que fije la ley, actividades que requieran considerables esfuerzos físicos. La ley señalará dos períodos anterior y posterior al parto en los que aquella gozará de descanso forzoso y remunerado, sin perder ninguno de los derechos nacidos de su contrato de trabajo. Mientras dure la lactancia, se le concederá el tiempo necesario para alimentar normalmente a su hijo” (CPE, 1945, artículo 148)

Básicamente se contemplan los derechos esenciales que en la actualidad se han venido desarrollando. Posteriormente para los servidores públicos, es decir, trabajadores del estado - funcionarios públicos, lo que incluía también a los obreros, se promulgó la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa [LOSCA] (1978), y posteriormente el Reglamento General de aplicación de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa [RGLOSCA] (2005), a través de las cuales, se establecieron derechos, deberes, prohibiciones, formas contractuales para el ingreso al sector público, así como también su cese y régimen disciplinario.

En nuestro ordenamiento jurídico actual, se mantienen los dos regímenes jurídicos laborales principales, por un lado, las personas reguladas por el Código del Trabajo (CT) y aquellas sometidas a la Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP), las primeras corresponden al sector privado, pero también abarca a quienes laboran como obreros en el sector público, pues con la promulgación de la codificación del Código del Trabajo se estableció que los obreros tienen como sus empleadores al Estado, los consejos provinciales, las municipalidades y demás personas jurídicas de derecho público.

No debe causarnos asombro que el derecho laboral comúnmente tenga más de un régimen normativo para los trabajadores y aquello provoque desigualdades, como ocurre en el Ecuador, pues en razón de su naturaleza y origen las legislaciones segmentan las relaciones laborales, así podemos citar varios ejemplos: a) México, cuyos funcionarios públicos están sometidos a la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado (2006), mientras que en lo privado los trabajadores están regulados por la Ley Federal del Trabajo (2015), b) Colombia con la Ley No. 2027 Estatuto del Funcionario Público (1999), reglamenta a los funcionarios del Estado, mientras que los trabajadores privados al Código Sustantivo del Trabajo (2011), como ejemplo final y situado al sur de nuestro continente, c) Chile, también secciona al ámbito laboral entre lo público y lo privado, así la Ley No. 18.834 Estatuto Administrativo (1989), regula a los primeros mientras, el Código del Trabajo (2002) a los otros.

Ahora bien, si comprendemos la necesidad jurídica de la existencia de Leyes que regulan los segmentos laborales por su naturaleza y características como su origen público o privado, también es necesario analizar y criticar que estas Leyes no deberían incluir diferencias en cuanto a beneficios y garantías otorgados a un mismo grupo vulnerable, como lo son las mujeres en estado de embarazo.

Con la promulgación de la Constitución de la República del año 2008, el Ecuador se auto determina como un estado social de derecho y justicia, lo que implica el respeto irrestricto de los derechos, y se establecen importantes garantías dirigidas a la protección de las mujeres trabajadoras, señalándose puntualmente: *“El Estado garantizará el respeto a los derechos reproductivos de las personas trabajadoras... 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”* (CRE, 2008, artículo 332), prohibiéndose además el despido de la mujer trabajadora asociado a su condición de gestación y maternidad, así como la discriminación vinculada con los roles reproductivos.

En cuanto a derechos propios de las mujeres en el ámbito laboral, se han alcanzado importantes progresos en el Ecuador, por citar un ejemplo, la Corte Constitucional en el Caso No. 3-19-JP y acumulados, Sentencia No. 3-19-JP/20 y acumulados de fecha 5 de agosto de 2020, en su ratio deciden di enfatiza y recoge las múltiples deficiencias normativas en cuanto a la protección de la mujer trabajadora y sus hijos, y en el caso específico se previenen adecuadas aplicaciones del derecho constitucional, tales como: la integridad en estado de embarazo, la dignidad durante el periodo de lactancia, la constitución obligatoria de lactarios, la libre elección sobre la salud sexual y reproductiva, su intimidad y la no injerencia arbitraria, el acceso al trabajo sin discriminación, adecuado y saludable ambiente laboral, la estabilidad reforzada en el desarrollo de contratos ocasionales, nombramientos provisionales y de libre nombramiento y remoción.

En la Sentencia No. 3-19-JP/20, se estableció un hecho trascendental para el derecho laboral que favoreció a la mujer trabajadora y el reconocimiento de sus derechos biológicos, pues se ordenó que la:

“Asamblea Nacional deberá legislar, en el plazo de un año contados a partir de la entrega del proyecto de ley, sobre el derecho al cuidado, la terminación del derecho al cuidado hasta que concluya el periodo de lactancia; ampliar el periodo de lactancia y período de cuidado; ampliar y regular el permiso de los hombres para el cuidado; regular el derecho al cuidado de madres adoptivas, y ampliar el periodo de cuidado de licencia [...]”

