

02

EL DESPIDO INEFICAZ
DE MUJERES EN ECUADOR. ENFOQUE LEGAL,
CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL

EL DESPIDO INEFICAZ

DE MUJERES EN ECUADOR. ENFOQUE LEGAL, CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL

THE INEFFECTIVE FIRING OF WOMEN IN ECUADOR. LEGAL, CONSTITUTIONAL AND CONVENTIONAL APPROACH

Libertad Machado-López¹

E-mail: lmachado@umet.edu.ec

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6448-5321>

Mariuxi Paola Cedeño-Floril¹

E-mail: mcedeno@umet.edu.ec

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2005-7680>

Daniela Fabiola Jiménez-Daul¹

E-mail: jimenezdaniela1909@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5767-9884>

¹ Universidad Metropolitana. Ecuador.

Cita sugerida (APA, séptima edición)

Machado-López, L., Cedeño-Floril, M., & Jiménez-Daul, D. F. (2023). El despido ineficaz de mujeres en Ecuador. Enfoque legal, constitucional y convencional. *Revista Metropolitana de Ciencias Aplicadas*, 6(1), 14-24.

RESUMEN

En Ecuador actualmente persisten una serie de discriminaciones y limitaciones de los derechos de las mujeres embarazadas, en periodo de maternidad y lactancia; pues el criterio del pensamiento mercantilista se ha impuesto sobre el social, considerando la maternidad como un obstáculo y no como un aporte social. El Despido Ineficaz, por su corta vigencia en la legislación ecuatoriana, no ha sido objeto de un amplio estudio para determinar la efectividad de aplicación de esta institución. Sin embargo, al referirnos a las mujeres embarazadas o mujeres en estado de gestación, existe contraposición directa de la institución jurídica del despido ineficaz que ampara su estabilidad laboral, frente a la potestad del empleador para dar por terminada la relación laboral. La presente investigación tiene como objetivo identificar los fundamentos jurídicos constitucionales, legales y convencionales del despido ineficaz de las mujeres embarazadas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano mediante la revisión de la doctrina, la jurisprudencia y las leyes. Para la realización de este trabajo los investigadores acogimos el enfoque: crítico propositivo de carácter cuantitativo-cualitativo, a fin de mostrar que el embarazo no puede constituir un obstáculo para el acceso al trabajo ni menos una justificación para la terminación del mismo.

Palabras clave:

Despido ineficaz, mujer, enfoque legal, constitucional, convencional.

ABSTRACT

In Ecuador, a series of discriminations and limitations on the rights of pregnant, maternity and breastfeeding women persist; because the criterion of mercantilist thought has been imposed on the social one, considering motherhood as an obstacle and not as a social contribution. The Ineffective Dismissal, due to its short validity in Ecuadorian legislation, has not been the subject of an extensive study to determine the effectiveness of application of this institution. However, when referring to pregnant women or pregnant women, there is a direct opposition of the legal institution of ineffective dismissal that protects their job stability, against the power of the employer to terminate the employment relationship. This research aims to identify the constitutional, legal and conventional legal bases of the ineffective dismissal of pregnant women in the Ecuadorian legal system by reviewing doctrine, jurisprudence and laws. To carry out this work, the researchers accepted the approach: critical propositional of a quantitative-qualitative nature, in order to show that pregnancy cannot constitute an obstacle to access to work, much less a justification for its termination.

Keywords:

Ineffective dismissal, women, legal, constitutional, conventional approach.

INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia, la mujer ha sido expuesta a una serie de discriminaciones dentro del ámbito laboral, siendo una de las más relevantes, la discriminación realizada por motivos de embarazo, maternidad y lactancia; discriminaciones que se encuentran prohibidas por la Constitución de la República del Ecuador, los Instrumentos Internacionales de derechos humanos y la legislación laboral vigente. Sin embargo, en la actualidad todavía persisten una serie de discriminaciones y limitaciones de los derechos de las mujeres embarazadas y en periodo de maternidad y lactancia dentro de la sociedad ecuatoriana; ya que el criterio del pensamiento mercantilista se ha impuesto sobre el social, razón por la cual se ve a la maternidad como un obstáculo y no como un aporte social.

En Ecuador, con la entrada en vigencia de la Constitución de la República en el año 2008, hemos sido testigos de un gran cambio, dando mayor relevancia el aspecto social, preponderando el respeto por la dignidad y libertad de todos los ciudadanos, pueblos y colectividades. En el ámbito laboral se ha evidenciado ciertas reformas tendientes a garantizar el cumplimiento de los derechos laborales determinados en el cuerpo constitucional, siempre tomando como referencia que los derechos laborales son irrenunciables e intangibles, así lo expresa el Artículo 326, numeral 2 de la referida carta magna.

En este sentido, en nuestro país, nace una figura jurídica, conocida como el Despido Ineficaz, es un tema que, por su corta vigencia en la legislación ecuatoriana, no ha sido objeto de un amplio estudio para determinar así la efectividad de esta institución al momento de ser aplicada.

Sin embargo, al referirnos a las mujeres embarazadas o mujeres en estado de gestación, existe contraposición directa de la institución jurídica del despido ineficaz que ampara su estabilidad laboral frente a la potestad del empleador para dar por terminada la relación laboral. En efecto, resulta imperioso analizar jurídicamente el presente tema de investigación, a fin de determinar sus beneficios y falencias, lo que servirá para, en un futuro, plantear nuevas reformas o estudios sobre el tema, que garanticen el efectivo cumplimiento del derecho de estabilidad, el cual se relaciona directamente con el principio de inamovilidad laboral.

