



**UNIVERSIDAD LAICA VICENTE ROCAFUERTE DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DERECHO
CARRERA DE DERECHO**

**PROYECTO DE INVESTIGACION PREVIO LA OBTENCIÓN DEL TITULO DE
ABOGADO DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA**

TIULO:

**“LA ADECUADA TIPIFICACIÓN DE LA DISCRIMINACION LABORAL
CONTRA LA MUJER EMBARAZADA”**

AUTOR:

JUAN ANDRÉS ROBALINO SOLEDISPA

TUTOR:

DRA. BLANCA LETICIA ORTEGA LÓPEZ MSC.

GUAYAQUIL – ECUADOR

2015



UNIVERSIDAD LAICA VICENTE ROCAFUERTE DE GUAYAQUIL

CERTIFICACIÓN DE ACEPTACIÓN DE LA TUTORA

En calidad de tutora del proyecto de investigación, nombrado por el Director de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Laica Vicente Rocafuerte de Guayaquil.

Certifico:

Haber dirigido, revisado y analizado el Proyecto de Investigación con el Tema:

“LA ADECUADA TIPIFICACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN LABORAL CONTRA LA MUJER EMBARAZADA”, presentado como requisito previo a la aprobación y desarrollo de la investigación para optar al título de:

ABOGADO DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR.

El mismo que considero que debe ser aceptado por reunir los requisitos legales, viables e importancia del tema.

Presentado por el Egresado:

Juan Andrés Robalino Soledispa C.C. 0930918388

Dra. Blanca Leticia Ortega López

TUTORA



UNIVERSIDAD LAICA "VICENTE ROCAFUERTE" DE GUAYAQUIL

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR

Los conceptos, expresiones e ideas vertidos en la presente tesis, y en general en todo su contenido son de exclusiva responsabilidad del autor. "La responsabilidad del contenido de este Proyecto de Graduación, me corresponde exclusivamente; y el patrimonio intelectual del mismo a la "**UNIVERSIDAD LAICA VICENTE ROCAFUERTE DE GUAYAQUIL**" según lo establecido por la ley de Propiedad Intelectual, por su Reglamento y Normatividad Institucional vigente.

Juan Andrés Robalino Soledispa.

C.I. 0930918388

AGRADECIMIENTO

En primer lugar le doy gracias a Dios y a la Virgen María por haber guiado mis pasos y por las bendiciones que han venido derramando a lo largo de mi vida; en segundo lugar a mi familia, a mi querido padre JUAN AURELIO ROBALINO MAZZINI, a mi amada madre SHIRLEY CAROLINA SOLEDISPA DE ROBALINO, a mis hermanos y amigos, por haberme dado fuerza y apoyo incondicional que me han ayudado a seguir adelante y llegar hasta donde estoy ahora. Dejo constancia de mi gratitud perenne a la Universidad Laica Vicente Rocafuerte de Guayaquil, especialmente a la anterior Rectora y al actual Rector de la Universidad, que me dieron la oportunidad de seguir la carrera de Derecho, y conferirme la Beca por ser miembro de tan prestigioso grupo como lo es el Coro de la Universidad Laica Vicente Rocafuerte de Guayaquil y por mis méritos académicos que logre con esfuerzo y dedicación, durante mis años de estudio de la carrera, a mis maestras del coro, a todas las autoridades de la Facultad de Jurisprudencia. De igual manera manifiesto mi eterno agradecimiento a todos los renombrados docentes y que con generosidad e instrucción me han brindado sus conocimientos a lo largo de mi formación profesional en el amplio campo del Derecho, de manera especial dejo sentada mi gratitud a la Dra. Blanca Leticia Ortega López MSc.; quien con sabiduría y evidente generosidad orientó la dirección de esta tesis.

A todos ellos, desde siempre grato.

Juan Andrés Robalino Soledispa

DEDICATORIA

A Dios, creador de todo lo que existe en este mundo incluyéndome, guía de mi vida y que sin sus cuidados y sabiduría indudablemente hubiese llegado a ser lo que soy ahora, a pesar de las vicisitudes que se me han presentado en todos los aspectos de mi vida, él me ha sabido salvaguardar como todo padre cuida de sus hijos. A mis padres, que son mis pilares fundamentales en mi vida señores JUAN AURELIO ROBALINO MAZZINI y SHIRLEY CAROLINA SOLEDISPA DE ROBALINO, que son sin duda alguna mis primeros maestros, ídolos y mejores amigos, en todos mis años de estudios que con sacrificio, paciencia y mucho amor me dieron la educación primaria, secundaria y me enseñaron el valor de la humildad, del trabajo, de la responsabilidad y sobre todo el de luchar por mis sueños e ideales. A mis hermanos, por haberme apoyado en cada momento de mi vida de estudiante, dándome ánimo, confianza en cada reto que se me presentaba, estando siempre pendiente de mí, a mis familiares, y amigos que me apoyaron anímicamente siempre con actitud positiva dándome aquel impulso para poder seguir adelante con gran disposición.

A ellos con todo mi amor y consideración

Juan Andrés Robalino Soledispa

RESUMEN EJECUTIVO

El presente trabajo de investigación denominado “La Adecuada Tipificación De La Discriminación Laboral Contra La Mujer Embarazada”.

Trata de evidenciar si actualmente existen leyes adecuadas que resguarden los derechos laborales a favor de la mujer trabajadora que se encuentra en estado de gestación y aún después de tal condición, frente a actos discriminatorios de toda índole que puedan estar sujetas, para lo cual se hace necesario el análisis de aquellas disposiciones legales, con la finalidad de llegar a la conclusión si en el Ecuador hay o no tipificación idónea que se adecue y sancione a dichos actos discriminatorios en contra de la mujer trabajadora en estado de embarazo, así mismo, si dichas disposiciones son los mecanismos idóneos para reponer o subsanar aquellos efectos colaterales que por dichos actos discriminatorios puedan haber tenido lugar, y que en el caso hipotético de carecer nuestra legislación, con disposición adecuada que regule los derechos de la trabajadora en estado de embarazo, pudiendo enmarcarse en un estado de vulnerabilidad en lo que respecta a sus derechos patrimoniales, se proceda con la propuesta planteada, esto es realizar una correcta tipificación a las normas legales ecuatorianas, que posibiliten a la afectada interponer el mecanismo correspondiente para hacer valer sus derechos como mujer trabajadora embarazada.

El objetivo de esta investigación es el de demostrar si actualmente existe una ley ecuatoriana adecuada que proteja correctamente los derechos de la mujer trabajadora embarazada y resguarden sus derechos como trabajadora, madre y mujer, mismos que se encuentran reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador, leyes y convenios Internacionales.

Esta hipótesis se fundamentara, según la metodología de la investigación mediante los métodos histórico, analítico, sociológico, deductivo, inductivo y

comparado, así como también técnicas como son la entrevista e informes que permitirán plantear la conclusión y recomendación en los que se podrá señalar, si hay la necesidad de crear o mejorar disposiciones que regulen la adecuada tipificación de la discriminación laboral contra la mujer trabajadora embarazada, sugiriendo a la Asamblea Nacional, la reforma de Ley respectiva que servirá para regular los derechos constitucionales de todas las mujeres trabajadoras que se encuentren en estado de embarazo frente actos de discriminación.

Como parte propositiva de la investigación a tratar, se planteara la creación de disposiciones que regulen laboral y civilmente los actos discriminatorios en los que encuentra inmersa la mujer trabajadora en estado de embarazo. Disposiciones que contendrán el procedimiento correspondiente a seguir por todas aquellas mujeres trabajadoras que se encuadren y se vean afectadas como víctimas de la violación de sus derechos patrimoniales.

ABSTRACT

The present investigation named “The correct typification of working women discrimination “

Tries to evidence the existence of actual laws that protect working rights of women in gestation, and afterwards, against discriminatory actions of any kind. For this It's necessary the analysis of the legal regulations in order to conclude if there is a suitable typification that can sanction these kind of actions and also if these regulations are the ideal mechanisms to make up for any collateral effect caused by them. In a hypothetical case of lacking an adequate disposition that regulates the rights of pregnant women in our legislation which can be framed as an state of vulnerability of the patrimonial rights, it could be processed with the referred proposal. This means elaborating a correct typification of the current Ecuadorian legal norms in order to enable the affected to interpose the appropriate mechanism in order to defend her rights as a working pregnant woman.

The objective of this investigation is to demonstrate if there is an actual suitable law that protects the working rights of pregnant women correctly thus protecting her rights as an employee, mother and woman that are recognized in the constitution of the republic of Ecuador, laws and international agreements.

This hypothesis is based according to the methodology of investigation by means of historical, analytical, sociological, deductive, inductive and compared methods as well as technics such as interviews and reports that will allow to propose a conclusion and recommendation where it can be pointed out if there is a need of creating or improving regulations that can classify in a more efficient way the working discrimination of pregnant women and suggest to the National Assembly a reform of the respective law that will help to regulate any kind of discriminatory action against working pregnant women.

As a purposeful part of the investigation, it's going to be presented the creation of a disposition that regulates discriminatory acts, where a working woman in a gestation state is involved, in an occupational and civil way. These dispositions will contain the respective procedure to follow for all working women that are seen as victims of patrimonial rights violation.

INTRODUCCIÓN

La Constitución de la República del Ecuador, en su Art. 66 literal a) de su numeral 3), puntualiza los derechos de libertad, dentro de los cuales contempla el derecho a la integridad personal que incluye la integridad física, psíquica, moral y sexual. De la misma manera en su numeral 4) y 10) de la Norma Suprema, establece el derecho a la igualdad formal, igualdad material y a la no discriminación, así como el derecho que gozan los ciudadanos a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud, vida reproductiva y a decidir cuándo y cuantos hijos tener.

Internacionalmente, el Ecuador se encuentra entre los países que han ratificados convenios internacionales a fin de promover y garantizar los principios y buenas costumbres que son compartidas entre los países de igual o mayor grado de desarrollo en el ámbito social-humanístico, incluyendo tratados referentes a la violencia contra la mujer. Mismos que en su contenido, se encuentran de manera detallada todos los beneficios que gozan, abarcando áreas como el de la mujer trabajadora, sin embargo, cabe analizar si actualmente existe en el Ecuador normas legales y mecanismos idóneos que en su accionar prevengan, sancionen y repararen dichos actos discriminatorios se realicen contra mujer trabajadora en estado de embarazo, y que dichos actos se sean consecuencia por el estado de maternidad.

Ante este planteamiento, se hizo imprescindible que previo un pronunciamiento, conclusión y recomendación del presente trabajo investigativo, se analice si existe o no la necesidad de proponer una correcta tipificación en las normas legales pertinentes, más aun, cuando recientemente, como es de conocimiento público se ha sometido el Código de Trabajo a una reforma legal, y a su vez la promulgación de la innovadora Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar.

TABLA DE CONTENIDOS

| | |
|---|----|
| CERTIFICACIÓN..... | |
| DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD..... | |
| AGRADECIMIENTO..... | |
| DEDICATORIA..... | |
| RESUMEN EJECUTIVO..... | 1 |
| ABSTRACT..... | 3 |
| INTRODUCCIÓN..... | 4 |
| CAPITULO I..... | 8 |
| EL PROBLEMA A INVESTIGAR..... | 8 |
| 1.1 Tema..... | 8 |
| 1.2. Planteamiento del Problema..... | 8 |
| 1.3. Formulación del Problema..... | 10 |
| 1.4. Delimitación del Problema..... | 11 |
| 1.5. Justificación de la Investigación..... | 11 |
| 1.6. Sistematización de la Investigación..... | 12 |
| 1.7. Objetivo General de la Investigación..... | 13 |
| 1.8. Objetivos Específicos de la Investigación..... | 13 |
| 1.9 Límites de la investigación..... | 14 |
| 1.10 Identificación de las variables..... | 15 |
| 1.11 Hipótesis del Tema..... | 15 |
| 1.12 Operacionalización de las variables..... | 15 |
| CAPITULO II..... | 17 |
| FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA..... | 17 |
| 2.1. Antecedentes referenciales y de Investigación..... | 17 |
| 2.2. Marco teórico referencial..... | 19 |
| 2.2.1 Definición de discriminación laboral..... | 19 |
| 2.2.2 Motivos de la discriminación laboral..... | 21 |
| 2.2.3 Antecedentes de la discriminación..... | 21 |
| | 5 |

| | |
|--|----|
| 2.2.4 El papel de la mujer a través de la historia..... | 22 |
| 2.2.5 El desarrollo de la discriminación en los siglos XVI y XVIII | 23 |
| 2.2.6 El desarrollo de la discriminación en Europa..... | 24 |
| 2.2.7 Etapas de la discriminación laboral de las mujeres | 26 |
| 2.2.8 La doctrina constitucional sobre discriminación directa por razón de embarazo en el siglo XXI..... | 31 |
| 2.2.9 La discriminación laboral en Estados Unidos | 32 |
| 2.2.10 El embarazo como principal causa de discriminación laboral contra las mujeres según la legislación mexicana..... | 34 |
| 2.2.11 La discriminación laboral a madres embarazadas en Australia..... | 39 |
| 2.2.12 Fundamentos y perspectiva de la discriminación laboral de la mujer en el Ecuador. | 40 |
| 2.3. Marco legal | 53 |
| 2.3.1 CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR | 53 |
| 2.3.2. CODIGO DEL TRABAJO | 56 |
| 2.3.3 LEY ORGÁNICA PARA LA JUSTICIA LABORA Y DEL RECONOCIMIENTO DEL TRABAJO EN EL HOGAR | 58 |
| 2.3.4 CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER..... | 61 |
| 2.4. Marco conceptual. | 65 |
| 2.5. Caso de Declaratoria de Despido Ineficaz por Discriminación a Trabajadora en estado de Embarazo en el Ecuador | 67 |
| 2.5.1 Referencia:..... | 67 |
| 2.5.2 Jurídico:..... | 69 |
| 2.5.3 Doctrinario: | 74 |
| CAPÍTULO III..... | 75 |
| METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN..... | 75 |
| 3.1. Métodos de la investigación | 75 |
| 3.2. Población y muestra. | 77 |
| 3.3. Técnicas e instrumentos de recolección de datos | 79 |
| 3.3.1 Técnicas | 79 |