Hechos consumados a través de la promulgación de la Ley Orgánica del Derecho al Cuidado Humano, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 309 de fecha 12 de mayo de 2023. Sin embargo, varios de estos beneficios aún se encuentran segmentados por el régimen laboral al que pertenece la trabajadora, minimizando su impacto y abriendo una brecha de desigualdad, inclusive entre trabajadoras que

pertenecen a la misma unidad productiva, como el caso de las Instituciones Públicas y Empresas Públicas.

Finalmente, cuando nos referimos a las mujeres y su relación con el derecho, estamos frente a las *“normas jurídicas enfocadas a la protección de su salud, educación, dignidad y desarrollo, así como la protección de la maternidad en relación con la mujer misma y el producto del mismo”* (UNAM, 2000, P. 4), sin embargo, cuando relacionamos a la mujer trabajadora con el derecho laboral, estamos frente a dos concepciones básicas, la primera concretamente se encuentra determinada en la igualdad, lo que corresponde a todas las circunstancias tanto en lo material (beneficios) y como en lo formal (oportunidades), y complementariamente el derecho laboral ha desarrollado particularidades (derechos) en referencia con las características propias de la mujer, tales como la maternidad, la crianza de los hijos, e inclusive de acuerdo con las costumbres sociales de sus entornos y la atención a la familia.

Situación de la Mujer Trabajadora en el Código del Trabajo y en la LOSEP

El Código del Trabajo es la norma sustantiva que norma a los empleados y obreros (2005, artículo 8), en las relaciones laborales establecidas con el Empleador (2005, artículo 10), principalmente las derivadas de la actividad privada, pues su naturaleza, modalidades y condiciones se encuentran diseñadas para ese ámbito; sin embargo, con la promulgación de la Constitución de la República, se dejó establecido que: *“las obreras y obreros del sector público estarán sujetos al Código de Trabajo”* (CRE, 2008, artículo 229), es decir, que de forma definitiva, clara y expresa, todos aquellos trabajadores con características y denominaciones de puestos específicos pasarían a ser reglados en la misma forma que los privados, lo mismo acontece con los servidores de carrera y obreros en sus relaciones laborales en las empresas públicas, pues la Ley Orgánica de Empresas Públicas en el artículo 32, señala:

“Las controversias que se originaren de las relaciones laborales entre las empresas públicas y sus servidores de carrera u obreros, serán resueltas por la autoridad del trabajo o los jueces de trabajo competentes, quienes para

el efecto observarán las disposiciones especiales previstas en este Título”
(LOEP, 2009).

El Código del Trabajo ha sido objeto de varias reformas y complementariamente el Ministerio del Trabajo ha venido emitiendo Acuerdos Ministeriales para su funcionalidad y vigencia que, si bien es cierto, actúa en razón de lo determinado en el artículo 539, es decir reglamentando, organizando y protegiendo el trabajo; en épocas donde se demanda que la normativa legal principal para el desarrollo de la economía y la producción, sufrague con las nuevas tendencias contractuales, por lo que el contenido de este Código pasa por obsoleto. Sin embargo, hay que rescatar que varias de las reformas realizadas por el legislativo y la implementación de otras Leyes en pro de la protección de las mujeres trabajadoras en estado de embarazo, han sido relevantes y comulgan en una considerable parte con el Derecho Internacional, principalmente en lo referente a los convenios y recomendaciones emanados de la OIT.

Como derechos, garantías y beneficios establecidos en el Código del Trabajo, a favor de las mujeres trabajadoras en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad, se establece la prohibición de retención ni embargo de la remuneración *“en un período de dos semanas anteriores al parto y seis semanas posteriores al mismo”* (2005, artículo 92), a la remuneración completa cuando goce de licencia por *“el nacimiento de su hija o hijo”* (2005, artículo 152), cuyo tiempo corresponde a doce semanas y en caso de nacimientos múltiples el plazo se extiende por diez días adicionales; y posterior a este hecho, *“Durante los quince (15) 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”* (2005, artículo 155); siendo esta última circunstancia un elemento diferenciador frente a la LOSEP, como se lo analiza más adelante.

Ya que la Mujer Servidora Pública bajo el régimen de la LOSEP en estado lactancia tiene derecho a una jornada reducida de trabajo, más proteccionista que las Trabajadoras regidas por el Código del Trabajo, ya que se otorga una licencia de 2

horas, pero se aplica para el cuidado del recién nacido por hijo (RGLOSEP, 2011, artículo 33), es decir que, en el caso del alumbramiento de 2 hijos, el tiempo destinado a la lactancia será de 4 horas, y sin que ello implique una disminución proporcional de su remuneración.