El objetivo está dirigido a identificar los fundamentos jurídicos constitucionales, legales y convencionales del despido ineficaz de las mujeres embarazadas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, mediante la revisión de la doctrina, la jurisprudencia y las leyes. En efecto, en Ecuador, con la entrada en vigencia de la Constitución de la República en el año 2008, hemos sido testigos de un gran cambio, dando mayor relevancia el aspecto social, preponderando el respeto por la dignidad y libertad de todos los ciudadanos, pueblos y colectividades. En

el ámbito laboral se ha evidenciado ciertas reformas tendientes a garantizar el cumplimiento de los derechos laborales determinados en el cuerpo constitucional, siempre tomando como referencia que los derechos laborales son irrenunciables e intangibles, así lo expresa el Artículo 326, numeral 2 de la referida carta magna (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008).

METODOLOGÍA

Para la realización de este trabajo los investigadores acogimos el enfoque: crítico propositivo de carácter cualitativo. Cuantitativo porque se recabó información a través de páginas oficiales, que fue sometido a análisis estadísticos. Cualitativo porque estos resultados estadísticos pasaron a la criticidad con soporte del Marco Teórico. De Análisis teórico-Jurídico en tanto el trabajo investigativo, nos llevó a una revisión documental y bibliográfica de libros, textos, módulos, periódicos, revistas, internet, así como de documentos válidos y confiables a manera de información, y otras publicaciones que tratan doctrinalmente el tema de los derechos de las mujeres en estado de gestación y lactancia De análisis exegético jurídico, a partir del estudio del Código de Trabajo como normativa reguladora de la institución de despido ineficaz, a fin de lograr su interpretación desde la posición legislativa, la finalidad social pretendida y las posibles vulneraciones de determinados derechos fundamentales recogidos en la Constitución de la República del Ecuador.

Históricamente, la mujer ha sufrido una discriminación en distintos ámbitos, siendo uno de los principales espacios el de trabajo, ya que la mujer ha tenido que luchar durante siglos para que sus derechos laborales sean reconocidos, siendo apenas después de la Segunda Guerra Mundial, cuando las mujeres se han incorporado paulatinamente en el campo laboral remunerado, pues con anterioridad a este evento, se encontraban relevadas a las actividades domésticas no remuneradas.

DESARROLLO

Las mujeres se integran al mercado laboral respondiendo a las representaciones de género que dominan en la sociedad. En el caso ecuatoriano, esta integración se hace bajo el prisma de la cultura católica, siguiendo los preceptos de la religión predominante en el país y que contribuye a dictar de diversas formas los roles que deben tener las mujeres, así como también los hombres (Andres, 2015).

Como bien explica la autora, la mujer se introduce en el campo laboral, afrontando los estereotipos contraídos desde la división sexual del trabajo, siendo ésta un primer tipo de discriminación que aún se mantiene hasta en la actualidad en todo el mundo, y aunque han existido considerables avances en el reconocimiento de la igualdad de derechos entre hombres y mujeres en el campo laboral, existen todavía barreras difíciles de superar, ya

que se construyen desde la sociedad, la cultura y en algunos casos, del propio Estado y el derecho, que fomentan y permiten distintas formas de discriminación hacia las mujeres.

Así, los autores Jiménez & Fernández (2003), consideran que actualmente existen dos tipos de discriminaciones que son:

1. La discriminación horizontal, donde las reclusiones femeninas en el ámbito privado, basadas en la construcción de roles y estereotipos sociales, estructuran la división sexual del trabajo. (De esta forma se asignan por sexo labores tradicionales: por ejemplo, docencia, enfermería, trabajo doméstico a las mujeres; mecánica, medicina, ingeniería a los hombres).
2. La discriminación vertical, que coloca a las mujeres en posiciones de subordinación y sumisión con respecto a los hombres, y desvaloriza las responsabilidades que se les asignan.

Como bien explican los autores antes mencionados, existe una discriminación laboral hacia la mujer de carácter horizontal que cuestiona su capacidad para poder ejercer las mismas actividades que tradicionalmente han sido desempeñadas por hombres, y también una vertical que desvaloriza la capacidad que tiene la mujer por asumir las mismas responsabilidades que los hombres, obligándole a desempeñar trabajos menores, en subordinación.

Pero estos no son los únicos problemas que enfrenta la mujer en las relaciones laborales en la actualidad, existen otras formas de vulneración de sus derechos, surgidas a partir de las políticas económicas neoliberales de la década de los 90, que trajeron un problema adicional a las mujeres en el mercado laboral, a la luz de estas políticas precarizadoras del empleo, el problema es precisamente que fueran o quisieran ser madres; es decir, que la maternidad, en el contexto de la flexibilización laboral, pasa a ser una fuente de desventaja para las mujeres.

Bajo este contexto, se desestimula la contratación de mujeres bajo el supuesto mayor costo laboral, no se provee de servicios reproductivos; y, en los casos de precariedad absoluta, la trabajadora es penalizada precisamente si "transgrede" la norma y decide tener un hijo/a. Así, la maternidad pasa de ser una función social, protegida por el Estado de Bienestar, a una cuestión individual que, agravada por el retiro de los servicios sociales estatales en la mayor parte de los países latinoamericanos, vuelve compleja la situación de las mujeres trabajadoras (Pautassi et al., 2016).

Como explican las autoras, a partir de esta década, se empieza a visualizar la maternidad como un problema para el desempeño de las relaciones laborales, constituyéndose en una nueva desventaja y fuente de discriminación laboral para las mujeres, por lo cual se produce en el empleador una falta de estímulo para su contratación, principalmente en los países latinoamericanos, incluido el

Ecuador, donde a nivel social y jurídico, persiste un alto grado de discriminación que se plasma en la conducta abusiva y selectiva de los empleadores por apartar a la mujer del campo laboral; y en la falta de aplicación de mecanismos efectivos que permitan regular estos aspectos, brindado una tutela efectiva de los derechos laborales de las mujeres que permitan una igualdad jurídica formal y material.