| | |
|---|-----|
| 3.3. 2 Instrumentos..... | 79 |
| 3.4 Tratamiento a la información procesamiento y análisis de las encuestas | 82 |
| 3.5 TRATAMIENTO A LA INFORMACIÓN PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS | 92 |
| ENTREVISTAS A LOS SEÑORES:..... | 92 |
| a), DR. JOOFRE AGUSTIN CEDEÑO HIDALGO - JUEZ DE LA UNIDAD JUDICIAL DE TRABAJO DEL CANTON GUAYAQUIL | 92 |
| b), DR. LUIS ALBERTO OLLAGUE GONZALEZ - JUEZ DE LA UNIDAD JUDICIAL DE TRABAJO DEL CANTON GUAYAQUIL | 92 |
| 3.5.1 ENTREVISTA AL SEÑOR PSICOLOGO INDUSTRIAL JOSE JAVIER VACA DIAZ, ANALISTA DE TALENTO HUMANO DEL HOSPITAL DE LA POLICIA NACIONAL DE GUAYAQUIL | 101 |
| ANÁLISIS DE LAS ENTREVISTAS | 104 |
| 3.6 Presentación de resultados | 105 |
| CONCLUSIONES | 105 |
| RECOMENDACIONES:..... | 106 |
| CAPÍTULO IV..... | 108 |
| LA PROPUESTA | 108 |
| 4.1 Título de la propuesta | 108 |
| 4.2 Justificación de la Propuesta | 108 |
| 4.3 Objetivo General de la Propuesta..... | 109 |
| 4.4 Objetivos Específicos de la Propuesta | 109 |
| 4.5 Hipótesis de la Propuesta..... | 110 |
| 4.6 Listado de Contenido..... | 110 |
| 4.7. Desarrollo de la Propuesta | 111 |
| 4.8. Impacto o Beneficio obtenido | 116 |
| 4.9. Validación de la propuesta. | 117 |
| CONCLUSIONES | 118 |
| RECOMENDACIONES | 119 |
| FUENTES BLIBLIOGRAFICAS | 120 |
| Bibliografía..... | 120 |
| ANEXOS..... | 122 |

CAPITULO I

EL PROBLEMA A INVESTIGAR

1.1 Tema.

LA ADECUADA TIPIFICACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN LABORAL CONTRA LA MUJER EMBARAZADA.

1.2. Planteamiento del Problema

El Ecuador es un Estado de derechos y justicia, y para ello ha venido desarrollando cambios constantes en todos sus ámbitos, siempre con el interés de salvaguardar los derechos de sus habitantes y así poder lograr la consecución de los intereses que guarda en común con la sociedad, como son la justicia y paz social. La discriminación es una problemática que ha venido teniendo lugar a lo largo de la historia y que se mantiene aún en la actualidad, no sólo en el Ecuador sino en los países del mundo entero. La discriminación es algo que se manifiesta mucho más allá de la acción verbal y esta en todas sus expresiones, se encuentra conformada por varias características y aspectos, algunos perceptibles y otras que se encuentran camuflados como actos que para muchas personas son sólo acciones naturales que no conllevan un efecto más allá del mensaje de desprecio o repudio que un individuo desea irrogarle a otro, sin importar el momento, ni el lugar. Para esta investigación nos enfocamos en la problemática de la discriminación contra de la mujer trabajadora embarazada, ya que si bien es cierto que en nuestro país existen cuerpos legales como el Código del Trabajo y la hoy expedida Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, mismos que contemplan disposiciones indemnizatorias de aspecto laboral económico, esto

siempre que se justifique en un inicio y se pruebe dentro de un proceso judicial que durante la relación laboral el empleador despidió injustificadamente, o por razones de discriminación por su condición de embarazo a su trabajadora, no es menos verdad que aquella disposición solo prevé el aspecto puramente laboral, mas no garantiza los daños colaterales que se pudieron ocasionar como producto de dicha discriminación, dejando así a dos seres (madre e hijo) desprotegidos frente al daño social que se les ocasiona. La referida discriminación podría generar traumas psicológicos, afectaciones en el embarazo, imposibilidad de acceder inmediatamente a otra fuente de empleo en el cual la trabajadora embarazada afectada hubiese podido consentir a laborar en un ambiente idóneo para ella. Inclusive durante el desarrollo y vigencia de la relación laboral, se presentan actos discriminatorios como los cambios de ocupación por causa del embarazo, actitud hostil del empleador contra su trabajadora en estado de gestación, irrespeto de jefes inmediatos y compañeros de trabajo; los cuales constituyen actos que recientemente se encuentran contemplados como causales de visto bueno a favor de la trabajadora embarazada, por medio de la figura tipificada como la Injuria Discriminatoria. Esto con la última reforma efectuada al Código de Trabajo ecuatoriano y con la expedición de la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, y este último se lo podría considerar como un addendum que reforma parcialmente al Código del Trabajo, Ley Orgánica de Seguridad Social y a la Ley Orgánica de Servicio Público, sin embargo conservando su calidad de Ley Orgánica, puesto que dentro del mismo contempla el trámite especial, para normar la acción de Despido Ineficaz. Sin embargo, cabe preguntarnos si esta reforma recientemente hecha al código obrero ecuatoriano y con la innovadora expedición de Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, son lo suficientemente idóneas para poder precautelar y resarcir los derechos de las trabajadoras embarazadas afectadas por actos discriminatorios. Por lo antes expuesto se nos es imprescindible analizar si las referidas normas legales son lo suficientemente

adecuadas para velar por los derechos de las trabajadoras que se encuentren en estado de embarazo, y de la misma manera determinar si existen los mecanismos idóneos para prevenir y subsanar los efectos que se generen por tales actos discriminatorios.

1.3. Formulación del Problema

Pregunta de investigación.

¿Existe actualmente tipificación legal adecuada que proteja a la trabajadora en estado de embarazo de actos discriminatorios en su contra?

Antes de la última reforma efectuada al Código del Trabajo y de la innovadora promulgación de la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, definitivamente no, porque en ese entonces el Código de Trabajo no contemplaba tipificación legal que regule los actos de discriminación por embarazo como causal para que la trabajadora pueda solicitar la terminación de la relación laboral con el consecuente pago de indemnizaciones por parte del empleador. Adicionalmente, el Código Laboral únicamente estipulaba una condena a pagar, indemnizatoria en el caso de que se pruebe judicialmente que el empleador despidió a la trabajadora durante su etapa de embarazo; Así mismo, para ese entonces, no existía distinción entre el caso de que si el despido era consecuencia del estado de embarazo de la trabajadora, o si era resultado de causas ajenas a dicho estado de gestación pero durante su desarrollo.

En el primer caso, la indemnización cubría exclusivamente un valor que le permitiría a la trabajadora mantenerse hasta que culmine su estado de embarazo; sin embargo, dicho valor no cubría el daño moral que se causa a la persona afectada por el acto de discriminación, daño que debe ser probado judicialmente y que debería ser sancionado con la reparación integral de los

daños causados y derechos constitucionales lesionados. Es así, que el 14 de Abril del 2015, la Asamblea Nacional, en la necesidad de velar por el resguardo íntegro de este y otros derechos más, decide reformar el Código del Trabajo ecuatoriano y expedir la Ley Orgánica Para la Justicia Laboral y reconocimiento del Trabajo en el Hogar, mismas que fueron ratificadas y publicadas en el Registro Oficial, el 20 de Abril del 2015, para su inmediata aplicación.

1.4. Delimitación del Problema

El problema materia de la investigación se circunscribe a los casos de discriminación que sufre la trabajadora embarazada durante la vigencia de su relación laboral y en su ambiente de trabajo. La fuente de investigación está constituida por la revisión de la normativa constitucional y legal vigente, el estudio de la legislación comparada y la información que suministre una muestra significativa de personas entrevistadas en la ciudad de Guayaquil. El período de análisis de la problemática está comprendido desde el año 2008 en que entró en vigencia la actual Constitución hasta la actualidad en la que recientemente el 20 de Abril del 2015, fue publicada la última reforma al Código del Trabajo y a su vez expedida la Ley Orgánica Para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar en el Ecuador.

1.5. Justificación de la Investigación

La sociedad y el derecho guardan un aspecto en común, el dinamismo y este a su vez crea la relación dependiente entre ambos. La sociedad por su naturaleza es progresiva y con el paso del tiempo van originándose y surgiendo nuevas figuras que en su momento carecen de normativa legal o si las hay, tal vez no se encuentran lo suficientemente claras y específicas, teniendo como resultado vacíos legales que estarían sujetos a estudios investigativos para un futuro.

Este antecedente hace que sea indispensable actualizarse, mediante estudios e investigaciones con la finalidad de que se contemplen nuevos escenarios para la protección eficaz de los derechos fundamentales que todo ciudadano debe gozar; en nuestro caso particular, mecanismos que en su accionar protejan a la trabajadora embarazada y a su hijo de la discriminación que podrían sufrir por parte de su empleador, jefes subalternos o compañeros de trabajo con anuencia del empleador. En este sentido hay que recordar que la Constitución prescribe el derecho a la no discriminación por causa de embarazo en los Arts. 11 numeral 2, 43 numeral 1 y 66 numeral 4, sin embargo, dicho derecho para su efectiva protección debe ser desarrollado en la norma legal, lo cual anteriormente solo existía de manera parcial limitada exclusivamente a casos de despido a la mujer trabajadora embarazada, sin especificar causa alguna para la terminación del contrato de trabajo y con una condena limitada a pagar de naturaleza pecuniaria al empleador. Sin embargo, la necesidad de cumplir con los postulados del buen vivir previstos en la misma carta constitucional, obligó recientemente a actualizar la legislación y a emitir una nueva Ley en favor de los denominados grupos de atención prioritaria previstos en el Art. 35 de la ley suprema, entre los cuales constan las mujeres embarazadas. En este sentido, la presente investigación permitirá demostrar si la legislación ecuatoriana antes de su última reforma y después de la misma, contiene o no disposición legal que de manera eficiente garantice la protección de los derechos de la trabajadora embarazada frente a los actos de discriminación que pudiera sufrir en su trabajo por su condición.¹

1.6. Sistematización de la Investigación

El proceso sistemático de esta investigación se realizará en base a los posibles datos que lleven diversas instituciones del Sector Público como el Centro de Investigación, Estadística y Análisis del Consejo de la Judicatura; el Ministerio del Trabajo; Defensoría del Pueblo; Defensoría Pública; organismos de

¹ (Constitución de la Republica del Ecuador, Artículos “11, 46 y 66” , Octubre, 2015).

protección de derechos humanos como lo es la Fundación Equidad Guayaquil; Aspectos básicos del proceso investigativo serán las muestras estadísticas, las encuestas realizadas a personas que habitan en la ciudad de Guayaquil y las entrevistas a expertos en el tema, para así poder tener una apreciación general pero al mismo tiempo pormenorizadas, pudiendo componer y descomponer las ideas obtenidas para poder llegar al resultado de una hipótesis que servirá para fundamentar el objetivo principal de este tema investigativo. La información obtenida debe ser contrastada con el análisis de la legislación nacional y su relación frente a la legislación internacional. Los resultados de la investigación permitirán encontrar el fundamento a la hipótesis que se tiene al momento de la proposición del tema.

1.7. Objetivo General de la Investigación

Demostrar, mediante el estudio de casos reales y análisis de la normativa jurídica vigente, si nuestra legislación contempla o no, una eficiente protección a la trabajadora embarazada frente a actos de discriminación laboral por su empleador; lo cual permitirá, si lo amerita, proponer una reforma legal de protección para este grupo vulnerable de nuestra sociedad. Teniendo en cuenta que el 20 de Abril del 2015, el Código de Trabajo fue sometido a una nueva reforma, que antes de la misma carecía de disposiciones legales que abordaban temas como el de la discriminación en materia laboral.

1.8. Objetivos Específicos de la Investigación

- Identificar si en el Código del Trabajo y la Ley Orgánica por la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, están correctamente tipificadas las disposiciones legales concernientes a precautelar los derechos de la mujer trabajadora embarazada frente a actos discriminatorios por causa de su condición.

- Determinar el impacto positivo y negativo de las nuevas disposiciones tipificadas en la última reforma realizada al Código del Trabajo y la Ley Orgánica por la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, a favor de la mujer trabajadora embarazada, e investigar el motivo que dio lugar a dicha reforma.
- Estudio de la legislación comparada de países que dentro de su régimen interno legal comparten la idea de la lucha contra la erradicación de la discriminación de la mujer trabajadora embarazada, así como los tratados internacionales en los que se encuentren ratificados el Ecuador.
- Estudio de causas legales en los que se hubieren debatido temas concernientes al despido intempestivo de la mujer trabajadora embarazada y de la discriminación por su condición de embarazo.

1.9 Límites de la investigación

- Análisis y comparación de las disposiciones legales del Código de Trabajo que existían antes de la reforma del 20 de Abril del 2015 y después de esta, incluyendo las disposiciones legales de la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, concernientes al tema de discriminación contra la mujer trabajadora embarazada.
- Recopilación de datos en instituciones del sector público del cantón Guayaquil, en su Unidad de Investigación, Estadistas y Encuestas.
- Entrevistas a: los señores jueces de la Unidad Judicial de Trabajo del cantón Guayaquil y Psicólogo Industrial.
- Encuestas a: los señores jueces de la Unidad Judicial de Trabajo del cantón Guayaquil, abogados especializados en el área laboral y estudiantes del último año de la carrera de Jurisprudencia de la Universidad Laica Vicente Rocafuerte de Guayaquil.

1.10 Identificación de las variables

La Adecuada Tipificación De La Discriminación Laboral Contra La Mujer Embarazada.

Variable independiente: La Discriminación Laboral Contra La Mujer Embarazada.

Variable dependiente Análisis jurídico de las leyes laborales actualmente vigentes, mediante el cual, se determinara si se hace imprescindible o no elaborar una propuesta para una mejor aplicación de la misma.