Corresponde hacer un análisis puntual respecto de la evolución normativa para alcanzar una igualdad ante este derecho, que deviene principalmente de la Corte Constitucional del Ecuador quienes mediante Sentencia 36-19-IN/21 de fecha 22 de septiembre de 2021, concluyeron que el Código de Trabajo art. 155 inciso tercero, violaba el derecho a la igualdad y no discriminación, respecto del periodo de duración del beneficio de la lactancia, principalmente en lo relativo al momento desde cuando se calculaba, estipulándose que el periodo de doce meses, son posteriores a la conclusión de la licencia de maternidad; lo que implica una igualdad para todas las madres lactantes, independientemente del régimen laboral. Actualmente con la Ley Orgánica del Derecho al Cuidado Humano (Registro Oficial 12 de mayo de 2023) se ha promovido que este derecho sea de quince meses.

A diferencia de las Trabajadoras reguladas al Código del Trabajo, las Servidoras Públicas normadas por la Ley Orgánica del Servicio Público y su Reglamento General, por tratarse de una legislación más actualizada (Registro Oficial Suplemento No. 294 de 6 de octubre de 2010), han gozado de mayores y más adecuados derechos, garantías y beneficios, sin embargo, ha requerido también de la jurisprudencia devenida de la Corte Constitucional para otorgar la interpretación respecto de la estabilidad reforzada, por ejemplo; institución jurídica determinada en la Constitución de la República del Ecuador (2008) y mínimamente desarrollada en la norma, donde se ha establecido:

“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 ” (2008, art. 332).

Del análisis efectuado a la norma laboral pública, la estabilidad ha constituido el abanderamiento de las luchas de las servidoras públicas, pues frente a la inestabilidad que prestan los contratos de servicios ocasionales, utilizados como herramienta política, y nombramientos provisionales estacionados por falta de concursos de mérito y oposición, se ha requerido una interpretación garantista que permita el ejercicio condicional de trabajo, cuando una servidora pública se encuentra en estado de vulnerabilidad, al respecto la Ley Orgánica del Servicio Público al respecto cita: “(...) *Por su naturaleza, este tipo de contratos no generan estabilidad, en el caso de las mujeres embarazadas la vigencia del contrato durará hasta el fin del período fiscal en que concluya su período de lactancia, de acuerdo con la ley (...)*”. (2010, artículo 58).

Complementariamente, si se llegase establecer que la Mujer Servidora Pública embarazada o en período de lactancia, presenta un riesgo para su salud o la del feto; de oficio por parte del representante legal o autoridad nominadora y previo informe favorable de Talento Humano opera el cambio administrativo (RGLOSEP, 2011, artículo 72), a través del cual opera el traslado a otro puesto de igual categoría y remuneración, y sin perjudicar sus derechos laborales. En este momento del estudio, podemos observar un trato totalmente diferente a las obreras, pues en el Código del Trabajo se establece como una prohibición del Empleador realizar cambios de ocupación (Código del Trabajo, 2005, artículo 192).

Otra de las diferencias que sugieren un mayor beneficio a las Servidoras Publicas es el acceso a los subsidios que otorga la Seguridad Social a través del IESS, pues el acceso es inmediato para la contingencia de maternidad, lo que no acontece con la Obrera (CT) quien solo accede cuando cuenta con “*doce (12) imposiciones mensuales ininterrumpidas, anteriores al parto*” (Ley de Seguridad Social, artículo 107), caso

contrario corresponde al Empleador “*pagar al trabajador, cuando no tenga derecho a la prestación por parte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social*” (CT, 2005, artículo 42); lo que genera una flagrante discriminación, pues incentiva su no contratación.

Es importante citar además que, la Mujer Servidora Pública bajo el régimen de la LOSEP en estado lactancia tiene derecho a una jornada reducida de trabajo, más proteccionista que las Trabajadoras regidas por el Código del Trabajo, ya que se otorga una licencia de 2 horas, pero se aplica para el cuidado del recién nacido (RGLOSEP, 2011, artículo 33), es decir que, en el caso del alumbramiento de 2 hijos, el tiempo destinado a la lactancia será de 4 horas, y sin que ello implique una disminución proporcional de su remuneración.