Según la doctrina de Fernández (2001), determina los siguientes principios del derecho laboral:

- **El Principio Protector:** procurará nivelar las desigualdades existentes por las relaciones de poder que se presentan en la relación laboral. Algunos juristas lo denominan principio de disparidad social o correctivo de desigualdad social. Este principio también puede ser aplicado entre trabajadores y trabajadoras, dadas las desigualdades sociales de la construcción de la identidad de género, la cual le otorga más poder al hombre respecto a la mujer.
- **Principio de Irrenunciabilidad de Derechos:** Como principio único, exclusivo y propio del Derecho Laboral, la irrenunciabilidad de derechos se establece como la imposibilidad de privarse, aún por voluntad de parte, de los derechos concedidos por la legislación laboral.
- **Principio In Dubio pro Operario:** En caso de duda en la interpretación de una norma, el/la juez/a debe inclinarse por aquella interpretación o valoración que sea más favorable para la parte trabajadora. En el caso de las mujeres el operador jurídico deberá partir para la aplicación de este principio de las normas específicas que tutelan los derechos de las mujeres con una perspectiva de género.
- **Principio de Continuidad:** La vinculación jurídica de la o el trabajador con su empleador no es pasajera, ni fugaz y por el transcurso del tiempo más bien está sujeta a cambios, algunos explícitos y otros implícitos. Según este principio, es la regla cuya idea es que las partes se han involucrado en una relación de larga duración, de la cual se hacen depender sus derechos económicos y se busca la estabilidad en el empleo.

Esto significa que si a una trabajadora se le traslada de labores por su condición (por ejemplo el embarazo), esta modificación del contrato no podrá perjudicarla salarialmente y ella tendrá derecho, una vez pasado el período de embarazo, de regresar a las condiciones que más la beneficien.

- **Principio de la Condición más Beneficiosa:** Este principio de protección a la parte trabajadora está muy ligado con el bien común, o sea el que beneficie a la diversidad de seres humanos. Por ello se debe romper con la perspectiva androcéntrica e incluir los intereses de todos los seres humanos.

En el caso de las mujeres, la conquista de las guarderías infantiles viene a crear una condición más beneficiosa, por lo cual, aunque tenga un efecto discriminatorio,

debido a que los supuestos altos costos del servicio afectan la contratación de mujeres, no debe eliminarse, sino crear medidas compensatorias para eliminar el efecto discriminante. Entre ellas podría ser interesante para el empleador, incentivos fiscales por el gasto que representa la guardería, etc.

Según Osterling Parodi (2010), determina los siguientes principios del derecho contractual:

- **Principio de la Autonomía de la Voluntad.**

Este principio configura el acto creador de la relación jurídica, siendo para ello necesario que se realice en plena libertad. La voluntad así expresada es la que finalmente busca obligarse frente a otro sujeto y generar, en esta forma, los elementos del contrato. La aplicación de este principio y su importancia reside en que la manifestación de voluntad se realice en libertad. Ello supone que los sujetos que se obligan tienen plena autodeterminación individual del acto, el mismo que generará una relación obligacional que afectará su esfera de interés y su patrimonio.

Para entender cabalmente el significado de la libertad en este principio, Alpa (2018), ha señalado que “la libertad contractual constituye una fórmula que debe ser decodificada, porque si es entendida genéricamente podría hacer creer que las partes pueden celebrar cualquier contrato, sin ningún obstáculo ni límite”. Aquí el autor reconoce un primer límite al principio de la libertad contractual, en notoria consecuencia con la tradición italiana, al plantearnos una primera mirada hacia la causa del Negocio Jurídico, en donde el límite de la voluntad en la conformación del negocio estará puesta en la legitimidad de su causa.

En este sentido, los elementos a los que antes aludimos se ponen nuevamente de manifiesto, teniendo en primer lugar a la libertad como elemento esencial del principio (autodeterminación), luego la intención de los sujetos de obligarse (voluntad interna) y finalmente la libertad contractual en donde se expresa la voluntad interna (voluntad de configuración externa, como lo entiende (De la Puente, 2016), consiguiendo finalmente un contrato.

- **Principio de Obligatoriedad (fuerza vinculante)**

Al habernos referido al interés que persiguen las partes al generar una relación jurídica, también aludimos a la legítima expectativa que tiene cada una de ellas de obtener una conducta idónea de su contraparte, la misma que determina que el apartamiento de la relación solo pueda producirse por determinadas razones que son ajenas a la intención originaria de vincularse.

Esta expectativa se traduce en la aplicación del principio de obligatoriedad del contrato, principio que ordena que el acto celebrado entre las partes revierta singular importancia, pues al haberse constituido una relación jurídica

se origina una deuda de justicia entre las partes que conlleva los efectos que precisamente las vinculan.

- **Principio de la Relatividad del Contrato (eficacia del contrato).**

Es común pensar que efectivamente existen situaciones en que los sujetos se obligan a favor de un tercero, como ocurre en el contrato de seguro donde el beneficiario puede ser un tercero ajeno a la relación jurídica entre la entidad prestadora del servicio y el asegurado.

Roppo (2017), señala, por eso, que “el principio de relatividad no significa que el tercero sea inmune a cualquier consecuencia fáctica que derive del contrato inter alias. Es muy posible que un contrato tenga, de hecho, consecuencias también muy relevantes para Lo expresado se observa claramente en ciertas obligaciones de “no hacer”, en las que se aprecia con claridad el principio de relatividad de los contratos. Por ejemplo, en un contrato de suministro con exclusividad o en un contrato de distribución con la misma obligación de no hacer o de no contratar con terceros ajenos al mismo”.