1.11 Hipótesis del Tema

Si se regula apropiadamente las injurias discriminatorias, en el caso de las mujeres embarazadas el 90% de los casos de despido provocados por la parte empleadora disminuirá en los juzgados y tribunales laborales de justicia.

1.12 Operacionalización de las variables.

Dimensiones:

- Normas
- Leyes
- Artículos
- Casos análogos

Indicadores:

- Revisión teórica e histórica
- Análisis e interpretación de los casos de discriminación por embarazo.
- Entrevistas a jueces y Psicólogo Industrial.
- Encuestas a profesionales del Derecho.

Operacionalización:

- ¿Considera Ud. si la discriminación laboral contra la mujer trabajadora en estado de embarazo se encuentra correctamente tipificada por el Código del Trabajo y la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y reconocimiento del Trabajo en el Hogar?
- ¿Considera Ud. que la discriminación contra la mujer trabajadora en estado de embarazo como causa particular, implica diferenciarla de otras causas que dispone la ley laboral y que pudieran ser consideradas como discriminatorias?
- ¿Cree Ud. que la nueva reforma al Código del Trabajo ecuatoriano y la promulgación de la nueva Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar son de gran importancia para iniciar la erradicación de los actos discriminatorios contra la mujer trabajadora en estado de embarazo en el Ecuador?
- ¿Considera Ud. Que la discriminación contra la mujer trabajadora por su condición de embarazo es causa suficiente para proponer un procedimiento especial para dar por terminado la relación laboral?

CAPITULO II

FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

2.1. Antecedentes referenciales y de Investigación.

El tema de la discriminación y los derechos igualitarios que garantizan a la mujer son muy amplios por naturaleza, estos mismos se vienen desarrollando a lo largo de la historia, así mismo se ha tratado de erradicar la discriminación como tal en todos sus aspectos, así se manifestó e idealizó en la CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER; El 18 de diciembre de 1979, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que entró en vigor como tratado internacional el 3 de septiembre de 1981 tras su ratificación por 20 países. En 1989, décimo aniversario de la Convención, casi 100 naciones han declarado que se consideran obligadas por sus disposiciones. La Convención fue la culminación de más de 30 años de trabajo de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, órgano creado en 1946 para seguir de cerca la situación de la mujer y promover sus derechos. La labor de la Comisión ha coadyuvado a poner de manifiesto todas las esferas en que a la mujer se le niega la igualdad con el hombre. Estos esfuerzos en pro del adelanto de la mujer han desembocado en varias declaraciones y convenciones, de las cuales la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer es el documento fundamental y más amplio. Entre los tratados internacionales de derechos humanos la Convención ocupa un importante lugar por incorporar la mitad femenina de la humanidad a la esfera de los derechos humanos en sus distintas manifestaciones. El espíritu de la Convención tiene su génesis en los objetivos de las Naciones Unidas: reafirmar la fe en los derechos humanos fundamentales, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y

mujeres. La Convención define el significado de la igualdad e indica cómo lograrla. En este sentido, la Convención establece no sólo una declaración internacional de derechos para la mujer, sino también un programa de acción para que los Estados Partes garanticen el goce de esos derechos. En su preámbulo la Convención reconoce explícitamente que "las mujeres siguen siendo objeto de importantes discriminaciones" y subraya que esa discriminación viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana". Según el artículo 1, por discriminación se entiende "toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo (...) en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera". La Convención afirma positivamente el principio de igualdad al pedir a los Estados Partes que tomen "todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre" (artículo 3). De esta manera la Convención destaca el hecho de la condición jurídica de la mujer, en lugar de ser fijada en función del reconocimiento de la mujer como persona por derecho propio. En los artículos 10, 11 y 13 se establece el derecho de la mujer al acceso sin discriminación a, respectivamente, la educación, el empleo y las actividades económicas y sociales. Este derecho recibe especial atención en la etapa de planificación de políticas. En el artículo 15 se reconoce la plena igualdad de la mujer en materias civiles y comerciales, y se dispone que todo instrumento que tienda a limitar su capacidad jurídica al respecto "se considerará nulo".

“Aparte de las cuestiones de derechos civiles, la Convención también dedica suma atención a una preocupación de importancia vital para la mujer, a saber, el derecho de procreación. En el preámbulo se dicta la pauta al afirmarse que "el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación". El vínculo entre la discriminación y la función procreadora de la mujer es una cuestión que se refleja constantemente en la Convención. Por ejemplo, el

artículo 5 aboga por "una comprensión adecuada de la maternidad como función social"²

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, fue resultado del desarrollo del ideal, el cual es erradicar la discriminación a la mujer en todos sus ámbitos, y en especial los relacionados con la discriminación laboral. Entre los tratados internacionales en materia de derechos humanos, esta Convención ocupa un importante lugar en lo que respecta al género femenino, ya que el espíritu de la Convención tiene su origen en los objetivos para reafirmar los derechos humanos fundamentales, esto según los principios de dignidad, el valor de la persona humana, así como también en la igualdad de derechos de hombres y mujeres.

2.2. Marco teórico referencial

2.2.1 Definición de discriminación laboral

En un significado general, el término discriminación es equivalente a una "diferencia, diferenciación o desigualdad" y presume, por lo consiguiente de un trato diferente, desigual, inequitativo y poco favorable a un sujeto u objeto respecto de otro. En nuestro caso particular en el área laboral y de ocupación, la discriminación conlleva, efectivamente, a una diferenciación con respecto de las personas, lo que se aprecia inicialmente, en un menosprecio de miembros de determinados grupos sociales marginados.

El artículo 1 del Convenio No. 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en un criterio universalmente aceptado, contempla el concepto de discriminación laboral, el mismo que es relativo en materia de empleo y trabajo:

² (Consejo Nacional de Mujeres, Quito (Ecuador), 2015)

A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende:

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.

2. Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.

3. A los efectos de este Convenio, los términos empleo y ocupación incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo.”

Claro esta, que la discriminación supone una diferenciación del trato entre personas y una alteración a su desigualdad. En materia laboral, se constituye el acto discriminatorio por la alteración o modificación respecto de las condiciones igualitarias de trabajo que a su entender es de beneficio general de los trabajadores, sea esto por distinción, exclusión o preferencia, basadas en razones de raza, color, sexo religión, opinión, política, ascendencia nacional u origen social o cualquier clase de atributo que altere el esquema de igualdad y sea que este se de por poco o nada trascendente para la evaluación

profesional de los trabajadores, privada, no solo de justificación técnica, son legal.³

2.2.2 Motivos de la discriminación laboral

La comunidad internacional condenó y prohibió las conductas personales que se suscitan en actos discriminatorios, los cuales se han ido multiplicando con el pasar del tiempo. El tema de discriminación, por su naturaleza e importancia es un argumento que hoy por hoy, es bastante amplio.

El Convenio 111 de la OIT menciona como causas de discriminación las siguientes: raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, sin excluir otras que, por ahora, son innominadas pero existentes. De hecho, hasta 2003, la OIT ha tenido noticia de casos de discriminación en el empleo y la ocupación por razones de invalidez, estado civil, estado de salud, incluido el VIH/SIDA, la orientación sexual y la afiliación sindical (Oficina Internacional del Trabajo, 2003).

Cedido de gran flexibilidad, el Convenio No. 111 de la OIT sobre discriminación en materia de trabajo permite la valoración de nuevos motivos ilícitos de discriminación; ello hace que la trascendencia de las causas de discriminación en el trabajo goce de considerable amplitud.⁴

2.2.3 Antecedentes de la discriminación.

A lo largo de la historia y hasta nuestros días, han existido grupos dominantes que se autoproclaman así mismos como superiores o con más justificados

³ (Lydia Guevara Ramírez, 2011)

⁴ (Lydia Guevara Ramírez, 2011)

derechos que aquellos a los que desvalorizan y se los excluyen. Sus criterios se fundamentan en base a distinciones de rasgos físicos y biológicos como son el color de piel, el grupo de sangre, la cultura a la cual se pertenecen, promoviendo así la desigualdad y discriminación. Esto ha generado mecanismos y sistemas institucionales de dominación, que dentro del marco de género y clase, raza y etnicidad impiden la legitimidad en el acceso de grandes grupos poblacionales a los factores de desarrollo económico y social existentes en América Latina. En el pensamiento discriminatorio, la raza, que está asociada a diferenciaciones biológicas atribuidas a genotipos y fenotipos, especialmente con relación al color de la piel, y la etnicidad se vincula a factores de orden cultural, son categorías que se contemplan inseparablemente.⁵

2.2.4 El papel de la mujer a través de la historia

Para explicar el origen de la Ideología de Género y esta a su vez la discriminación, es necesario partir desde el inicio de la humanidad, a la época de las cavernas. En un principio, los trabajos desempeñados por el hombre y la mujer se complementaban para asegurar su supervivencia. El hombre, por su fuerza, se dedicaba a la caza y a la pesca, mientras la mujer se encargaba de tareas que requerían menos esfuerzo físico, como la recolección de frutos y cuidado de los hijos, originándose así la ideología en que el hombre es más fuerte que la mujer.

Con la llegada del patriarcado, el hombre asumió el papel de defensor de la comunidad, poniendo en riesgo su vida para la protección de su mujer y los miembros de su familia. En donde se empezó a desarrollar un modelo de sumisión de la mujer al hombre, que culminó en el pensamiento greco-romano y en la cultura hebrea. La concepción sobre la mujer tuvo un giro cuando se

⁵ (Dr. José Luis Abreu Quintero , Marzo del 2013)

introdujo el pensamiento cristiano. El cual, proclama la igualdad de hombres y mujeres ante los ojos de Dios y establece la indisolubilidad del matrimonio, la cual considera la dignificación a la mujer y la protege del repudio.

El problema empezó con la época de la Ilustración y el Renacimiento, cuando nuevamente se intentó retomar la cultura greco-romana, las antiguas ideas de Aristóteles y el Derecho Romano, los cuales favorecían la discriminación a la mujer. Se adoptó la distinción entre el ámbito público y el privado, relegando la mujer a este último. Se empezó a negar la educación femenina y se impidió a la mujer participar en actividades políticas. En oposición a esta desvalorización de la mujer, los primeros movimientos feministas del siglo XX lucharon por conseguir el reconocimiento a la educación, el voto y el trabajo de la mujer, procurando su autonomía respecto del hombre.⁶

2.2.5 El desarrollo de la discriminación en los siglos XVI y XVIII

El mayor desarrollo concerniente a las terminologías y estructuras ideológicas del concepto de raza toma lugar entre los siglos XVI y XVIII, mismos que comprenden fases de descubrimiento, conquista y colonización de América por parte de las naciones europeas. En este periodo el colonialismo pasa a ser fuente principal de formulación de ideas respecto de las discriminaciones raciales. Proporción de la superioridad racial europea, que origina una supuesta inferioridad y salvajismo del nativo de América.

Es fundamental comprender que raza y etnicidad son conceptos primordiales que a través de la historia han correspondido a diversos significados y argumentos los cuales no se es posible tener una fácil comprensión, debido a que como antecedente existe un aspecto histórico, un proceso por el cual se

⁶ (wordpress, wordpress.com, 2011)

convierten construcciones de comportamiento y niveles sociales que se desdoblán en distintos conceptos y atributos según las distintas épocas históricas, culturas y sociedades.

Peter Wade, Doctor en Antropología Social por la Universidad de Cambridge y actualmente profesor en la Universidad de Manchester (Reino Unido), señala la existencia de tres períodos históricos y contextos sociales de formulación del concepto de “raza”. Un primer período, lo denomina la etapa de naturalización de las diferencias; un segundo período lo denomina la era del racismo científico, y el tercer período la etapa de construcción social de la raza.

Un caso relevante en la historia de la discriminación racial fue el régimen nazi en Alemania que llevo a cabo el exterminio de judíos, gitanos y otros pueblos. Este lamentable episodio en la historia de la humanidad, trajo como consecuencia 254 medidas de protección de los derechos humanos dentro del marco de “origen racial”. Ante esta situación, La Organización de las Naciones Unidas respondió con acciones específicas relativas a de difusión de la Carta de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, orientando la discusión sobre la idea de no discriminación racial y rechazando las desigualdades sociales o negación de derechos civiles, políticos y culturales para determinados grupos de personas, sociedades o culturas basado en criterios raciales.⁷

2.2.6 El desarrollo de la discriminación en Europa

El establecimiento del racismo en Europa, según explican Bello & Rangel recorre varios puntos de inflexión durante el siglo XIX, sobre estos se edifica el futuro postulado político de la “raza predominante” hasta finales de la Segunda Guerra Mundial. En esta época del siglo XIX, el “racismo científico” alcanza un

⁷ (Dr. José Luis Abreu Quintero , 2013)

nivel máximo con la predica de las teorías evolutivas de Darwin sobre las especies.

En forma contradictoria, paralelamente a este marco teórico e intelectual que defiende las ideas de razas inferiores y superiores o con distintos grados de evolución, comienza la desaparición de la esclavitud. Pero este abolicionismo toma fuerza por efectos del capitalismo industrial, por necesidades de mano de obra asalariada, y no por una argumentación en las ideas sobre igualdad social y racial.

En forma opuesta, la desaparición de la esclavitud (mediados del siglo XIX) y el desarrollo a la par del “darwinismo social” permitieron que la idea de inferioridad racial siguiera prevaleciente. De esta manera, el fin de la esclavitud no garantizó la igualdad racial.

De acuerdo a Anderson, en el marco de la creación de los Estados modernos, la construcción del racismo europeo tiene su origen y expresión en la ideología de clase antes que en la conformación de naciones y nacionalismos. La prueba de esto está en que las manifestaciones más importantes de racismo en los Estados modernos se han dado en forma interna, es decir, dentro de las fronteras nacionales. El racismo como acción política ha justificado más los procesos de dominación internos que las intenciones de dominación extranjera de tipo colonial. Al pensar desde esta perspectiva la situación de los pueblos indígenas y minorías étnicas y nacionales en América Latina y el Caribe, se entiende la idea de la presencia de colonialismos internos a los que hacen alusión diversos académicos contemporáneos.