En breves líneas se han hecho varias distinciones en las que la Mujer Trabajadora, si bien es cierto, ha logrado un importante reconocimiento de sus derechos cuando se encuentra en estado de gravidez y que inclusive han alcanzado a sus hijos (interés superior), es evidente que existe distinciones discriminatorias en cuanto se observa el régimen al que se encuentran sometidas, es decir, al CT o a la LOSEP, y es en los temas desarrollados posteriormente donde se pormenorizan

Estabilidad Laboral reforzada, comparativa jurídica entre la LOSEP y el Código del Trabajo

Previo a entrar al análisis de la estabilidad de la mujer en el trabajo, es importante delimitar la protección brindada por el derecho, principalmente el devenido del espectro Internacional; así tenemos que, la Carta de la Declaración Universal de Derechos Humanos en el artículo 23, estipula que: “*Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo*”, en este contexto, partimos de que toda persona tiene derecho a una serie de condiciones que garantice su estabilidad económica y bienestar; en sentido más amplio y preciso para la Corte Interamericana

de Derechos Humanos [CIDH], en el Caso Lagos del Campo vs. Perú de fecha 31 de agosto de 2017, respecto de la estabilidad laboral, ha señalado:

“(...) no consiste en una permanencia irrestricta en el puesto de trabajo, sino de respetar este derecho, entre otras medidas, otorgando debidas garantías de protección al trabajador a fin de que, en caso de despido se realice éste bajo causas justificadas, lo cual implica que el empleador acredite las razones suficientes para imponer dicha sanción con las debidas garantías, y frente a ello el trabajador pueda recurrir tal decisión ante las autoridades internas, quienes verifiquen que las causales imputadas no sean arbitrarias o contrarias a derecho” (Caso Lagos del Campo vs. Perú, 2017, párrafo 150).

Este llamado al respeto de la estabilidad, no es parte del marco constitucional ecuatoriano en su generalidad, pues esta condición se la dirige únicamente a los servidores públicos, personal docente y mujeres embarazadas y en periodo de lactancia, más no para la universalidad de trabajadores, como si lo ha previsto la Constitución Política de la República de Bolivia en sus artículos 48 y 49, cuando se garantiza la continuidad y estabilidad laboral y la prohibición del despido intempestivo para todos los trabajadores; sin embargo, cabe señalarse que uno de los principios sobre el que se desarrolla el derecho del trabajo es la irrenunciabilidad e intangibilidad (CRE, 2008, artículo 326), lo cual permite sostener la concepción de que la estabilidad laboral es un ideal del derecho laboral y no puede ser trastocado y su vulneración conlleva a un acto indemnizatorio, como el que se prevé en el Código del Trabajo en el artículo 188.

Entonces, como se ha dejado indicado, la estabilidad corresponde a una condición íntima del derecho al trabajo y cuya protección se ve fortalecida, en el Ecuador a favor de las mujeres en estado de gestación, pues se previene en nuestro ordenamiento jurídico constitucional que además de corresponderles una atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado (CRE, 2008, artículo 35), también se les reconoce y garantiza expresamente su no discriminación, acceso y estabilidad (CRE, 2008, artículos 331 y 332), es decir, se han previsto condiciones jurídicas laborales propias en relación con el empleo, durante su estado de gestación y en período de lactancia; garantías que han sido promovidas de mejor manera a través de varios pronunciamientos de la Corte Constitucional del Ecuador y como consecuencia, se han realizado varias reformas en el ordenamiento jurídico laboral; como ejemplo, a través de la Sentencia No. 593-15-EP/21 de fecha 5 de mayo de 2021, en la que se ha indicado:

“(...) 56. Respecto a la estabilidad laboral, ésta tiene como finalidad la protección de las personas trabajadoras frente a posibles decisiones arbitrarias que pongan en riesgo el ejercicio del derecho al trabajo y conlleva inestabilidad en la continuidad de los ingresos. Tales riesgos impactan de manera más severa a las mujeres embarazadas o en periodo de lactancia, de

ahí que la estabilidad laboral reforzada contemplada en la Constitución e instrumentos internacionales es un derecho inherente a tal condición (...)” (Corte Constitucional del Ecuador, 2021. p. 13).

En cuanto a la vinculación contractual de las mujeres trabajadoras al servicio público (LOSEP), y para medir el nivel de garantismo, puede ser mediante: i) contrato ocasional y, nombramientos debidamente establecidos: ii) permanentes, iii) provisionales, iv) libre nombramiento y remoción y, v) período fijo. Salvo el nombramiento permanente, siempre que haya cumplido con el criterio constitucional de “[...] concurso de méritos y oposición, en la forma que determine la ley [...]” (CRE, 2008, artículo 228); están sometidos a una condición para su terminación, ya sea en el tiempo o por su naturaleza de no estable, así enfatizado en sentencias emitidas por la Corte Constitucional del Ecuador No. 3-19-JP/20, No. 36-19-IN/21, No. 593-15-EP/21, por citar ejemplos: “[...] no pueden generar estabilidad laboral a las y los servidores contratados más allá del límite de tiempo permitido por la ley, dada la propia naturaleza de este tipo de contrato [...]” (Corte Constitucional del Ecuador, 2021, p. 13).