- **Principio de Eficiencia.**

En el ámbito contractual la valoración de las prestaciones trasciende lo que usualmente se conoce como el concepto económico de eficiencia, esto es “el mayor resultado con la menor cantidad de recursos utilizados”. Desde esta óptica el efecto perseguido por una de las partes será que se le entregue determinado bien o que se cumpla determinada prestación, para lo cual está dispuesta a sacrificar una parte de su patrimonio (onerosidad), y la otra parte está dispuesta a sacrificar una parte del suyo (prestaciones recíprocas), pues desea lo ofrecido por la otra parte.

Carlos Soto Coaguila, al referirse al principio de eficiencia, expresa que en relación con la realidad jurídica él supone un sistema de asignación de recursos que garantiza su apropiación, en donde “este sistema, que reconoce y garantiza esta asignación de recursos, no es otro que el derecho contractual”. (Soto Coaguila, 2018)

Así, el derecho de los contratos es el medio que permite el intercambio de derechos y obligaciones, y garantiza la seguridad de dichos intercambios; por consiguiente, es necesario un sistema de exigibilidad eficiente que no debe tener costos de transacción elevados, porque ello ocasionaría que el contrato no se celebre o, aún celebrado, sea ineficiente.

Se considera embarazo, de una mujer en proceso de gestación de un hijo que va desde la implantación en el útero del ovulo fecundado hasta el parto. En la especie humana el embarazo dura aproximadamente nueve meses (ADAM Health Solutions, 2022).

Para objeto de estudio, se definió a lo que llamaremos mujer embarazada como una de las partes a la cual el Despido Ineficaz es aplicable, antes de la reforma el

Código de Trabajo en el Artículo 154 inciso tercero determinaba una protección para la mujer embarazada mientras dure tal estado, por lo que los empleadores al no poder despedirla durante su estado de gestación esperaban a que se produzca el parto para dar por terminada la relación de trabajo y a su vez indemnizarla como corresponde.

Posterior a la reforma en la Ley para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo no Remunerado en el Hogar, plantea la prohibición del despido y la declaratoria de ineficaz enfocada para trabajadoras embarazadas de ser el caso cuando el empleador que despidiere a la mujer embarazada le deberá pagar una indemnización equivalente a un año de remuneración, sin perjuicio de los demás derechos que le asisten (Jaramillo Quezada & Puertas Bravo, 2017).

Puesto que, el bienestar infantil y la protección de la maternidad son preocupaciones principales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) desde su creación en 1919. En la actualidad, prácticamente todos los países han promulgado leyes sobre protección de la maternidad en el trabajo; la OIT cuenta con datos recientes sobre 185 países y territorios, de los que se infiere que el 34 por ciento de ellos cumple plenamente con los requisitos del Convenio sobre protección de la maternidad, 2000 (núm. 183), y de la Recomendación que lo acompaña, 2000 (núm. 191) en tres aspectos clave: conceden al menos 14 semanas de licencia, el monto de las correspondientes prestaciones no es inferior a dos tercios de las ganancias anteriores de la mujer, y se financian mediante un seguro social o con cargo a fondos públicos.

Por otro lado, la amplia mayoría de las trabajadoras del mundo alrededor de 830 millones carece de suficiente protección de la maternidad. Casi el 80 por ciento son de África y Asia. La discriminación contra la mujer por razones de maternidad es un problema omnipresente en todo el mundo. Incluso cuando la legislación existe, la aplicación efectiva de esas leyes continúa siendo un problema.

Las normas internacionales de la OIT sobre protección de la maternidad prevén la protección del empleo de la mujer durante la maternidad, la licencia de maternidad y un periodo posterior a la reincorporación al trabajo, así como medidas para lograr que la maternidad no sea causal de discriminación en el empleo. El Convenio núm. 183 señala que también puede haber discriminación en la contratación, y que ello perjudica a las mujeres que buscan empleo.

Resulta muy difícil determinar el alcance de los despidos y de la discriminación en el empleo por razón de la maternidad, y los estudios en la materia son limitados. Sin embargo, la información procedente de causas judiciales, órganos encargados de velar por la igualdad de oportunidades, sindicatos y otras fuentes indica que la discriminación es un problema constante en todo el mundo.

Por ejemplo, un examen por países de la Unión Europea, reveló un nivel apreciable de discriminación por razón de maternidad en todos sus Estados Miembros, precisamente en una región en la que los países cuentan con legislación adecuada contra la discriminación. En España, Lituania y Rumania se ha dado cuenta de tácticas de presión a trabajadoras embarazadas y madres recientes, como el acoso, para inducirles a renunciar. En Croacia, Grecia, Italia y Portugal se ha denunciado el uso de «renuncias en blanco», una carta de renuncia sin fecha, que las trabajadoras se ven forzadas a firmar al momento de la contratación, y que se utiliza para dejarlas sin trabajo en caso de embarazo, enfermedad de larga duración o responsabilidades familiares, según se indica, algunas de estas tácticas se han intensificado desde que comenzó la crisis económica mundial (Fundación Marina, 2010).

El Despido Ineficaz es una nueva figura en la legislación laboral ecuatoriana que se contempla no como rígida sino por el contrario se presenta de acuerdo a la realidad y con características propias relacionada con el despido intempestivo de las personas trabajadoras en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad, así como de los dirigentes sindicales en cumplimiento de sus funciones hasta la finalización de su periodo para el que fueron escogidos (Pulla, 2016).

Consecuentemente, la doctrina y las legislaciones de varios países se refieren al despido ineficaz a aquel que siendo declarada por la autoridad competente, le otorga al trabajador el derecho a reintegrarse a su lugar de trabajo (readmisión) y recibir el pago de los salarios caídos que son aquellos que no percibió durante el tiempo en el que se encontraba impedido de realizar su actividad laboral a favor del empleador sin cumplir con el trámite administrativo que determina el despido (Toris, 2015).