En el siglo XX, la construcción de la raza sufre una contradicción. En la primera parte del siglo convergen el racismo científico y la política social del Estado. En otra etapa, se desarrollan las llamadas ciencias de la cultura como la antropología y la etnología que cuestionan las teorías vigentes en la época (Bello & Rangel 2000).

La sociedad latinoamericana actual construye significados en el contexto de sus experiencias históricas que han pasado de un discurso científico a un discurso imaginario social, basado en variaciones fenotípicas y de percepciones prejuiciadas.

La exclusión y opresión se institucionalizó políticamente y se expresó en los regímenes y sociedades segregacionistas de los Estados Unidos hasta los años sesenta, que después del abolicionismo transitaron de una esclavitud formal a un sistema de dominación o “esclavitud informal” aún más complicado de comprender.

Un caso relevante en la historia de la discriminación racial fue el régimen nazi en Alemania que llevó a cabo el exterminio de judíos, gitanos y otros pueblos. Este lamentable episodio en la historia de la humanidad, trajo como consecuencia medidas de protección de los derechos humanos dentro del marco de “origen racial”. Ante esta situación, La Organización de las Naciones Unidas respondió con acciones específicas relativas a la difusión de la Carta de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, orientando la discusión sobre la idea de no discriminación racial y rechazando las desigualdades sociales o negación de derechos civiles, políticos y culturales para determinados grupos de personas, sociedades o culturas basado en criterios raciales (Bello & Rangel 2000).⁸

2.2.7 Etapas de la discriminación laboral de las mujeres

La desigualdad laboral en las mujeres ha tenido lugar desde la edad en que estas se insertan en la sociedad para formar parte del mecanismo de producción económico de un estado, esto hasta que lo abandonan por distintos factores que aparecen a lo largo del desarrollo de la relación laboral.

⁸ (Dr. José Luis Abreu Quintero , Marzo del 2013)

La crisis del trabajo a pesar de que, al principio, fue más notable entre los hombres, las mujeres trabajadoras continúan teniendo mayores tasas de paro, menores tasas de ocupación y de actividad y condiciones laborales más precarias. Coincidiendo con la conmemoración del Día Internacional de la Mujer Trabajadora, Público desgrana en ocho etapas la perpetua discriminación de las mujeres durante su relación laboral.

1. Desempleo e inactividad juvenil

La vida laboral para los géneros, empieza debido a la crisis, con cierto grado de equidad. La tasa de paro en la población juvenil en los hombres es del 55% y el de las mujeres, del 54,2% según de la última Encuesta de la Población Activa. Sin embargo la tasa de inactividad, se encuentra conformada por aquel número de la población que comprenden entre los 19 y 29 años de edad, propicia de trabajar pero que no se incorpora a la población activa, por cuanto nos encontramos con la primera desigualdad. En los últimos cuatro años hasta el 2013 hay una cantidad de más de 1.240.000 de chicos que se declaran inactivos, mientras que las chicas en esta misma condición de inactivas llegan a cerca de 1.500.000, según el informe. El deterioro laboral de las mujeres como efecto de la crisis, de la Fundación 1 de Mayo de Comisiones Obreras (CCOO). Su autora, la socióloga Amaia Otaegui, señala que para las mujeres "el empeoramiento de las condiciones laborales y salariales unido a los recortes y al deterioro general del mercado de trabajo, hace aumentar el riesgo de que se desanimen y tiren la toalla en el terreno laboral, incluso antes o justamente cuando han empezado a intentarlo".

De hecho, 20.000 chicas de entre 16 y 19 años, casi 60.000 de entre 20 y 24 y casi 85.000 de entre 25 y 29 dicen estar inactivas "por desánimo o por dedicarse a las tareas del hogar", afirma el estudio. Estos datos demuestran, según Otaegui que "se mantiene el estereotipo de que, todavía para las jóvenes, el lugar natural de las mujeres es el hogar y la familia, y su actividad en

el mercado de trabajo y su salario son elementos auxiliares o de acompañamiento en la economía familiar".

2. Contratación precaria y a tiempo parcial

Superada la fase de inactividad, llega la contratación, que subió un 8,1% en los dos últimos años, pero lo hizo de manera desigual para hombres y mujeres: "Ellas concentran poco más del 40% de la contratación y ellos superan el 50%", según el informe Las mujeres en el mundo del trabajo y la economía elaborado por la Unión General de Trabajadores (UGT). Además, "la mayor parte de la contratación de mujeres se agrupa en contratos por obra o servicio (38,19%) y contratos eventuales (36,48%)". "Entre estas dos modalidades precarias por su temporalidad se concentra el 74,68% de la contratación de mujeres", señala el sindicato. Además, el empleo a tiempo parcial —que ha aumentado por la crisis y especialmente en ocupaciones predominantemente femeninas— sigue siendo superior en el caso de las mujeres.

A finales de 2013, había cerca de dos millones de mujeres en esta situación (un 26%) frente a 718.100 hombres (un 7,9%), según la EPA del cuarto trimestre. Y otra discriminación añadida que señala el sindicato: "Las mujeres con trabajo a tiempo parcial perciben 719 euros al mes, mientras los hombres superan los 804 euros mensuales". Lo preocupante, además, es que la mayoría de los hombres y mujeres con este tipo de jornada no la desean: "El 66% de las mujeres y el 69% de los hombres declara que tienen un trabajo a tiempo parcial porque no han encontrado un empleo a jornada completa", apunta Oategui.

3. Desigualdad salarial

"Una mujer trabaja 84 días más al año para ganar lo mismo que un hombre". Eso es lo que se encuentran las mujeres cuando se incorporan al mercado laboral o, dicho de otra forma, el tamaño de la brecha salarial entre hombres y

mujeres (casi del 23%), según un estudio de UGT. Entre 2008 y 2011 los hombres han ganado de promedio 5.900 euros más que las mujeres. Una diferencia que indica que el salario de ellas supone el 77,5% del de ellos o que el salario masculino equivale al 130% del salario femenino, según un informe de CCOO basado en datos del Instituto Nacional de Estadística (INE).

4. Dificultades en la conciliación

Una vez trabajando, las mujeres se enfrentan a la odisea de conciliar. El recorte del gasto público complica lograr ese objetivo porque provoca la disminución de los servicios públicos de cuidado a personas dependientes y dificulta el fomento de la corresponsabilidad. Con la edad de acceso a la maternidad creciendo sin parar (ahora en los 32 años), desde 2012 las prestaciones por maternidad han caído un 11,22% y las de paternidad, un 12,04%, según UGT. Una de cada cuatro mujeres redujo su jornada laboral para cuidar de sus hijos (frente a un 3,5% en el caso de los hombres) y un 38,2% de mujeres ocupadas (frente a un 7,4% de hombres) han dejado el trabajo durante más de un año para atender a un menor de ocho años.

5. Más paro femenino

El desempleo que ha provocado la crisis también azota con más fuerza a las mujeres. Según un estudio de Adecco publicado esta misma semana, entre 2008 y 2013 —los años centrales de la crisis— se han destruido casi un millón de puestos de trabajo femeninos (902.800). CCOO insiste en que en los últimos dos años, de las 660.000 personas asalariadas menos que hay en España, 304.000 son mujeres (el 47%). La mayoría de ellas (dos de cada tres) han perdido un empleo indefinido y el grupo de edad más afectado es el comprendido entre los 30 y los 39 años.

Además, la destrucción de empleo femenino se concentra en el sector público, donde el 72% del empleo perdido desde la aprobación de la reforma laboral ha sido femenino. Esto indica, según la Fundación 1 de Mayo, que los recortes de

personal en la administración pública no son uniformes. Por ejemplo, en Educación, un sector históricamente feminizado, entre el primer trimestre de 2012 y el mismo período de 2013, "la ocupación en educación pública y privada pierde un total de 39.000 efectivos, de los cuales, 27.400 son mujeres". Y lo mismo ocurre en Sanidad, donde en dicho espacio temporal, de 107.000 empleos destruidos, 73.000 estaban ocupados por mujeres.

6. Ellas tardan más en conseguir otro empleo

Después de perder el empleo, las mujeres tienen más dificultades que los hombres para encontrar otro trabajo y se convierten en paradas de larga duración en mayor medida que ellos en actividades como "técnicos y profesionales científicos e intelectuales", "empleados contables administrativos y otros empleados de oficina" o "trabajadores de los servicios de restauración, personales, protección y vendedores", según UGT. De hecho, el año pasado encontraron empleo 13.200 mujeres menos que hombres. La cifra de hombres que encontraron trabajo en 2013 aumentó en 1.300 con respecto a 2012, mientras que la de mujeres descendió en 3.500. UGT responsabiliza de estas cifras al Gobierno y a su "aprobación de medidas de fomento de la contratación femenina precaria".

El resultado de estas políticas sitúa a España en la parte baja de los países de la OCDE en materia de integración de la mujer en el mundo laboral. Concretamente, ocupa la 23ª posición de 27 en una clasificación liderada por los países nórdicos (Noruega, Dinamarca y Suecia) y solamente supera a Japón, Italia, Grecia y Corea, según el índice PwC Women in Work.

7. Desigualdad en las prestaciones por desempleo

La brecha en los salarios se reproduce, años más tarde, en las prestaciones por desempleo. La Fundación 1 de Mayo sostiene que una mujer parada de larga duración tiene un 77% de probabilidades de no ser perceptora de prestaciones. A ello hay que añadir que las prestaciones contributivas por desempleo de las

mujeres (25,16 euros al día) son más bajas que las de los hombres (29,62%), apunta UGT. Y por si esto fuera poco, el número de mujeres que no perciben ningún tipo de prestación ha crecido en 552.500 entre 2011 y 2013. De los más de tres millones y medio de personas paradas de larga duración —que suponen el 60% de todas las mujeres en situación de desempleo— solamente un millón (el 28%) recibe alguna prestación.

8. Ellas son más pobres

El resultado de estos siete elementos es el empobrecimiento de las mujeres asalariadas. "Las mujeres suponen el 68% de la población asalariada con ingresos inferiores al salario mínimo interprofesional —641 euros mensuales— y el 23% de las personas que lo perciben en más de ocho veces. En este apartado, los hombres representan el 76,57%", señala la Fundación 1 de Mayo. Sin embargo, estos sueldos bajos son los que sustentan al 90% de los hogares con un adulto e hijos que, al depender de mujeres, afrontan un mayor riesgo de pobreza.⁹

2.2.8 La doctrina constitucional sobre discriminación directa por razón de embarazo en el siglo XXI

La igualdad de oportunidades en Europa, tiene como propósito el de sensibilizar la opinión pública respecto de los puntos favorables de obtener una sociedad justa y cohesionada basada en los derechos que tienen todas las personas, como lo es al derecho del mismo trato sin fijarse particularmente en su género, origen étnico, discapacidad, convicciones, edad o en su orientación sexual. La Ley Orgánica 3/2007 aprobada y expedida en España el 22 de Marzo del 2007, tiene como finalidad garantizar el goce de la Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres Una Ley que, frente a la amplia intención anual proclamada en

⁹ (ANNA FLOTATS, 2014)

Europa, tiene por objeto predominante en hacer efectivo el goce del derecho a la igualdad de trato y de oportunidades entre las personas de diferentes géneros, marginando así los antiguos paradigmas de discriminación, tal como lo señala la aludida Ley en su Art. 14, y que abarca de igual manera al género femenino y en otros sectores de la población que se encuentran en posiciones desventajosa y contrarias a la dignidad de aquellas personas

La limitación objetiva de la norma, sin duda, y aunque directa consecuencia de la transposición al ordenamiento español de varias Directivas comunitarias, ha permitido evidenciar de la necesidad que respecto de la igualdad de oportunidades y que en el cual se hace indispensable del impulso legislativo como medio para concienciar la igualdad real entre mujeres y hombres y la democracia paritaria constituyen una necesidad del nuevo contrato social para el siglo XXI.¹⁰

2.2.9 La discriminación laboral en Estados Unidos

En los Estados Unidos, muchas formas de discriminación eran comunes en el lugar de trabajo antes de la segunda mitad del siglo XX. En la década de los 60, el movimiento que dio lugar a la promulgación de leyes contra la discriminación se inició con la Ley de igualdad de salarios (Equal Pay Act) de 1963, a la que le siguió la Ley de derechos civiles (Civil Rights Act) de 1964 que marcó un hito en la legislación. Pronto se promulgaron más leyes para intentar eliminar prácticamente toda forma de discriminación imaginable en las prácticas de empleo privadas y gubernamentales.

A pesar de la amplia variedad de leyes, la discriminación puede ocurrir en los avisos de empleo, en la selección, evaluación, contratación y despido del personal, en los términos y condiciones de empleo, así como también en la

¹⁰ (Guastavino, 2008)

remuneración, los beneficios, y en las decisiones sobre quién recibe capacitación y qué tipo de capacitación se brinda. La discriminación también puede surgir al decidir a quién se tiene en cuenta y selecciona para traslados y ascensos y a quién se deja cesante durante una reducción de personal.

Entre las principales leyes federales que prohíben la discriminación en relación con el empleo figuran las siguientes:

- Título VII de la Ley de derechos civiles (Civil Rights Act) de 1964 (Título VII), que prohíbe la discriminación laboral por motivos de raza, color, religión, sexo o nacionalidad.
- Ley de igualdad de salarios de 1963 (EPA, Equal Pay Act), que protege a los hombres y las mujeres que realizan básicamente el mismo trabajo en el mismo establecimiento de la discriminación salarial por motivos de sexo.
- Ley contra la discriminación laboral por cuestiones de edad de 1967 (ADEA, Age Discrimination in Employment Act), que protege a las personas de 40 años de edad o más.
- Título I y Título V de la Ley para estadounidenses con discapacidades de 1990 (ADA, Americans with Disabilities Act), que prohíbe la discriminación laboral contra las personas con incapacidad calificadas en el sector privado y en los gobiernos locales y estatales.
- Secciones 501 y 505 de la Ley de rehabilitación de 1973 (Rehabilitation Act), que prohíben la discriminación contra las personas con incapacidad calificadas que trabajan en el gobierno federal.
- Ley de derechos civiles de 1991 (Civil Rights Act), que, entre otras cosas, dispone resarcimiento económico en caso de discriminación laboral intencional.
- Ley de reforma de la administración pública de 1978 (CSRA, Civil Service Reform Act), que contiene prácticas prohibidas en relación con el personal, y que fue creada para promover total equidad en las acciones que involucren al personal federal.