Sin embargo de lo advertido, la misma Corte Constitucional del Ecuador ha prevenido la estabilidad laboral reforzada de cada una de las vinculaciones laborales anteriormente citadas, pero solo para el caso de las Servidoras Públicas que se encontraran embarazadas, la sentencia No. 3-19-JP/20 y acumulados, ha establecido que, *“si bien el objeto de este contrato es responder a una necesidad institucional temporal y excepcional... las mujeres embarazadas o en periodo de lactancia que se encuentran dentro de este tipo de contratos... durará hasta el fin del periodo de lactancia”* (Corte Constitucional del Ecuador, 2020, p. 41 – 43).

Es importante resaltar la trascendencia de lo señalado, puntualizando que la naturaleza del nombramiento provisional, por ser el caso más polémico, tiene el objetivo para ocupar temporalmente un puesto bajo las siguientes circunstancias: i) suspendido en sus funciones o destituido, ii) en licencia sin remuneración, iii) en

comisión de servicios sin remuneración o vacante, iv) quienes ocupen puestos dentro de la escala jerárquica superior, v) de prueba, y vi) *“ocupar un puesto cuya partida estuviere vacante hasta obtener el ganador del concurso de méritos y oposición”* (LOSEP, 2010, artículo 18), no obstante, y refiriéndonos al último caso, la Corte Constitucional del Ecuador ha indicado que *“si se convocare a concurso para ocupar dicha vacante dentro del periodo de embarazo o lactancia, el concurso será nulo”* (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 3-19-JP/20 y acumulados, 2020).

Finalmente, los cargos de libre remoción que son “expedidos a favor de personas que van a ocupar puestos de dirección política, estratégica o administrativa en las instituciones del Estado (RGLOSEP, 2011, artículo 17), se han establecido dos parámetros para garantizar estabilidad laboral reforzada: i) si el caso surge respecto de la pérdida de confianza, y si esto *“coincide con la noticia del embarazo o con su periodo de cuidado o lactancia, se presumirá que la terminación de la relación laboral se basa en un hecho discriminatorio”*, añade la Corte que corresponde a la trabajadora que tendrá derecho a la *“[...] compensación para el derecho al cuidado hasta el fin de su periodo de lactancia [...]”* (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 3-19-JP/20 y acumulados, 2020) y; ii) Cuando se trata de una nueva administración o de una nueva autoridad que tiene la potestad de designar a personas de libre remoción *“la autoridad nominadora procurará contar con el trabajo de la persona bajo protección especial”* (*Ibidem*).

La legislación laboral principalmente devenida de la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional, ha desarrollado de la forma más eficiente posible la estabilidad laboral reforzada para las servidoras públicas [LOSEP], aunque su vinculación no haya tenido como fin su estabilidad; sin embargo, estos criterios son ajenos a las obreras del sector público, como a las del sector privado por estar regidas por el Código del Trabajo. Para este segmento laboral, la protección a las mujeres en estado de gestación, parto, posparto, en maternidad y en periodo de lactancia, su estabilidad está condicionada únicamente al despido intempestivo y únicamente como se tratan de Contratos Indefinidos, estableciéndose el despido ineficaz, indicándose que las

personas trabajadoras en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad, en razón del principio de inamovilidad que les ampara (Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, 2015, artículo 35).

Declarado el despido ineficaz y/o la trabajadora despedida decida no continuar la relación de trabajo, recibirá la indemnización equivalente al valor de un año de la remuneración que venía percibiendo, además de la general que corresponda por despido intempestivo; entiéndase a esta institución jurídica, como la voluntad que tiene el empleador de desvincular al *“trabajador de su equipo de trabajo, por ende, de dar por terminada la relación laboral”* (Chávez & Santamaria, 2022, p. 738).

A forma de conclusión, la estabilidad laboral reforzada a través del despido ineficaz, no hace deferencia a otro motivo, pues quedan desprovistas a la discriminación cuando se embarazan o su estado es notorio dentro del término a prueba, o en los contratos individuales de trabajo, tales como contrato emergente (Ley orgánica de apoyo humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del COVID-19), productivo (Acuerdo Ministerial No. MDT-2020-0220), turístico y/o cultural y creativo (Acuerdo Ministerial No. MDT-2020-0221), emprendimiento (Acuerdo Ministerial No. MDT-2020-0222), acceso de jóvenes al mercado laboral e incentivos a su formación (Acuerdo Ministerial No. MDT-2020-0223), por obra o servicio determinado dentro del giro del negocio (Acuerdo Ministerial No. MDT-2020-0136), eventual, temporada, entre otros, donde la garantía a la estabilidad reforzada, también debería otorgarse cuando la necesidad del Empleador sea preexistente o la terminación de la relación laboral se base en un hecho discriminatorio.