Según Toris (2015), una debida indagación por parte de la autora se determinan las siguientes características para la figura del Despido Ineficaz:

- 1. Protector:** La legislación ecuatoriana determina que se protegen a grupos vulnerables tales como a mujeres embarazadas, asociadas por su estado de gestación o maternidad y dirigentes sindicales.
- 2. La carga probatoria es por parte del actor/a:** La Trabajadora que se ve afectada tiene la carga de demostrar y probar su condición de gestación en caso de serlo o a su vez del dirigente sindical que se encontraba en cumplimiento de sus funciones.
- 3. Procedimiento abreviado:** La normativa recientemente aprobada determina un procedimiento abreviado para esta declaratoria, ante el Juez de Trabajo. La trabajadora deberá interponer la demanda dentro de los treinta días posteriores al despido.
- 4. Carácter reintegrador del trabajador/a:** El Juez podrá ordenar el reintegro de la trabajadora mientras resuelve sobre la ineficacia del despido; durante el procedimiento se deberá aportar pruebas para

determinar si cabe o no la declaratoria de ineficacia de la terminación unilateral de la relación laboral.

El despido ineficaz en la Constitución de la República del Ecuador y otros instrumentos internacionales de derechos humanos.

Como bien se conoce, la Constitución de la República, abarca o recoge los derechos fundamentales de las personas, los reconoce y su deber es garantizar el cumplimiento y aplicación de cada uno de ellos, así pues, entre este vasto grupo de derechos y principios constitucionales, encontramos uno de los más conocidos, el derecho al trabajo, considerado como un derecho fundamental e irrenunciable de todas las personas.

A propósito de ello el artículo 33 de la indicada carta magna determina que el trabajo es un derecho y un deber social y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. De la misma manera, el artículo 326 de la Constitución de la República, expresa:

“Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario”.

Por otro lado el Art. 35 de la Carta Magna expresa: “Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad”. (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 2008)

A su vez, el artículo 331 de la Constitución de la República, determina que es deber del Estado el garantizar a las mujeres la igualdad en el acceso al empleo, a la formación y promoción laboral, profesional y a la remuneración equitativa, es decir que, a través de la presente norma la mujer da un salto cuantitativo en cuanto al reconocimiento de sus derechos, especialmente en el ámbito laboral, campo en el que históricamente ha tenido un papel secundario, es por ello que, el estado Ecuatoriano consciente de la necesidad de vivir en una sociedad equitativa e inclusiva, y que aquellos derechos fundamentales y demás garantías no queden en meros enunciados, a través del cuerpo constitucional ha dado la pauta para la aplicación y reconocimiento material y efectivo de dichos derechos.

Ahora bien, más adelante el artículo 332 del cuerpo constitucional indica que el Estado se encargará de garantizar el respeto a los derechos reproductivos de los trabajadores, esto evidentemente plantea la imposibilidad de limitar el acceso al empleo a mujeres por su estado de embarazo, maternidad o por el número de hijos que éstas tengan, ya que el hecho de que esto ocurriera significaría

concretamente vulneración de derechos, en este punto, se evidencia el accionar de un principio tan trascendental como es el de estabilidad laboral, que más adelante, se analizará con más detenimiento. En la parte final del referido artículo se expresa que se prohíbe el despido de la mujer trabajadora asociado a su condición de gestación y maternidad, ya que como se ha manifestado, desde el momento en que el Estado introduce en la vida de la sociedad, a través de las leyes, este nuevo principio o derecho constitucional de estabilidad laboral para las mujeres en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación, ninguna norma o ley secundaria podrá ir en contra de esta determinación, por consiguiente, cualquier acción o medida, que el empleador tome en contra de una trabajadora que se encuentre en estas condiciones, será nula, ilegal y deberá asumir las sanciones que más adelante se verificarán con detenimiento.

No obstante, de lo manifestado, es menester retroceder un poco en la historia para recordar que, detrás de este gran cúmulo de derechos y garantías en favor de los trabajadores que hoy en día existen, hubo un extenso y tortuoso proceso de lucha por la reivindicación del grupo obrero, de esta manera los trabajadores lograron conquistar ciertos beneficios y ante todo se hizo eco del respeto y aplicación de sus derechos, derechos que el estado como tal está en la obligación de garantizar.

Partiendo de esta premisa, en primer orden nos remitiremos a la Declaración Universal de Derechos Humanos, instrumento internacional del cual nuestro país es suscriptor, y que en su artículo 23, expresa: “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”.

El indicado instrumento declarativo de derechos humanos, fue adoptado y proclamado inicialmente en 1948, y claramente indica que todas las personas tienen el derecho fundamental al trabajo, pero además expresa que tienen derecho a la protección contra el desempleo, por lo que ya en aquel tiempo, ésta instaba a los estados adeptos a tomar las medidas legales, políticas y sociales necesarias para proteger al trabajador y dotarle de cierto grado de estabilidad laboral para contrarrestar entre otros problemas, el desempleo.

Así mismo, el artículo 25 de la ya indicada Declaración Universal de los Derechos Humanos, expresa en su numeral 2 lo siguiente: “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales”; es decir, que a través de esta norma, los estados suscriptores de la presente declaración tienen por obligación adoptar medidas internas en cada una de sus legislaciones, encaminadas a proteger y precautelar los derechos inherentes de las mujeres por su situación de maternidad y por ende a los niños, considerando que son un grupo altamente vulnerable en la vida de las sociedades, ya que para nadie está oculto el hecho de que históricamente las mujeres

han sido apartadas o relegadas a un segundo plano en el ámbito laboral, más aún si se encontraran en estado de embarazo o situaciones afines como la maternidad.

Por último, el artículo 28 de la mencionada Declaración Universal de Derechos Humanos, expresa:

“Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta declaración se hagan plenamente efectivos”.