La aplicación de todas las leyes anteriormente mencionadas le corresponde a la Comisión para la igualdad de oportunidades en el empleo de los Estados Unidos (EEOC, por sus siglas en inglés). La EEOC también supervisa y coordina todos los reglamentos, prácticas y políticas federales de igualdad de oportunidades de empleo. Si usted ha sido injustamente discriminado en su trabajo, puede presentar cargos ante la Comisión para la igualdad de oportunidades en el empleo de los Estados Unidos (EEOC), y ante la agencia estatal responsable de investigar demandas por discriminación. Un abogado de derecho laboral puede ayudarle a comprender las leyes relacionadas con su situación, asistirlo en su demanda y proteger sus derechos.¹¹

2.2.10 El embarazo como principal causa de discriminación laboral contra las mujeres según la legislación mexicana

De acuerdo con las denuncias que recibe el CONAPRED (Consejo Nacional para Prevenir La Discriminación), la condición de embarazo constituye el principal motivo de discriminación laboral contra las mujeres. En los últimos 6 años han ingresado a este organismo un total de 318 quejas y reclamaciones al respecto. Los casos analizados, han sido identificados tanto en el sector privado como en el público. Datos referenciales del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, refieren a la gestión del Presidente Felipe Calderón, quien en su periodo de gobierno, ha podido revelar que dentro de los periodos 2007 al 2012 llegó a un total de 225 quejas contra particulares y 63 reclamaciones contra servidores públicos, en pleno siglo XXI la discriminación laboral por condición de embarazo es una constante en el país de México respecto de este rubro. Estas cifras colocan a la maternidad como el principal motivo de discriminación para las mujeres en el ámbito del trabajo, ya sea para ingresar a un empleo o de permanecer en éste, asegura Hilda Téllez Lino, directora general adjunta de

¹¹ (Comisión para la Igualdad de Oportunidades en el Empleo, 2007)

Quejas y Reclamaciones del Conapred. En entrevista con Contralínea, la funcionaria habla de la dificultad de dejar constancia de este tipo de situaciones, pues generalmente ocurren de manera silenciosa. Así, por ejemplo, aunque la mayoría de los contratistas (privados o públicos) no contempla la prueba de embarazo dentro de los requisitos de ingreso, durante el proceso de selección sí la aplican. El Reporte sobre la discriminación en México 2012 evidencia el extremo de la ilegalidad en este terreno: el condicionamiento de la plaza laboral a la realización de pruebas de embarazo. El documento, presentado a finales de 2012 por el Conapred, apunta que esta práctica es contraria a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que en su Artículo 4 consagra el derecho de procrear libremente. Respecto del despido por condición de embarazo, que representa la causa número uno de quejas de mujeres contra particulares que atiende el Conapred (de 2009 a 2012 fueron 198), Téllez Lino refiere las dificultades que representa el acreditar esta circunstancia ante los tribunales laborales, situación que orilla a las mujeres a denunciar como si se tratara únicamente de un despido injustificado. Y es que en estos casos no basta con que la mujer presente su certificado de gravidez y asegure que por esa razón la privaron de su empleo

Yo creo que la dificultad está en el nivel probatorio ¿Qué pruebas utilizas para eso? Necesitarías pruebas testimoniales... Y qué compañero de trabajo se va a aventar a decir: “Yo soy tu testigo”. Es difícil. Muchas personas mostrarán su solidaridad, pero cuando las manden a llamar ante la autoridad laboral no van a decirlo. La directora general adjunta de Quejas y Reclamaciones del Conapred advierte sobre el riesgo de que estas denuncias sigan clasificándose como despidos injustificados y no como lo que realmente son: “Nosotros tuvimos reuniones con la gente de la Secretaría del Trabajo [y Previsión Social] porque les planteamos la preocupación de que esto se había elevado. Cuando ellos revisaban sus estadísticas de cuántas demandas laborales patrocinaban relacionadas con la situación de embarazo, no había [ningún caso clasificado como tal]. Entonces ahí sí hay una gran bronca, porque si no haces visible que

ésa es la situación que está ocurriendo en agravio de las mujeres, difícilmente puedes pegarle a la parte preventiva”. De acuerdo con el artículo 4 de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, toda distinción por condición de embarazo que tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas es un acto discriminatorio. No obstante, hoy día el embarazo continúa siendo una de las razones primordiales de no contratación o despido laboral en contra de las mujeres

Para la Comisión Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, la discriminación en el ámbito laboral por razón de embarazo constituye “otra forma de violencia contra las mujeres”. En su Estudio nacional sobre las fuentes, orígenes y factores que producen y reproducen la violencia contra las mujeres, el órgano dependiente de la Secretaría de Gobernación apunta que a pesar de que las convenciones y tratados internacionales obligan al Estado mexicano a proteger a las mujeres de la discriminación por embarazo, ya sea en el proceso de contratación o posterior a éste, la Ley Federal del Trabajo sólo las salvaguarda una vez que hayan sido contratadas. Así, “las pruebas de embarazo previas a la contratación quedan en una especie de limbo”. Para dar cuenta de la magnitud de esta problemática, el documento presentado a los senadores el pasado 13 de febrero, alude a los resultados de la Encuesta nacional sobre la dinámica de relaciones en los hogares (Endireh) de 2011. De acuerdo con esa investigación, al 14.2 por ciento de las mujeres trabajadoras le han solicitado una prueba de embarazo como requisito para obtener un empleo; en tanto que el 3.1 por ciento de ellas ha sido despedida o le han disminuido el salario por su periodo de gestación. La Endireh aporta también información sobre el perfil de las 49 mil 435 mujeres a las que les fue solicitada una prueba de embarazo durante los 12 meses previos al levantamiento de la encuesta. Resalta que se trata primordialmente de mujeres jóvenes (33.7 años en promedio), sin hijos, que viven en unión libre y en zonas urbanas, de estrato socioeconómico medio y con alta escolaridad. Además

subraya que, en orden jerárquico, son las mujeres empleadas en fábricas, instituciones públicas y en el sector educativo quienes más sufren de discriminación por condición de embarazo. Mujeres, las más discriminadas A partir de las quejas y reclamaciones que recibe el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred), Hilda Téllez Lino, directora general adjunta de Quejas y Reclamaciones del Conapred, asevera que las mujeres son el principal blanco de la discriminación laboral, después de las personas con discapacidad, respecto de otros grupos en situación de vulnerabilidad. En el caso de las mujeres, la discriminación por condición de embarazo, por apariencia física, por condiciones de salud y por discapacidad encabezan, en ese orden, la lista de las denuncias que atiende el Conapred. Factores culturales estarían en el origen de la discriminación por género, a decir de Téllez Lino. “Históricamente la mujer siempre había guardado un esquema en donde no tenía acceso similar al empleo, donde sus posibilidades de acceder a la educación estaban más reducidas. En los últimos años ha habido un cambio impresionante, pero no necesariamente este cambio social permea de manera rápida dentro de las instituciones”, explica. — ¿La política laboral del gobierno federal, por ejemplo en materia de legalización del outsourcing (subcontratación), ha tenido algún efecto, negativo o positivo, respecto de la no discriminación hacia las mujeres en el ámbito del trabajo?

Ahí no tendría elementos ahora para decir claramente si tiene que ver una práctica promovida desde un gobierno anterior o de éste. No tendría elementos para responder eso. — ¿Qué tendría que hacer el gobierno mexicano, en su papel de garante de los derechos de las mujeres trabajadoras, para evitar este tipo de discriminación? —De entrada, la Secretaría del Trabajo y Previsión Social tiene que apuntalar una serie de medidas importantes, propiamente en ejercicio de las atribuciones que tiene por ley, tanto para que las empresas públicas como las privadas eviten este tipo de prácticas. Consultada respecto de los focos rojos en materia de discriminación laboral contra las mujeres, la directora general adjunta de Quejas y Reclamaciones del Conapred manifiesta

que es más importante referirse a los “buenos ejemplos” en el tema. Se trata, dice, de todas las empresas o instituciones que están adheridas a la Guía de Acción Institución Comprometida con la Inclusión. La servidora pública explica que el Conapred no cuenta, en cambio, con un registro de las empresas o instituciones que más recurren a prácticas discriminatorias contra las mujeres, puesto que “la variedad es tan amplia que no podría decir tal empresa en particular tiene una práctica así. No, es muy amplio el esquema y además esos son también datos que se quedan bajo resguardo por protección de datos personales”. El Reporte sobre la discriminación en México 2012 refiere otras formas de discriminación laboral contra las mujeres que, a decir de Hilda Téllez, no figuran entre las quejas y reclamaciones que ingresan al Conapred. Destaca el hecho de que muchas mujeres reciben salarios más bajos que los de los hombres por igual trabajo y que tienen menos posibilidades de ocupar puestos de alta jerarquía. Infografía.¹²



¹² (Flor Goche, 2013)

2.2.11 La discriminación laboral a madres embarazadas en Australia

Según un informe de la Comisión de Derechos Humanos, ha publicado que en Australia un 49 % de las madres en sufren discriminación en su trabajo durante su embarazo, su despido por maternidad o cuando vuelven a trabajar. A consecuencia de esta discriminación, un 84 % de las mujeres aseguran padecer estrés físico y mental, así como un daño a sus finanzas y su carrera. Elizabeth Broderick, Comisionada en asuntos de Discriminación Sexual, indico que en un aumento de un 6 % de la población laboral femenina tendría como un aporte aproximado de \$23.537 millones de dólares en Producto Interno Bruto australiano.

"Sabemos que la participación en la fuerza laboral de los hombres es un 12 por ciento mayor que el de las mujeres. Si podemos cerrar la brecha a través de un aumento de un 6 por ciento de la participación femenina, sumaríamos unos 25.000 millones de dólares (australianos) anuales al PIB".

Así mismo la comisionada enfatizó que:

"La discriminación laboral contra las madres afecta desde una trabajadora joven hasta a las socias de un bufete de abogados"

Para efectos del estudio discriminatorio, la Comisión encuestó a cientos de padres y madres, empleadores y grupos empresariales y halló muchos casos en que se negó el permiso de maternidad, se anularon los contratos, se puso barreras al desarrollo de la carrera profesional, degradaciones y renunciadas vinculadas a la maternidad.

Entre los peores casos, Broderick relató que una mujer que trabajaba en una industria dominada por hombres le comunicó a su jefe que estaba embarazada y éste le dijo "el bebé o tu trabajo".

"La mujer y su pareja consideraron que necesitaban desesperadamente el trabajo y ella se sometió a un aborto, pero después perdió su empleo semanas después", relató la comisionada.

El informe también halló que un 27% de los hombres que tomaron un permiso por paternidad de un mes o menos de ese período también sufrieron discriminación en sus centros laborales.¹³

2.2.12 Fundamentos y perspectiva de la discriminación laboral de la mujer en el Ecuador.

No cabe duda que la Constitución Política de la República garantiza el derecho a la libertad de contratación por parte de las personas que habitan en el país. Pero, junto a dicha premisa hay que agregar otra que establece que los derechos y su ejercicio no son absolutos, sino que, por el contrario, son limitados en base a las prescripciones de las leyes, límites éstos impuestos en aras del bien común de la sociedad. Pues bien, uno de estos límites a la libertad de contratación es la prohibición de que, a través de ella, se pueda discriminar a las personas por diversos motivos, de entre los cuales se haya el sexo que ostente uno de los postulantes. Si bien es cierto, que los empresarios suelen hacer prevalecer criterios económicos por sobre los jurídicos, la verdad es que aquellos no legitiman la falta cometida, falta esta que tiene razones profundas y que guarda relación con aspectos culturales respecto de los cuales son criadas las personas en sociedades machistas como las nuestras. La lucha de la mujer por alcanzar una igualdad de oportunidades es todavía dura y está vigente; las infracciones no solamente se cometen en el sector privado sino también en el público y se mantienen no sólo respecto de la posibilidad de ser contratadas, sino en la de ascender, en la de ocupar puestos de jerarquía, en los puestos que involucren toma de decisiones y niveles remuneratorios altos. El presente

¹³ (El Universo, 2014).

trabajo, bastante puntual si se quiere, buscará echar una ojeada por la situación jurídica laboral de la mujer en el Ecuador, recomendando cambios legales que se deberían dar, trayendo a conocimiento un importante fallo en la lucha contra la discriminación laboral a la mujer en la República argentina y ciertas situaciones contempladas en el derecho comparado.¹⁴

2.2.12.1 Antecedentes históricos en el Ecuador.

La legislación laboral tiene un afán y naturaleza, como sabemos, eminentemente, protectora. Su surgimiento histórico se debió a la lucha de los trabajadores frente a los abusos de los patronos y empresarios de la época. Es por eso que, tanto la mujer como los menores fueron los primeros en recibir la protección de las normas laborales frente a los abusos que surgían dentro del contexto de la revolución industrial. El derecho y, concretamente, lo que más tarde se conocerá como el derecho del trabajo reaccionó frente a jornadas excesivas, extenuantes, lugares de trabajo insalubres, tareas penosas, y salarios más bajos que recibían las mujeres en comparación con los hombres que laboraban en aquella época. Dentro de este contexto de lucha surgió también el Día Internacional de la Mujer, el mismo que fue propuesto en 1910 por la alemana Clara Zetkin, integrante del Sindicato Internacional de Obreras de la Confección, durante el Congreso Internacional de Mujeres Socialistas en Copenhague, Dinamarca. La fecha se eligió para honrar la memoria de un grupo de mujeres que, con gran valor, ocupó en el año 1857 la fábrica textil donde laboraban en la ciudad de Nueva York para exigir igualdad de salarios y una jornada de 10 horas de trabajo, recibiendo como respuesta de sus jefes el que se prendiera fuego en la planta ocupada, con lo cual murieron las 129 obreras. Por lo tanto, si de análisis histórico-jurídico se trata, el derecho laboral