Subsidio de Maternidad, acceso de la mujer obrera y servidora pública

Aunque la Constitución de la República del Ecuador establece en su artículo 11 que: *"nadie podrá ser discriminado... 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"* (2008), lamentablemente,

la normativa vigente en nuestro país presenta limitaciones en cuanto a su efectiva aplicación, especialmente en el ámbito económico. Esta situación ha generado una discriminación evidente y, en gran medida, dirigida a mujeres jóvenes. Por lo tanto, se requiere un mayor esfuerzo y compromiso por parte de las autoridades para garantizar la igualdad de derechos y oportunidades para todas las personas, sin importar su género, edad u otras características personales o colectivas.

El hecho de que algunas instituciones y disposiciones jurídicas limiten la contratación de mujeres debido a su estado biológico es preocupante. Por ejemplo, el grupo de mujeres entre 20-29 años concentra el menor riesgo de mortalidad materna, fetal, neonatal e infantil (Donoso, E. et al, 2014, p.172), lo que hace que esta edad tenga una mayor incidencia de embarazos. Sin embargo, es importante tener en cuenta que el derecho de la mujer a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva, y a decidir cuándo y cuántos hijos tener, está protegido por la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 66.

Pero si es una problemática para los empleadores, su génesis se encuentra en que la legislación ecuatoriana, establece que el derecho a la seguridad social es un “*derecho irrenunciable de todas las personas... regirá por los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad*” (CRE, 2008, artículo 34), así también, el Código del Trabajo, dispone: “31. *Inscribir a los trabajadores en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, desde el primer día de labores, dando aviso de entrada dentro de los primeros quince días*” (2005, artículo 42), sin embargo, aunque las mujeres obreras regidas por el Código del Trabajo (sector público y privado) se encuentren aseguradas, requieren de un mínimo de doce (12) aportaciones consecutivas al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social para obtener la cobertura del subsidio de maternidad.

En tal razón, el Empleador que acceda a la contratación de una obrera y no prevenga las aportaciones previstas al momento del parto, le correspondería asumir no solo el 50% del sueldo conforme previene el C. T. artículo 42 numeral 19 para los casos de enfermedad no profesional, sino también la totalidad de la remuneración, pues

“durante este lapso la mujer tendrá derecho a percibir la remuneración completa” (Código del Trabajo, 2005, artículo 153). Debe sumarse a esto, todos los gastos que causa la contratación de una persona que remplace a la mujer que se acoge a la licencia de maternidad, cuyo contrato natural es el eventual y que tiene como singularidad *“un incremento del 35% del valor hora del salario básico del sector al que corresponda el trabajador”* (Código del Trabajo, 2005, artículo 153).

Ahora bien si comprendemos que, a cargo del empleador de las obreras del sector público y privado, le corresponde sufragar las remuneraciones cuando la mujer obrera no accede al subsidio de maternidad, debe aumentar sus egresos, es relevante también citar que también lo debe hacer cuando cumple los requerimientos, pues el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social solo *“paga el 75% de la última remuneración, a partir del primer día hasta un total de 84 días”* (Ministerio de Finanzas, 2016, p. 9), correspondiéndole al empleador completar su remuneración total, es decir el 25% adicional; en el mejor de los eventos el empleador debe aumentar sus gastos para cubrir los beneficios de una mujer con derecho de maternidad en casi el doble.

Debemos advertir en este punto, que las servidoras públicas (LOSEP están subsidiada su licencia de maternidad en el 100% por el estado y desde el primer día. En todo caso el Empleador a quien le corresponde privativamente la selección de sus trabajadores, ha venido diseñando un conjunto de estrategias para blindarse, por así decirlo, de los efectos legales advertidos, a la par el Ministerio del Trabajo mediante Acuerdo Ministerial No. MDT-2017-0082, ha emitido la normativa para la erradicación de la discriminación en el ámbito laboral, mismo que prohíbe solicitar al postulante dentro de todo proceso de selección de personal: *“1. Pruebas y/o resultados de embarazo. 2. Información referente al estado civil”* (2017, artículo 5), enfatizando en el mismo instrumento que, el incumplimiento resuelve sanciones.

Aplicación de la licencia de lactancia en las Obreras y en las Servidoras Públicas.