De este modo, como ya se ha indicado en líneas anteriores, es deber primordial y fundamental de cada estado el impulsar y aplicar medidas políticas, sociales y legales, de ser el caso, a efectos de cumplir con este anhelo de igualdad entre los seres humanos, es así que hoy en día en el caso interno del Ecuador, se ha podido evidenciar algunas modificaciones en cuanto a normativa legal, que han permitido de alguna manera, proteger aún más a los grupos vulnerables en el ámbito laboral, prueba de ello encontramos en la Ley Orgánica para la Justicia Laboral, entrada en vigencia en el año 2015, en la que, entre otros significativos avances, se introduce dentro de la normativa legal, la figura jurídica del despido ineficaz, con la cual, el legislador intenta blindar a la mujer en estado de embarazo y a los dirigentes sindicales, de posibles acciones arbitrarias de despido, dotándoles así de estabilidad laboral.

En la Constitución de la República del Ecuador y en el Código del Trabajo, respecto de la protección a la mujer embarazada, se conceden garantías de estabilidad por su estado de gravidez, previniendo que en caso de despido intempestivo, el empleador será sancionado con la indemnización prevista en el artículo 154 del Código del Trabajo.

Luego del análisis de la doctrina, las normativas y jurisprudencia se determina como resultados, que en el ámbito laboral, los derechos de igualdad y no discriminación de la mujer toman aún más valor, pues la desigualdad ya no solo se basa en razones de sexo o género, sino que además la desigual relación entre obrero y empleador. 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.

En este sentido, 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 condición 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 la mujer mediante la diferenciación construida e infra valorada

(diferenciación 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 actos discriminatorios.

Bajo este contexto, el embarazo no puede constituir un obstáculo para el acceso al trabajo ni menos una justificación para terminación del mismo; la discriminación por sexo se puede basar en la diferencia de trato que se da a la mujer por razones biológicas, como la negativa a contratar mujeres porque pueden quedar embarazadas, o en supuestos estereotípicos como orientar a la mujer hacia empleos de bajo nivel porque se considera que la mujer no está dispuesta a consagrarse a su trabajo como se consagraría un hombre.

En efecto, el mayor enemigo de la estabilidad laboral es la flexibilización laboral cuyo principal instrumento de materialización es la figura del despido, en base a causales débiles o favorables al empleador, quien utiliza esta institución a su servicio. Para dar cierta seguridad al trabajador la Organización Internacional del Trabajo (2014), establece condiciones de estabilidad del trabajo, mediante el condicionamiento del despido, al respecto señala que no se podrá dar por terminada la relación laboral a menos que exista una causa justificada relacionada como la capacidad, conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa. En particular no serán causales justificadas la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo o la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad.

Ahora bien, en cuanto a los derechos de las madres trabajadoras en periodo de maternidad y lactancia, el convenio 158 de la OIT protege al trabajador del despido improcedente, esta garantía se torna aún más relevante en el caso de la mujer embarazada, pues de los ingresos de su trabajo dependerá entre otras cuestiones, los derechos a la salud del que está por nacer o acaba de nacer (Organización Internacional del Trabajo, 2014). En tal sentido, considerando la necesidad de proteger la salud de la madre y del hijo, la licencia de maternidad comprenderá al menos un período de seis semanas de licencia luego del parto. Durante este periodo el empleador no puede despedir a la mujer embarazada, dicha prohibición se extiende incluso a un plazo razonable posterior al reintegro de la trabajadora a su función.

En resumen, este derecho está conformado por:

- El derecho de la trabajadora a reintegrarse a las mismas funciones que desempeñaba antes del parto, salvo que existiesen razones objetivas como problemas de salud derivados del parto, para cambiar a la trabajadora de sus funciones, aunque en todo caso debe mantenerse la remuneración pactada.

- El derecho de estabilidad protege a la trabajadora antes y después al embarazo.
- El derecho al reintegro en caso de despido injustificado.
- El derecho a un alivio probatorio, que en caso de despido de la trabajadora embarazada le obliga al empleador demostrar que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia.

Producto de la vulneración de la estabilidad laboral, se configuraba una suerte de compensación llamada indemnización, este derecho de naturaleza eminentemente civil, establecido en el artículo 10 del convenio 158 de la OIT, es un reconocimiento monetario por los perjuicios causados al trabajador al separarlo de su principal fuente de ingresos de manera arbitraria, sin embargo, ha sido la válvula de escape de muchos empleadores para deshacerse de los trabajadores que ya no les resultan útiles. De esta manera se ha constituido como una herramienta de más utilidad al empleador que del trabajador. Por esto, es preciso al menos delimitar los presupuestos que configuran esta figura para desalentar su uso por parte del empleador.

Para el cálculo de la indemnización deben considerarse entre otras cosas, el tiempo de servicios y el monto del salario, además de los motivos prohibidos de discriminación, que en el caso de la mujer suele ser con demasiada frecuencia en razón del embarazo. De condenarse al empleador por despido improcedente en virtud de una razón prohibida de discriminación como el estado de embarazo, además de la indemnización común de despido, debe considerarse una sanción especial por el despido de una mujer en razón de su condición de madre, pues resulta abiertamente más grave que el despido de un trabajador común, pues no solo se ve desprovista injustificadamente de los medios para su propia subsistencia sino, que de los del niño que está por nacer generando una doble vulneración, de los derechos de la mujer y del niño que está por nacer.

Además de la sanción deben considerarse “remedios apropiados, como la indemnización, la reparación, la restitución, la rehabilitación, garantías de enmienda, declaraciones, excusas públicas, programas educativos y de prevención”. Es necesario destacar el carácter pre y post parto de la protección, pues muchas legislaciones suelen centrarse en la mujer embarazada, siendo que el objeto de la protección es la maternidad en sí misma, esto por la necesidad de proteger al niño no solo al nacer, sino además en sus primeros días cuando es más vulnerable.