¹⁴ (DRA. MARÍA PAULA DELGADO PLAZA)

tiene sus primeras manifestaciones ostensibles en la protección de la situación laboral de la mujer.¹⁵

2.2.12.2 Fundamentos para la protección laboral en la mujer.

No cabe duda que tanto el hombre como la mujer son iguales y merecen igual atención y protección por parte del derecho, sin embargo, muchos han considerado que la mujer tiene que ser protegida por el derecho, en base a consideraciones, exclusivamente, físicas o biológicas (debilidad de la mujer frente a la fortaleza del hombre), estas consideraciones lo único que nos revelan son prejuicios sobre el sexo débil; en cambio, en la actualidad, otros consideran que aquella protección se debe dar, a fin de proteger, de manera activa, la discriminación efectiva que sufre la mujer en la sociedad, esto es lo que se conoce con el nombre de discriminación positiva, es decir, frente a una ostensible desigualdad y frente a patentes discriminaciones, la igualdad sólo existe en el plano teórico o ideal, logrando alcanzarla mediante desigualdades jurídicas a favor de aquel grupo vulnerado. Según un informe de siete ONG argentinas que será presentado en la Organización de las Naciones Unidas que denuncia la discriminación laboral y que será presentado en oposición al informe del gobierno argentino ante el Comité de Seguimiento de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer “la esfera laboral es uno de los ámbitos donde se da la mayor discriminación contra la mujer” y como ejemplo menciona que “el ingreso promedio de ellas representa el 60% del de los varones de iguales condiciones educativas”. En determinadas ocasiones es importante adoptar medidas tendientes a equiparar las oportunidades de quienes por diversos motivos, entre ellos el sexo, se encuentran en condición desigual, siendo esto lo que se conoce como la discriminación inversa, esto es, una estrategia legislativa que pretende corregir

¹⁵ (DRA. MARÍA PAULA DELGADO PLAZA)

una desigualdad material a través de una diferenciación jurídica, en los que se discrimina legalmente para igualar. Sin embargo, la discriminación inversa o programas de acción afirmativa han recibido ciertos reveses en algunos países, así es conocido el caso Bakke de 1978, en donde la Suprema Corte norteamericana restringió su aplicación, pues, colocaba en peor situación para el ingreso a la universidad a una persona blanca frente a una de raza negra, cuyo puntaje era inferior pero suficiente para el ingreso; la Corte exigió como requisitos la no existencia de otra alternativa menos restrictiva de los derechos que la reglamentación restringe y que el daño que provoque la restricción sea menor que el perjuicio que motivó la adopción de la medida reglamentaria, debiendo toda medida de discriminación inversa ser razonable y no otorgar derechos excesivos que impliquen una disminución de oportunidades inequitativa frente a otros.¹⁶

2.2.12.3 Crítica a la legislación excesivamente protectora de la mujer

Los fundamentos que hemos mencionado anteriormente y la necesidad de que la mujer por razones biológicas y sociales reciba una protección especial por parte del derecho, han conducido a muchos a considerar que tal posición jurídica peca de ser excesiva y que frente al desamparo legal en el que, inicialmente, se encontraba la mujer, hoy por hoy, su situación jurídica pasó a la de una sobreprotección, rayando sus disposiciones en la muestra palpable de lo que es conocido como una discriminación inversa, esto es que en su afán de mejorar la situación de la mujer, de manera injusta se perjudica la situación del hombre.¹⁷

¹⁶ (DRA. MARÍA PAULA DELGADO PLAZA)

¹⁷ (DRA. MARÍA PAULA DELGADO PLAZA)

2.2.12.4 Protección jurídica de la mujer en el Ecuador

Como todo análisis jurídico, éste debe partir necesariamente de la Constitución Política de la República, así ésta al tratar los derechos civiles en su artículo 23, establece en el numeral 3 la igualdad de todas las personas que habitan en el Ecuador ante la Ley, personas que serán consideradas iguales, gozarán de los mismos derechos y oportunidades sin que quepa, como válida, discriminación alguna por motivo de sexo. Con mayor énfasis y profundidad, la misma Constitución Política al tratar sobre los derechos económicos, sociales y culturales que garantiza a todas las personas que habitan en el Ecuador, establece en su artículo 36 que el Estado propiciará la incorporación de las mujeres al trabajo remunerado, en igualdad de derechos y oportunidades -entiéndase que el hombre-, garantizándole idéntica remuneración por trabajo de igual valor. Esa misma norma constitucional, el artículo 36, establece en su segundo párrafo que el Estado velará por el respecto de los derechos laborales y reproductivos de la mujer, en su afán por mejorar las condiciones económicas de su trabajo, especialmente, en el caso de la mujer gestante y en el período de lactancia de la mujer trabajadora, rematando, por último, con una prohibición, a título general respecto de cualquier tipo de discriminación laboral que se ejecute o pretenda ejecutar respecto de la mujer trabajadora. Dentro del contexto de la normativa infra constitucional, el Código del Trabajo garantiza en su artículo 35 la capacidad de contratación laboral de la mujer, la cual, sólo requiere tener capacidad civil para obligarse y, por ende, para celebrar contrato de trabajo sin necesidad de que el marido apruebe, consienta o convalide el negocio jurídico laboral. Por otro lado, tratándose del contrato de enganche para el exterior del país, esto es, para el caso de los trabajadores que son contratados para prestar sus servicios lícitos y personales en el extranjero ya no rige la prohibición para que en este tipo de modalidad laboral puedan ser contratadas las mujeres, prohibición esta que existía antaño y que fue derogada en pos de ese equilibrio de oportunidades entre el hombre y la mujer que la normativa laboral pretendió, existiendo tan solo esa prohibición para el caso de los menores de edad. LA

DISCRIMINACIÓN LABORAL DE LA MUJER: FUNDAMENTOS Y PERSPECTIVAS

Por otro lado, el artículo 42 que trata de las obligaciones que tiene el patrono respecto de sus trabajadores, establece en su numeral 13 que aquellos, es decir, los patronos o empresarios, deberán tratar con la debida consideración a sus trabajadores, no infiriéndole maltrato de palabra o de obra; es esta la base legal la que, sin perjuicio, de la aplicación supletoria del Código Civil (artículo 6 del Código del Trabajo) sirve de sustento para todo tipo de reclamo que pueda plantear una trabajadora frente al caso de un acoso sexual sufrido por acción del empresario o de su representante, debiendo atender inmediatamente tales reclamaciones de conformidad con lo prescrito en el numeral 15 del mismo artículo. Por último, tratándose del artículo 42 del Código del Trabajo el patrono deberá contratar el porcentaje mínimo de trabajadoras, porcentaje éste que será establecido por las Comisiones Sectoriales del Ministerio de Trabajo y Recursos Humanos, artículo 124 del mismo cuerpo legal. Congruente con la protección a la maternidad que se hace a la mujer trabajadora, el artículo 152 del Código del Trabajo prohíbe la actividad laboral del personal femenino dentro de las dos semanas anteriores al parto y diez semanas posteriores al mismo; para tales efectos, y para gozar de la protección de estabilidad a la que se refiere el inciso tercero del artículo 154 del Código del Trabajo, la trabajadora embarazada deberá comprobar su estado de gravidez mediante el certificado médico otorgado por un galeno del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y, a falta de éste, por cualquier otro facultativo. Es importante mencionar que en el caso de desahucio o despido de una trabajadora en estado de embarazo, fuera de los casos en los que se solicite el correspondiente visto bueno al tenor del artículo 172 del Código del Trabajo, aquellos hechos (el despido o el desahucio) serán sancionados con una indemnización especial, adicional a las generales, equivalente a un año de remuneración. Es importante mencionar también que, al respecto, hay la necesidad de una reforma legal que mejore la protección de la mujer trabajadora, en especial, en su situación post-parto, puesto que, la protección

que establece el Código del Trabajo, a través de su artículo 153, sólo se circunscribe a las dos semanas anteriores y diez posteriores al parto, quedando desprotegida materialmente la trabajadora al reincorporarse a su puesto de trabajo, pues en este momento queda libre el patrono para dar por terminado el vínculo laboral, debiéndole tan sólo abonar las indemnizaciones generales. En muchos países a la mujer trabajadora sí se la protege en su situación post parto, castigando duramente al patrono que, con períodos que fluctúan, según las diversas legislaciones, entre seis meses a un año después del parto, pretenda dar por terminado el vínculo laboral por motivo del embarazo y parto.

DRA. MARÍA PAULA DELGADO PLAZA Asimismo, valdría la pena recoger criterios legales existentes en otros países, como por ejemplo: Argentina, en donde la trabajadora que dio a luz antes de la finalización del período de licencia post-parto, puede gozar del denominado período de excedencia, esto es, de una licencia sin sueldo por un mínimo de tres meses y un máximo de seis, en los casos en los que la trabajadora tuviera un año de antigüedad en la empresa, siempre y cuando siga residiendo en el país y, que se reintegre a su puesto de trabajo habitual una vez concluido dicho período de excedencia. Asimismo, debería constar, expresamente, en la ley laboral que si la trabajadora sufre una enfermedad que la incapacite para el trabajo hasta por el lapso de un año, sea que esta enfermedad se origine en el embarazo o el parto, de llegar el patrono a dar por terminado el vínculo laboral deberá pagar la indemnización especial de un año de remuneración. Bajo el actual contexto del Código del Trabajo dicha posibilidad no está del todo clara, sin que la jurisprudencia haya aclarado aquello ni la Corte Suprema de Justicia a través de la triple reiteración de fallos de Casación. Asimismo, durante los nueve meses posteriores al parto, el artículo 155 del Código del Trabajo dispone que la jornada de trabajo se reduzca de ocho a seis horas como máximo al día, horas de trabajo que se distribuirán, por regla general, de acuerdo a lo convenido por las partes, con lo cual se establece al derecho a la lactancia. Todo tipo de infracción a los derechos laborales de la mujer, de conformidad con el artículo 156 del Código

del Trabajo, faculta a que ésta plantee una denuncia ante la autoridad administrativa laboral pertinente, esto es, el Inspector Provincial del Trabajo, quien, de encontrarla fundamentada procederá a sancionar al patrono con la multa de rigor, la cual podrá doblarse en los casos de reincidencia. Dentro del afán perseguido por el Estado ecuatoriano de combatir toda forma de discriminación laboral que afecte a la mujer, se publicó en el Registro Oficial No. 124 del 6 de febrero de 1997 la denominada Ley de Amparo Laboral de la Mujer, la misma que estableció la obligación de los empleadores de contratar un porcentaje mínimo de trabajadoras, el mismo que será establecido por las Comisiones Sectoriales del Ministerio de Trabajo, conforme consta en el artículo 42, numeral 34 del mismo cuerpo legal. Dicha Ley sanciona fuertemente a los empresarios que incumplan aquella obligación, imponiéndole multas que van de veinte a cien salarios mínimos vitales, sanción ésta a ser aplicada por parte del Inspector o Subinspector del Trabajo y, en caso de reincidencia, se podrá LA DISCRIMINACIÓN LABORAL DE LA MUJER: FUNDAMENTOS Y PERSPECTIVAS disponer la clausura del local o negocio hasta que se cumpla con la obligación de contratación antes aludida. Por otro lado, dicha Ley de Amparo Laboral de la Mujer extendió su protección al hecho de que en las Cortes Superiores, Juzgados, Notarías y Registros, por lo menos, el 20% de sus miembros sean mujeres. La preindicada Ley de Amparo Laboral de la Mujer es una ley especial, que prevalece sobre toda aquella que se le oponga en sus disposiciones. Consideramos necesaria una reforma legal que defienda a la mujer en los casos de terminación del contrato de trabajo por causa de matrimonio, situación ésta no prevista en nuestro ordenamiento jurídico a diferencia de lo que existe en países como Argentina, en los que se presume legalmente, salvo prueba válida en contrario, que toda terminación de la relación laboral hecha, hasta por el lapso de un año, con posteridad al matrimonio es entendida como un despido, obviamente improcedente, realizado por el patrono. En cuanto a la judicialización del derecho que tiene la mujer para

reclamar todo tipo de afectación a sus derechos laborales, vale la pena mencionar que:

1.- Atendiendo a la prescripción contenida en el artículo 42 del Código del Trabajo, todo patrón debe atender las reclamaciones laborales interpuestas por los trabajadores.

2.- En los medios colectivos de trabajo y, en especial, en la práctica, aquellos que cuenten con un organismo sindical; la presencia del Comité Obrero Patronal es común, debiendo dicho organismo, atender las reclamaciones que se planteen por parte de los trabajadores respecto de violaciones a los derechos de los trabajadores, especialmente. Dicho organismo, conformado paritariamente por empleadores y trabajadores, establecerá las recomendaciones del caso y, de serlo pertinente, “recomendará” el ejercicio de las acciones legales pertinentes.

3.- Paralelo a lo anterior, existe el derecho del trabajador a plantear el correspondiente visto bueno que, en el presente caso, podría tener como fundamento las injurias graves que le hayan inferido el empleador o sus representantes al trabajador o por una disminución indebida a la remuneración, siempre y cuando esta haya sido por consideraciones a su sexo.

4.- No está de más indicar que el trabajador siempre tendrá expedita la posibilidad de plantear el correspondiente juicio laboral.