Entre varias de las ventajas “la leche materna suministra un adecuado balance y una cantidad de nutrientes que son ideales para el niño lactante y promueve un mayor vínculo y relación entre la madre y el niño” (Latham, 2002); al respecto la CRE se establece que el “*Estado garantizará a las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia los derechos a: 4. Disponer de las facilidades necesarias para su recuperación después del embarazo y durante el periodo de lactancia*” (2008, artículo 43), en este orden de ideas la Ley de fomento, apoyo y protección a la lactancia materna, establece que la “*lactancia materna es un derecho natural del niño y constituye el medio más idóneo para asegurarle una adecuada nutrición y favorecer su normal crecimiento y desarrollo*” (1995, artículo 1), añadiendo la prohibición a las personas naturales o jurídicas de realizar acciones que la contravengan.

Este derecho a la lactancia, cuyas raíces son biológicas, sociales y económicas, están reguladas en la legislación ecuatoriana, tanto para las servidoras públicas (LOSEP), como para las Empleadas/obreras (CT), y provisto a través de un permiso durante la jornada de trabajo y por su tiempo total de duración, en ambos elementos encontramos diferencias que se aplican conforme al régimen laboral de la mujer trabajadora. Para el caso de las Servidoras Públicas (LOSEP) se previene que “*tendrán permiso para el cuidado del recién nacido por dos horas diarias, durante doce meses contados a partir de que haya concluido su licencia de maternidad*” (2010, artículo 33). En consultas realizadas por la Procuraduría General del Estado y el Ministerio del Trabajo han señalado que: “*(...) en el evento que una servidora pública tuviere más de un niño en razón de partos múltiples, las dos horas diarias de que trata las normas legales, deben ser calculadas y concedidas por cada niño nacido.*” (2018, p. 2), lo que no acontece bajo ninguna circunstancia con las obreras regidas por el Código del Trabajo.

Sin embargo, para las empleadas/obreras (CT) aunque también sean parte sean sector público, se establece que “*durante los doce (12) meses posteriores al parto, la jornada de la madre lactante durará seis (6) horas, de conformidad con la necesidad de la beneficiaria*” (2005, artículo 155). Como puede observarse las diferencias son

evidentes, por un lado, el tiempo que diariamente se otorga a la lactancia es cuestionable que la legislación haya previsto la reducción de la jornada a 6 horas para el segmento de empleadas/obreras, cuando el CT previene la “*disminución de la jornada de trabajo*” hasta 6 horas (CT, 2005 artículo 47.1), por la “*reducción emergente de la jornada de trabajo*” hasta un máximo del 50% (Ley orgánica de apoyo humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del COVID-19 artículo 20) y cuando en el “*contrato de trabajo se hubiere estipulado la prestación de servicios personales por jornadas parciales permanentes*” (CT, 2005 artículo 82);

Como podemos observar, en todos los casos citados se eliminaría el permiso por lactancia, pues con la normativa antes indicada solo con el hecho de que la empleada/obrero ya se encuentre en una jornada de 6 horas, por cualquiera de las razones conferidas en la Ley, sin considerar que la jornada parcial permanente haya permitido que la trabajadora se encuentre bajo dependencia de dos o más Empleadores.

En el caso de la extensión total del tiempo, ha sido la intervención de la Corte Constitucional quienes mediante Sentencia No. 36-19-IN/21 de fecha 22 de septiembre de 2021 dictada dentro del Caso No. 36-19-IN, que al determinar distinción injustificada entre mujeres en periodo de lactancia trabajadoras bajo el CT y servidoras públicas bajo la LOSEP, han decidido: “*Declarar la inconstitucionalidad por el fondo de la frase “posteriores al parto” del inciso tercero del artículo 155 del Código de Trabajo*” (2021, p. 9); ya que con anterioridad las servidoras públicas y sus hijos ejercían su derecho a la lactancia con un permiso de dos horas por un año, mientras que las empleadas – obreras lo hacían por un tiempo aproximado de 9 meses.

Conclusiones

- El derecho laboral ecuatoriano ha tenido una importante jurisprudencia a lo largo del tiempo, pero debido principalmente al régimen laboral, aún existen contradicciones y limitaciones en cuanto a garantías y beneficios para la mujer trabajadora durante el embarazo, lactancia y maternidad; estas diferencias contradicen los principios de la norma constitucional, la cual es no discriminatoria y no condena ninguna forma de discriminación.
- Corresponde al Estado, a través de sus órganos legislativos, asumir el compromiso de revertir las disposiciones normativas que vulneran los derechos de las mujeres; la protección y promoción de los derechos reproductivos y laborales de las mujeres son deberes fundamentales en la construcción de una sociedad justa, igualitaria y respetuosa de la diversidad y el género, solo a través de acciones concretas y decididas podremos avanzar hacia un futuro en el que todas las mujeres gocen de sus derechos plenamente y sin discriminación, independientemente de la normativa laboral a la que pertenezcan.