En concordancia con la normativa ecuatoriana, las mujeres que se encuentran en la situación posterior al parto, hay que hacer relación con la ley orgánica justicia laboral y reconocimiento del trabajo en hogar (Ecuador. Asamblea Nacional, 2015), que reformo el Código del Trabajo, que tiene por objeto no solamente proteger a la mujer que se encuentra en estado de embarazo o gravidez, si no va

más allá, buscando una protección posparto. Es decir que entonces la figura del despido ineficaz protegería desde la concepción hasta que concluya el periodo de lactancia, con la finalidad de que la mujer embarazada y el niño o niña recién nacido, al ser un grupo de atención prioritaria, tengan tanto una igualdad formal como material con el resto de trabajadores ya que muchas veces estos grupos son vulnerados.

Los derechos otorgados por la mencionada ley permiten que el estado a través de sus mecanismos adopte medidas para que la mujer conserve su puesto de trabajo y con ello obtenga recursos y pueda cuidar del menor, ya que, si durante el período de embarazo o de lactancia fuese unilateralmente decisión del empleador despedirla, se quedaría sin poder sustentar los gastos que devengan el cuidado de un recién nacido.

Es por ello que el Ecuador en su carácter de Estado constitucional de derechos y justicia ha dispuesto normativas que provean las herramientas necesarias para este fin, estableciendo en el artículo 154 del Código del Trabajo, que, por razón de enfermedad o imposibilidad de laborar resultante del embarazo, el empleador no podrá dar por terminada dicha relación laboral, siempre que sea previa y debidamente probado por un médico.

Los artículos 152 y 155, hablan del permiso que debe ser otorgado por el empleador a las madres, cuando hayan dado a luz, constituyéndose en una licencia remunerada de maternidad que podría durar hasta 12 semanas y en caso de parto múltiple, dicho periodo se extendería por el plazo de 10 días más. Por otra parte respecto a la lactancia que debe recibir el recién nacido, la madre ya no trabajara las 8 horas de jornada normal, si no que se reducirá a 6 horas diarias por un periodo de 12 meses posteriores al parto, entonces vemos que dicha Ley en este orden esta direccionada a cumplir con el objetivo de proteger a la madre y sobre todo al ser recién nacido, ya que el mismo demanda cuidados especiales.

Por otro lado, en cuanto a la ejecución sobre el despido ineficaz de mujeres embarazadas o en estado de gestación, el Código de Trabajo en el Art. 195.2 inciso cuarto, indica que se convocará a audiencia al demandado en el plazo de cuarenta y ocho horas contados desde la citación, tiempo en el cual se vulnera el derecho a presentar nueva prueba, debido a que el Art. 151 inciso cuarto del COGEP, menciona que en el término de tres días de calificada la contestación se notificará con su contenido a la parte actora, quien en el término de diez días, podrá anunciar nueva prueba que se referirá a los hechos expuestos en la contestación, esto provoca que se de una vulneración hacia el principio de contradicción, produciéndose de manera fehaciente inseguridad jurídica en estos procesos laborales; es decir, si la audiencia es convocada en 48 horas mientras que para presentar las pruebas la ley otorga 3 días, existe una contradicción o a

su vez una laguna legal, debido a que ello contribuye a la falta de seguridad jurídica en las causas de esta materia.

El plazo de treinta días previsto en la norma para presentar la acción de despido ineficaz, resulta insuficiente para el reclamo del derecho indemnizatorio especial de un año de remuneración que antiguamente se sujetaba a los tiempos generales de prescripción de la acción laboral contemplada en el artículo 635 del Código del Trabajo, es decir, prescriben en tres años, contados desde la terminación de la relación laboral. En este contexto, si bien el tiempo para el reintegro al trabajo es adecuado y un derecho de carácter progresista y a la vanguardia de las legislaciones latinoamericanas, limita excesivamente la sanción económica prevista para este tipo de discriminación, que podría considerarse en una nueva re victimización.

Finalmente, la Corte Nacional de Justicia en su fallo de triple reiteración Resolución No. 06-2016, determinó “para que sean aplicables las garantías a la mujer en estado de gestación contempladas en el artículo 154 del Código del Trabajo, es necesario que se haya notificado previamente al empleador haciendo conocer esa condición, mediante el certificado otorgado por un profesional del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, y a falta de éste, por otro facultativo; salvo que el estado de embarazo de la demandante sea notorio; o que exista prueba fehaciente que demuestre que el empleador conocía por algún otro medio del estado de gestación de la trabajadora”. (Ecuador. Corte Nacional de Justicia, 2016)

Teniendo en cuenta los principios de interpretación constitucional, legal, y de los derechos humanos, se ha de entender que la intención de la normativa de la Constitución actual y de la Organización Internacional del Trabajo que protege a la mujer embarazada, así como la legislación nacional, busca entre otros aspectos proteger la maternidad y la estabilidad de la mujer embarazada y para los casos de transgresión, si el empleador decide dar por concluida la relación laboral de manera unilateral, conociendo que la trabajadora se halla en estado de gestación, conozca que deberá cancelar, además de las indemnizaciones previstas en los artículos 188 y 185 del Código de Trabajo, la señalada en el artículo 154 y en los contratos colectivos. Se concluye que los jueces, en su condición de garantes de los derechos establecidos en la Constitución y la ley, deben precautelar la protección de la madre gestante.

En dicho fallo de triple reiteración se resolvió, atender la solicitud de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia y por tanto aprobar el informe técnico, remitido por el señor Conjuez Nacional doctor Efraín Duque Ruiz y la Dirección de Procesamiento de Jurisprudencia.