5.- Todo lo anterior es sin perjuicio de que, durante el transcurso de la relación laboral se puedan plantear denuncias contra el empleador infractor ante la Inspectoría del Trabajo, la cual, como sabemos, podrá interponer sanciones (multas contra el empleador infractor).¹⁸

¹⁸ (DRA. MARÍA PAULA DELGADO PLAZA)

2.2.12.5 Jurisprudencia internacional: El caso “HELADERÍAS FREDDO” de Argentina

El 16 de diciembre del 2002 la Sala H. de la Corte Nacional de lo Civil con sede en Buenos Aires dictó Resolución con lugar, esto es favorable, a favor de la Fundación Mujeres en Igualdad, quien planteó una demanda de amparo colectivo en contra de la empresa Freddo S.A., la misma que explota la famosa cadena de Heladerías Freddo. La Fundación Mujeres en Igualdad alegó que Freddo S.A. realiza prácticas discriminatorias contra las mujeres en la selección de personal. El juez de primera instancia rechazó el amparo planteado porque:

- a)** La actora no demostró que se hubiesen presentado mujeres a las convocatorias y que estas hubiesen sido rechazadas por su condición de tales;
- b)** Que la ley prohíbe el desempeño de mujeres en tareas penosas, peligrosas e insalubres;
- c)** La empresa comercial es la que debe determinar su política de empleo;
- d)** la demandada está revirtiendo la tendencia de contar con mayor cantidad de personal masculino.

La Sala consideró que la discriminación denunciada no se encuentra en las normas sino en los hechos, esto es, en la conducta desplegada durante años por la demandada, prefiriendo la contratación de empleados de sexo masculino en una proporción tan considerable que torna irrazonable toda margen de discrecionalidad que cabe concederle al empleado en la selección de su personal.

Como pruebas aportadas al proceso se advierte que un escribano (Notario) concurrió a diversas heladerías que no pertenecían a la cadena Freddo y constató que había mujeres atendiendo al público.

Otro escribano, en cambio, se constituyó en diversos locales de la heladería Freddo y constató que eran hombres los que atendían al público.

Obra también como prueba en el proceso la copia de un aviso aparecido en un diario en el que Freddo solicita cien empleados de atención al cliente, setenta repartidores, veinte caminantes y entre los requisitos exigidos se menciona el sexo masculino.

En otro aviso se solicitaron cincuenta empleos para atención al cliente, exigiéndose como requisitos poseer buena capacidad de relacionamiento, disposición para la atención de clientes y ser de sexo masculino. Se presentaron, adicionalmente, otros avisos en que requerían cien empleados para atención al cliente y cien repartidores, los cuales partían con los mismos requisitos, la única excepción la constituyen el requerimiento de telemarketers en el que se solicitaba jóvenes de ambos sexos, por lo tanto, quedaba comprobado a través de este fallo que existía una discriminación antes del proceso de selección.

Por su parte, la empresa a través de su representante informó que en el año de 1998 ingresaron 638 empleados, de los cuales sólo 18 eran mujeres, pero que en 1999 se ingresaron 297 empleados, de los cuales tan sólo 33 fueron mujeres.

La empresa quiso justificar la contratación de personal masculino alegando que los trabajadores debían efectuar la limpieza del local, cargar baldes que contenían el producto, los que tienen un peso de aproximadamente 10 kilogramos, ingresar a los pozos de frío que tienen una profundidad importante y baja temperatura, que los motoristas requeridos por la empresa necesitan conocimientos básicos de mecánica, limpiar el ciclomotor, reparar la moto, cargar combustible con bidones; por último gran parte de las tareas cumplidas se desarrollan en horarios rotativos, hasta altas horas de la madrugada, por lo que, en realidad, Freddo jamás ha querido discriminar a la mujer sino que, por el contrario, ha buscado protegerla.

Los jueces Giardulli y Kiper resolvieron revocar la sentencia apelada y conceder el amparo colectivo solicitado condenando en costas a la compañía Freddo a la que se dispuso a que, en el futuro, sólo contrate personal femenino hasta compensar en forma equitativa y razonable la desigualdad producida, debiendo presentar un informe anual a la actora y permitir el acceso a la información correspondiente, pudiendo ser sancionada con multas, en caso de no cumplir con lo aquí resuelto.¹⁹

2.2.12.6 La realidad de la discriminación en el derecho comparado.

En muchos países existe una actitud discriminatoria contra las mujeres y contra ciertas minorías como los afro-americanos y los hispanos, esto trajo como consecuencia programas de acción afirmativa dirigidos por el propio gobierno, siendo el primer Decreto, aquel que fuera firmado por John F. Kennedy, el cual exigía la contratación de aquellos en determinados empleos que involucran la toma de decisiones y mejores sueldos, tanto en altas empresas como en establecimientos públicos. Los programas de acción afirmativa llegaron al extremo de que en los Estados Unidos frente a la crisis de mediados de los 70, la cual provocó una serie de ajustes en la política laboral y desembocó en despidos, bajo el criterio - superficialmente justo- de que el último contratado sea el primer despedido, la gran masa de despedidos estaba representada por aquellas minorías y por las mujeres que por mucho tiempo estuvieron relegadas, puesto que, a última hora, eran quienes estaban siendo contratadas por la empresa; éstos entonces eran los que tenían menos antigüedad, puesto que los trabajadores más antiguos eran los de raza blanca. Frente a esta realidad se alza la Corte en el año de 1976 estableciendo la aplicación del criterio de antigüedad retroactiva, para favorecer, de esta manera, a quienes, inicialmente, fueron rechazados a causa de la raza y que más tarde fueron

¹⁹ (DRA. MARÍA PAULA DELGADO PLAZA)

contratados por el mismo empleador, siendo célebre el caso Franks versus Bowman Transp.CO. Vale la pena también mencionar, ahora bajo la óptica europea, que el Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas resolvió en base de la Directiva 76-201, se conceda preferencia al sujeto perteneciente al sexo infra representado frente a un competidor del sexo opuesto, siempre que ambos candidatos posean méritos sensiblemente equivalentes, tal como se expidió en el sentencia del 6 de julio del 2000. En algunas legislaciones americanas, como por ejemplo la chilena, la paraguaya y la uruguaya se prohíbe el uso del requisito del sexo para elegir al ocupante de una vacante, salvo que, como dice la ley paraguaya, la actividad sea riesgosa para la mujer. Igual criterio plantea la Ley No. 26.772 del Perú.²⁰

2.2.12.7 Conclusión

No cabe duda que todas las legislaciones condenan al unísono discriminaciones por motivos sexuales y propugnan una igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres tanto en el plano profesional, laboral, político y social. Los esfuerzos desplegados por la Organización Internacional del Trabajo OIT, por los constitucionalistas y constituyentes y por las ONG nacionales y especializadas en la materia son elocuentes. El Congreso, el Gobierno y el Estado en general, más allá de dictar la Ley de Amparo Laboral de la Mujer no ha emprendido una campaña de acción positiva encaminada a frenar la discriminación laboral a la mujer; no hay antecedentes de estrategias ni planes de gobierno que nos desmientan, ni fallos jurisprudenciales que recoger al respecto. En el Ecuador, falta más labor privada, puesto que sólo se conoce de la Fundación María Guare y la labor específica en la lucha contra la violencia a la mujer desplegada por medio de las Comisarías de Policía. La

²⁰ (DRA. MARÍA PAULA DELGADO PLAZA)

lucha debe empezar ya, no sólo por nosotras mismas, sino por nuestras hijas y por una sociedad justa y equitativa.²¹

2.3. Marco legal

2.3.1 CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR

La Constitución de la República del Ecuador contiene disposiciones expresas que reconoce la prohibición sobre cualquier tipo de actos discriminatorios, incluidos los que son en perjuicio de la mujer trabajadora en estado de embarazo, mismos que se citan a continuación:

Art. 11.- *El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:*

2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

²¹ (DRA. MARÍA PAULA DELGADO PLAZA)

El Estado ecuatoriano posee principios que garantizan y orientan a sus ciudadano y mecanismos estatales, a erradicar cual tipo de discriminación, no solo en beneficio de la trabajadora embarazada sino prevé mucho más haya, como al especificar otros estados que puedan ser sujetos a actos discriminatorios en cualquier ámbito. Los mismo que, el Estado ecuatoriano se encuentra en la obligación de adoptar medidas que posibiliten el reconocimiento a la igualdad de las personas que se encuentren en estado desigualitario, frente a una sociedad que es susceptible de incurrir en atropellos frente a los derechos de los demás.

Art. 35.- *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.*

El estado prevé dentro su carta Magna, el reconocimiento de las personas que conforman el grupo vulnerable, mismos que estarán sujetos a una protección por su condición de doble vulnerabilidad. Grupo en el cual señala que dentro del mismo se encuentra reconocido a las mujeres embarazadas.

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

1. No ser discriminadas por su embarazo en los ámbitos educativo, social y laboral.

La Constitución de la República del Ecuador en su Art 43, ordinal 1, garantiza el derecho a gozar del periodo de lactancia, mismo que, es naturalmente en

beneficio de la mujer embarazada. Este derecho prevé la prohibición de no discriminarlas en los ámbitos educativo, social y laboral.

Art. 66.- *Se reconoce y garantizará a las personas:*

4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.

El derecho a la igualdad, es aquel mediante el cual, los seres humanos tenemos a ser reconocidos en igualdad de condiciones ante la ley y poder disfrutar de los derechos que se nos confieren de manera incondicional, esto es, a no ser discriminados sea por nuestra nacionalidad, etnia, creencia religiosa, etc.

Art.331.- *El Estado garantizará a las mujeres igualdad de en el acceso al empleo, a la formación y promoción laboral y profesional, a la remuneración equitativa, y a la iniciativa de trabajo autónomo. Se adoptaran todas las medidas necesarias para eliminar las desigualdades.*

Se prohíbe toda forma de discriminación, acoso o acto de violencia de cualquier índole, sea directa o indirecta, que afecte a las mujeres en el trabajo.

La garantía que el Estado ecuatoriano le confiere a la mujer trabajadora es de manera proteccionista y equitativa, mediante el cual dispone la adopción de medidas necesarias, que conlleven a la eliminación de cualquier clase de trato desigualitario que se realice de forma directa o indirecta en contra de esta.

Art. 332.- *El estado garantizará el respeto a los derechos reproductivos de las personas trabajadoras, lo que incluye la eliminación de riesgos laborales que afecten la salud reproductiva, el acceso y estabilidad en el empleo sin limitaciones por embarazo 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

Los derechos que la Norma Suprema de Estado garantiza a las mujeres en estado de embarazo incluyen la eliminación de los riesgos laborales, que puedan afectar a la salud reproductiva, acceso y estabilidad del trabajo a la mujer trabajadora por su estado de maternidad y hasta la cantidad de hijos que pueda concebir.²²

2.3.2. CODIGO DEL TRABAJO

El Código del trabajo dispone lo siguiente:

Art. 153.- *Protección a la mujer embarazada.- No se podrá dar por terminado el contrato de trabajo por causa del embarazo de la mujer trabajadora y el empleador no podrá reemplazarla definitivamente dentro del periodo de doce semanas que fija el artículo anterior.*

Durante este lapso la mujer tendrá derecho a percibir la remuneración completa, salvo el caso de lo dispuesto en la Ley de Seguridad Social, siempre que cubra en forma igual o superior los amparos previstos en este código.

La garantía de estabilidad que goza la mujer trabajadora por su condición de embarazo se extiende por un periodo de doce semanas y con el beneficio de percibir su remuneración completa; con la excepción en el caso particular contemplado en la Ley Orgánica de Seguridad Social. Teniendo en cuenta que el Convenio 103 de la OIT, trata sobre la protección de la maternidad, el mismo que fue revisado en el año 1952.

²² (Asamblea Nacional Constituyente, 22 de mayo del 2015)

Art.154.- Incapacidad para trabajar por enfermedad debida al embarazo o al parto.- En caso de que una mujer permanezca ausente de su trabajo hasta por un año a consecuencia de enfermedad que, según el certificado medico, se origine en el embarazo, o en el parto, y la incapacite para trabajar, no podra darse por terminado el contrato de trabajo por esa causa. No se pagara la remuneracion por el tiempo que exceda de las doce semanas fijadas en el articulo precedente, sin perjuicio de que por contratos colectivos de trabajo se señale un periodo mayor.

Lo dispuesto en el inciso anterior no comprende a las excepciones puntualizadas en el articulo 14 de este Codigo.

Salvo en los casos determinados en el articulo 172 de este Codigo, la mujer embarazada no podra ser objeto de despido intempestivo, desde la fecha que se inicie el embarazo, particular que justificará con la presentación del certificado médico otorgado por un profesional del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, y a falta de éste, por otro facultativo.

Art. 173.- Causas para que el trabajador pueda dar por terminado el contrato.- El trabajador podrá dar por terminado el contrato de trabajo, y previo visto bueno, en los casos siguientes:

- a) Por injurias graves inferidas por el empleador, sus familiares o representantes al trabajador, su conyuge o conviviente en union de hecho, ascendientes o descendientes. En caso de injurias sean discriminatorias la indemnizacion sera igual a la establecida en el segundo inciso del articulo 195.3 de este Codigo.

Con la ultima reforma efectuada al Codigo de Trabajo del 20 de Mayo del 2015, en su Art. 173, ordinal 1. Se aprecia la clasificacion de dos clases de injurias, estas son:

- Las injurias graves y;
- Las injurias discriminatorias,

Es importante hacer una diferencia de las injurias graves en lo que respecta en materia penal, puesto que, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia de la Corte Suprema han considerado de manera uniforme que la expresion injurias graves utilizada por el Artículo 172 y 173 del Código Obrero ecuatoriano, no se debe entender necesariamente al delito de injurias tipificadas en el Código Integral Penal, porque en este caso particular debe ser evaluado en el marco de la relacion de trabajo y a partir de los especiales vinculos que como consecuencia de esta generen entre las partes; de manera que bien podrian ciertas conductas entrañar injuria suficiente para dar por terminado el contrato de trabajo, aunque no se configure delito alguno, porque no se trata de aplicar una pena, sino de examinar si una de las partes ha ofendido a la otra de tal modo que se ha vuelto imposible la continuacion de la relacion laboral sin menoscabo de la dignidad personal del ofendido.