Referencias Bibliográficas

Bermeo, C. & Santamaria, J. (2022) El despido intempestivo y su carga probatoria Polo del Conocimiento, Vol 7, No 1, Edición núm. 66, pp. 733-748 <http://polodelconocimiento.com/ojs/index.php/es>

Boza Pró, G. (2014). Surgimiento, evolución y consolidación del derecho del trabajo. THÈMIS-Revista de Derecho 65. [Archivo PDF] <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5078193.pdf>

C100 - Convenio sobre igualdad de remuneración. (1951). Ginebra, 34ª reunión CIT de 29 de junio de 1951.

Código de Trabajo. 2005. Registro Oficial Suplemento 167 de 16 de diciembre de 2005. (Ecuador).

Constitución de la República del Ecuador. 2018. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008 / Última modificación 1 de agosto de 2018. (Ecuador).

Convención Interamericana sobre Derechos Humanos. (1977). Decreto Supremo No.

- 1883, publicado en Registro Oficial 452 de 27 de octubre de 1977.
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencias: No. 3-19-JP/20 y acumulados, No. 36-19-IN/21, No. 593-15-EP/21.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Caso Lagos Del Campo Vs. Perú. Sentencia de 31 de agosto de 2017.
- Corte Nacional de Justicia. Resolución No. 06-2016 Aprobación de precedente jurisprudencial obligatorio garantías laborales a la mujer gestante (Suplemento del Registro Oficial No. 873, de 31 de octubre del 2016). <https://n9.cl/zeu98>
- Donoso, E., Carvajal, J., Vera, C., & Poblete, J. (2014) La edad de la mujer como factor de riesgo de mortalidad materna, fetal, neonatal e infantil. *Revista médica de Chile*, 142(2), 168-174. <https://dx.doi.org/10.4067/S0034-98872014000200004>
- Echeandia, D. (1997). *Teoría General del Proceso*. Editorial Universidad.
- García, D. (2008) El tráfico de esclavos y la esclavitud a la base del surgimiento y desarrollo del sistema capitalista. *Anaquel de Estudios Árabes*, vol. 19 pp. 53-65. [Archivo PDF] <https://revistas.ucm.es/index.php/ANQE/article/download/ANQE0808110053A/3559>
- Latham, M. (2002) *Nutrición humana en el mundo en desarrollo*. Colección FAO: Alimentación y nutrición N° 29. <https://www.fao.org/3/w0073s/w0073s0b.htm>
- Ley de fomento, apoyo y protección a la lactancia materna. 1995. Registro Oficial No. 814 de 1 de noviembre de 1995. (Ecuador).
- Ley Orgánica de Empresas Públicas. 2009. Registro Oficial Suplemento N.º 48 de 16 de octubre de 2009. (Ecuador).
- Ley Orgánica del Servicio Público. 2010. Registro Oficial Suplemento N.º 294 de 6 de octubre de 2010. (Ecuador).
- Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar. 2015. Registro Oficial No. 483 del 20 de abril de 2015. (Ecuador).
- Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Servicio Público y al Código del

Trabajo para Prevenir el Acoso Laboral. 2017. Registro Oficial Suplemento N.º 116 de 9 de noviembre de 2017. (Ecuador).

Marcone, Julieta. (2005). Hobbes: entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo. *Andamios*, 1(2), 123-148. Recuperado en 13 de octubre de 2022, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-00632005000300006&lng=es&tlng=es.

Medina Aguerrebere, Pablo. (2009). La batalla contra el estrés en el trabajador español: implicaciones para el empleado y la organización. *Revista Gerencia y Políticas de Salud*, vol. 8, núm. 17, junio-diciembre, pp. 30-42.

Ministerio de Finanzas (2016). Subsidios de enfermedad. [Archivo PDF] <https://n9.cl/ao1sq>

Naciones Unidas, 217 (III) A, (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. Paris. [Archivo PDF] <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>

Ricardo, E. & Ferrari, J. (2012). La importancia del trabajo para la vida humana y el flagelo de la desocupación. VII Jornadas de Sociología de la UNLP. Departamento de Sociología de la Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación, La Plata. [Archivo PDF] <https://www.academica.org/000-097/366>

Scott, J. (2009) La mujer trabajadora en el siglo XIX. [Archivo PDF] https://www.fhuc.unl.edu.ar/olymphistoria/paginas/manual_2009/docentes/modulo1/texto3.pdf.

Universidad Nacional Autónoma de México. (2000) Derechos de las mujeres trabajadoras. [Archivo PDF] <https://goo.gl/RypmrM>