Además se determinó declarar como precedente jurisprudencial obligatorio, el siguiente punto de derecho: “Para que sean aplicables las garantías a la mujer en estado

de gestación contempladas en el artículo 154 del Código del Trabajo; y, está resolución tendrá efectos generales y obligatorios, inclusive para la misma Corte Nacional de Justicia, sin perjuicio del cambio de criterio jurisprudencial en la forma y modo determinados por el segundo inciso del artículo 185 de la Constitución de la República del Ecuador” (Corte Nacional de Justicia, 2016).

La maternidad segura, la atención de salud de la madre, y la supervivencia del recién nacido forman parte esencial de la propia vida. También son fundamentales para el trabajo decente y la productividad de las mujeres, así como para la igualdad de género en el trabajo. Por lo tanto, la protección de la maternidad es un derecho laboral fundamental y ha quedado consagrado en tratados universales fundamentales de derechos humanos.

CONCLUSIONES

El trabajo es un derecho por medio del cual, toda persona puede escoger libre y voluntariamente, su forma de participación en las actividades productivas de la sociedad, y recibir a cambio una retribución económica que le permita vivir dignamente; también esto incluye otros beneficios sociales y económicos que le permitan garantizar un nivel de vida adecuado para sí mismo y para su familia.

La relación laboral constituye un conjunto de reglas, normas y principios que regulan las actividades de trabajo entre empresarios y empleados, ya sea en forma individual, o a nivel colectivo; existiendo dentro de la normativa positiva distintas formas de regulación. En cuanto a los sujetos del trabajo, son dos, el primero es el trabajador o empleado; y el segundo es el empleador o empresario.

Históricamente, la mujer ha sufrido una discriminación en distintos ámbitos, siendo uno de los principales el trabajo, ya que la mujer ha tenido que luchar durante siglos para que sus derechos laborales sean reconocidos; la mujer se introduce en el campo laboral, afrontando los estereotipos contraídos desde la división sexual del trabajo, siendo ésta un primer tipo de discriminación que se mantiene hasta la actualidad.

Aunque han existido considerables avances en el reconocimiento de la igualdad de derechos entre hombres y mujeres en el campo laboral, existen todavía barreras difíciles de superar, ya que se construyen desde la sociedad, la cultura y en algunos casos, del propio Estado y el derecho, quienes fomentan y permiten distintas formas de discriminación hacia las mujeres.

El despido ineficaz es una clase de despido intempestivo, que se aplica en el caso de que haya producido en las trabajadoras embarazadas o por causas asociadas a la gestación y a la maternidad. La motivación que existe para la creación de esta figura legal es el principio inamovilidad que ampara a estas personas, al que también se lo denominado como principio de estabilidad laboral.

Si bien es cierto, la legislación laboral ha tenido un progreso al disponer algunas medidas de protección concretas para la tutela efectiva de los derechos de las mujeres embarazadas y las mujeres que gocen de su licencia de maternidad y de lactancia, mediante la inclusión del despido ineficaz, existen todavía algunos problemas normativos con esta institución, ciertos vacíos normativos e ineficacias del procedimiento, en el sentido de que éste no cumple con los principios de claridad y eficacia dispuestos en el marco constitucional; y además deben realizarse una delimitación del aspecto conceptual en el despido ineficaz, en el sentido de que debe determinarse claramente que se comprende por “condición de gestación o maternidad de una trabajadora” y determinarse cuando inicia y cuando finaliza el tiempo de tutela de estos derechos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADAM Health Solutions. (2022). Enciclopedia de la Salud . <https://medlineplus.gov/spanish/encyclopedia.html>
- Alpa, G. (2018). El derecho de los consumidores: un laboratorio para los juristas. *Revista de Derecho Privado*, 15, 5-26.
- Andres, L. (2015). Las mujeres y el derecho laboral ecuatoriano desde el enfoque de género. Una mirada a la Ley orgánica para la justicia laboral y el reconocimiento del trabajo del hogar. *Revista de Estudios Jurídicos*, 4, 18-31.
- De la Puente, M. (2016). El Contrato en General. *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, 74, 30-88.
- Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Constitución de la República de Ecuador*. Registro Oficial 449. https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf
- Ecuador. Asamblea Nacional. (2015). *Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar*. Registro Oficial Suplemento 483. https://oig.cepal.org/sites/default/files/ecuador_-_ley_org._para_la_justicia_labora_y_reconocimiento_del_trabajo_en_el_hogar.pdf
- Ecuador. Corte Nacional de Justicia. (2016). *Resolución No. 06-2016*. Registro Oficial 873. https://www.corte-nacional.gob.ec/cnj/images/pdf/resoluciones_obligatorias/2016/16-06%20Triple%20reiteracion%20-Garantias%20laborales%20a%20mujer%20gestante.pdf
- Fernández, J. (2001). Derecho Laboral. *Revista Mujer, Justicia y Género*, 167-254.
- Jaramillo Quezada, J., & Puertas Bravo, L. (2017). El Despido Ineficaz en la Legislación Ecuatoriana. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho de Empleo*, 84-105.
- Organización Internacional del Trabajo. (2014). *Convenio Núm. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*. ONU. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_531204.pdf
- Osterling Parodi, F. (2010). Principales principios contractuales. <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Principales%20principios%20contractuales.pdf>
- Pautassi, R., Faur, E., & Gerardi, E. (2016). El trabajo como derecho un análisis y género. *Revista Javeriana*, 49-90.
- Pulla, M. (2016). *El despido ineficaz en la legislación ecuatoriana*. CEP.
- Roppo, V. (2017). El Contrato. *Revista Universitas*, 45-67.
- Soto Coaguila, C. (2018). La contratación electrónica: los supuestos «contratos informáticos» y los contratos celebrados a través de medios electrónicos. *Revista Javeriana*, 55, 181-207.