2.3.3 LEY ORGÁNICA PARA LA JUSTICIA LABORAL Y DEL RECONOCIMIENTO DEL TRABAJO EN EL HOGAR

Ley Orgánica para la Justicia Laboral y del Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, dispone lo siguiente:

Artículo 35.- *Añádanse a continuación del artículo 195, los siguientes artículos:*

Art. 195.1.- *Prohibición de despido y declaratoria de ineficaz.- Se considerará ineficaz el despido intempestivo de personas trabajadoras en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad, en razón del principio de inamovilidad que les ampara.*

Las mismas reglas sobre la ineficacia del despido serán aplicables a los dirigentes sindicales en cumplimiento de sus funciones por el plazo establecido en el artículo 187.

Art. 195.2.- *Acción de despido ineficaz. Una vez producido el despido, la persona trabajadora afectada deberá deducir su acción ante la Jueza o el Juez del Trabajo de la jurisdicción correspondiente al lugar donde este se produjo, en el plazo máximo de treinta días.*

Admitida a trámite la demanda, se mandará citar en el plazo de veinticuatro horas a la parte empleadora y, en la misma providencia, se podrán dictar las medidas cautelares que permitan el reintegro inmediato al trabajo del trabajador afectado o la trabajadora afectada, mientras dure el trámite.

A la demanda y a la contestación se acompañarán las pruebas de que se disponga y se solicitarán las que deban practicarse.

En la referida providencia se convocará a audiencia que se llevará a cabo en el plazo de cuarenta y ocho horas contadas desde la citación. Esta iniciará por la conciliación y, de existir acuerdo, se autorizará por sentencia. A falta de acuerdo se practicarán las pruebas solicitadas.

La Jueza o el Juez de Trabajo, dictarán sentencia en la misma audiencia.

Contra la sentencia que admita la ineficacia será admisible el recurso de apelación con efecto devolutivo

Art. 195.3.- *Efectos. Declarada la ineficacia, se entenderá que la relación laboral no se ha interrumpido por el hecho que la ha motivado y se ordenará el pago de las remuneraciones pendientes con el diez por ciento (10%) de recargo.*

Cuando la persona trabajadora despedida decida, a pesar de la declaratoria de ineficacia del despido, 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.

Si la persona empleadora se negare a mantener en sus funciones a la persona trabajadora una vez que se ha dispuesto el reintegro inmediato de la misma en la providencia inicial, o se haya establecido la ineficacia del despido en sentencia, podrá ser sancionada con la pena establecida en el Código Orgánico Integral Penal por el delito de incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente.

En cualquier caso de despido por discriminación, sea por afectar al trabajador debido a su condición de adulto mayor u orientación sexual, entre otros casos, fuera de los previstos para la ineficacia del despido, el trabajador tendrá derecho a la indemnización adicional a que se refiere este artículo, sin que le sea aplicable el derecho al reintegro.

En caso de despido injustificado de una persona con discapacidad, o de quien estuviere a su cargo la manutención de una persona con discapacidad será indemnizada de conformidad a lo estipulado en el Ley Orgánica de Discapacidades.”

La Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, es considerada para muchos como un *adendum*, o ley complementaria que reforma de manera parcial las leyes como son el Código del Trabajo, Ley Orgánica de Seguridad Social y Ley Orgánica de Servicio Público. El 20 de Mayo del 2015, la Asamblea Nacional promulgó la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, como una acción orientada a salvaguardar en lo principal los derechos de la mujer trabajadora en estado de embarazo o asociados a su condición de gestación y así mismo a trabajadores que se encuentren en calidad de dirigentes sindicales, esto frente actos de discriminación que como efecto han desencadenado en despido intempestivo.

2.3.4 CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER

Artículo 1.- A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Artículo 2.- Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:

- a)** Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio;
- b)** Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer;
- c)** Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;
- d)** Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación;

e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;

f) Adaptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer;

g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.

Artículo 3.- Los Estados Partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.

Artículo 4.-

1. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.

2. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria.

Artículo 5.- Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para:

a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas

consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres;

b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.

Artículo 7.- Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país y, en particular, garantizando, en igualdad de condiciones con los hombres el derecho a:

- a) Votar en todas las elecciones y referéndums públicos y ser elegibles para todos los organismos cuyos miembros sean objeto de elecciones públicas;
- b) Participar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de éstas, y ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales;
- c) Participar en organizaciones y asociaciones no gubernamentales que se ocupen de la vida pública y política del país.

Artículo 11.-

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular:

El derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano;

El derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección de cuestiones de empleo;

El derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho al acceso a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional y el adiestramiento periódico;

El derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad de trabajo;

El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas;

El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción.

2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:

Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base de estado civil;

Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales;

Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública,

especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños;

Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.

Artículo 12.-

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.

Artículo 15.-

3. Los Estados Partes convienen en que todo contrato o cualquier otro instrumento privado con efecto jurídico que tienda a limitar la capacidad jurídica de la mujer se considerará nulo.

2.4. Marco conceptual.

Condición: Suceso futuro, e incierto del que se hace depender la fuerza jurídica de un derecho u obligación.

Discapacidad: Condición que hace que una persona sea considerada como discapacitada. Esto quiere decir que el sujeto en cuestión tendrá dificultades para desarrollar tareas cotidianas y corrientes que, al resto de los individuos, no

les resultan complicadas. El origen de una discapacidad suele ser algún trastorno en las facultades físicas o mentales.

Discriminación: Distinción o diferenciación que se hace en favor o en contra de una persona o cosa en comparación con otras.

Discriminación laboral: Comprende el trato de inferioridad dado a personas por motivos ajenos a su capacidad dentro del ámbito de la libertad de trabajo y derecho al mismo.

Despido ineficaz: Se considerará ineficaz el despido intempestivo de 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 del período para el que fueron escogidos.

Embarazo: Es el período de tiempo comprendido que va, desde la fecundación del óvulo por el espermatozoide, hasta el momento del parto. En este se incluyen los procesos físicos de crecimiento y desarrollo del feto en el útero de la madre y también los importantes cambios que experimenta esta última, que además de físicos son morfológicos y metabólicos.

Agresor: Se define como agresor tanto hombre como mujer, que dañe los derechos de otra persona, ya sea por medio de golpes, lesiones o heridas graves tanto físicas como psicológicas y emocionales.

Etiología: Se refiere a etiología cuando se estudia las causas de las cosas, tratar de encontrar cual fue el inicio de algo o que fue lo que provocó el desarrollo de la misma.

Inamovilidad laboral: Todo aquel trabajador que tenga las características requeridas por la legislación, que se encuentra protegido por alguno de los tipos

de inamovilidad laboral, no podrá ser: despedido sin justa causa debidamente calificada por el Inspector del Trabajo competente, desmejorado o trasladado de su centro de trabajo.

Inamovilidad maternal: La mujer trabajadora en estado de gravidez gozará de inamovilidad durante el embarazo y un año posterior al nacimiento del hijo.

Despido injustificado: Se refiere a la acción mediante el cual la empresa o el patrón decide dar por terminada la relación laboral al trabajador sin motivo alguno.

Jurisprudencia: Se entiende como jurisprudencia al conjunto de las sentencias de los tribunales y a la doctrina que lo contiene. Es el estudio y ciencia del derecho.

Violencia: Se aplica normalmente cuando se trata de dominar a alguien o se trata de imponer algo, es el uso de la fuerza para conseguir un fin.

2.5. Caso de Declaratoria de Despido Ineficaz por Discriminación a Trabajadora en estado de Embarazo en el Ecuador

2.5.1 Referencia:

Se tomara como referencia la Acción No. 2015-02535. La señora MARITZA Victoria Guzmán Núñez, ingreso a prestar sus servicios lícitos y personales, el 15 de Septiembre del 2014, para la empresa OTECEL S.A. MOVISTAR, cumpliendo funciones de Especialista de Adquisición de Sitios. Laborando en bajo la relación de dependencia de los señores Ing. German Vicente Orozco Peñafiel, Carlos Roberto Vallejo Rodríguez, Ing. Víctor Santiago Barreno Olmedo y la Lcda., Mariella Inés Letamendi Garino, en sus calidades de Gerente de Despliegue de Red, Coordinador de Adquisiciones de sitios Región Sur, Jefe de adquisición de Sitios, y Jefe de Recursos Humanos Región Sur, de la mencionada compañía: laborando en un horario de trabajo de lunes a viernes

de 08h30 a 21h00, y pasando un fin de semana los sábados de 08h30 a 14h00; percibiendo como ultima remuneración el valor mensual de USD\$ 1,600.00, expresando que estaba en estado de embarazo, y desde el mes de Abril del 2015, el médico de OTECEL S.A. MOVISTAR, realizo una transferencia hospitalaria, a efectos que sea atendida por AMENAZA DE ABORTO que se le detecto; así también el médico de OTECEL S.A. MOVISTAR, le concedió permiso médico, tal como lo demostró mediante certificado médico interno de fecha 22 de abril del 2015, de igual manera se realizó el reembolso de los gastos médicos, en el firmo y sello la compañía mencionada, adjuntando estos documentos debidamente notariados y más a su demanda como prueba de su estado de embarazo; Es el caso de que su empleador el señor Varlos Vallejo, le manifestó que subiese al quinto piso para que se reportara con el Gerente de Recursos Humanos, la Lcda. Mariella Letaendi, momento en el que ella y el señor Ing. Víctor Santiago Barrero Olmedo, se encontraban en el lugar, la Jefa de recursos Humanos le supo manifestar a la trabajadora embarazada, que leyera el correo electrónico que le habían remitido el Gerente de Despliegue de Red Ing. German Vicente Orozco Peñafiel, cuyo correo decía que se acababa la relación laboral, de la trabajadora con la compañía y que se lo comunicara; motivos por los cuales sin ninguna explicación le manifestó la Lcda. Mariella Letamendi, que estaba despedida, que se retire de la compañía, porque ya no laboraba más para ella, ante lo cual la trabajadora le manifestó que ella debía considerar que se encontraba en estado de embarazo, que la compañía tenía conocimiento pleno de su condición y no podían hacerle eso; a lo que la Jefa de Recursos Humanos le manifestó, que ella debía de considerar que la causa de su despido era porque estaba embarazada, acto seguido le ordenaron que entregara su credencial de trabajo y que el Ing. Víctor Santiago Barreno, que se encontraba también en la oficina, la acompañó hasta el primer piso, lugar donde tenía su oficina para que le haga entrega de todos los informes relacionados con su puesto de trabajo, una vez entregado el informe y explicado sus

actividades de trabajo al Ing. Víctor Barreros, fue forzosamente acompañada a la puerta de salida dejando así el lugar de trabajo contra su voluntad.

El Juez de la Unidad Judicial de Trabajo de Guayaquil, mediante sentencia resuelve admitir la Acción de Despido Ineficaz a favor de la trabajadora y condena a los demandados a los demandados paguen a la actora de la causa, las remuneraciones impagas a partir de la fecha que se produjo el despido motivo de la acción, más el 10% hasta la fecha en que se notificó la sentencia ²³

2.5.2 Jurídico:

- La sentencia fue resuelta en base a los Artículos 141, en concordancia con los artículos Nos. 33, 34, 37, 325 y 328 de la Constitución de la Republica y;
- Los artículos Nos. 2, 4, 5, 7, 153,195.1, 195.2, y 195.3 del Código del Trabajo.

Constitución de la Republica

Art. 33.- El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado.

Art. 34.- El derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, y será deber y responsabilidad primordial del Estado. La seguridad social se regirá por los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiaridad, suficiencia, transparencia y

²³ (Accion de despido inficaz, 2015)

participación, para la atención de las necesidades individuales y colectivas. El Estado garantizará y hará efectivo el ejercicio pleno del derecho a la seguridad social, que incluye a las personas que realizan trabajo no remunerado en los hogares, actividades para el auto sustento en el campo, toda forma de trabajo autónomo y a quienes se encuentran en situación de desempleo.

Art. 37.- El Estado garantizará a las personas adultas mayores los siguientes derechos:

1. La atención gratuita y especializada de salud, así como el acceso gratuito a medicinas.
2. El trabajo remunerado, en función de sus capacidades, para lo cual tomará en cuenta sus limitaciones.
3. La jubilación universal.
4. Rebajas en los servicios públicos y en servicios privados de transporte y espectáculos.
5. Exenciones en el régimen tributario.
6. Exoneración del pago por costos notariales y registrales, de acuerdo con la ley.
7. El acceso a una vivienda que asegure una vida digna, con respeto a su opinión y consentimiento.

Art. 325.- El Estado garantizará el derecho al trabajo. Se reconocen todas las modalidades de trabajo, en relación de dependencia o autónomas, con inclusión de labores de autosustento y cuidado humano; y como actores sociales productivos, a todas las trabajadoras y trabajadores.

Art. 328.- La remuneración será justa, con un salario digno que cubra al menos las necesidades básicas de la persona trabajadora, así como las de su familia; será inembargable, salvo para el pago de pensiones por alimentos. El Estado fijará y revisará anualmente el salario básico establecido en la ley, de aplicación general y obligatoria. El pago de remuneraciones se dará en los plazos convenidos y no podrá ser disminuido ni descontado, salvo con autorización expresa de la persona trabajadora y de acuerdo con la ley. Lo que el empleador deba a las trabajadoras y trabajadores, por cualquier concepto, constituye crédito privilegiado de primera clase, con preferencia aun a los hipotecarios. Para el pago de indemnizaciones, la remuneración comprende todo lo que perciba la persona trabajadora en dinero, en servicios o en especies, inclusive lo que reciba por los trabajos extraordinarios y suplementarios, a destajo, comisiones, participación en beneficios o cualquier otra retribución que tenga carácter normal. Se exceptuarán el porcentaje legal de utilidades, los viáticos o subsidios ocasionales y las remuneraciones adicionales. Las personas trabajadoras del sector privado tienen derecho a participar de las utilidades liquidadas de las empresas, de acuerdo con la ley. La ley fijará los límites de esa participación en las empresas de explotación de recursos no renovables. En las empresas en las cuales el Estado tenga participación mayoritaria, no habrá pago de utilidades. Todo fraude o falsedad en la declaración de utilidades que perjudique este derecho se sancionará por la ley.²⁴

²⁴ (Constitución de la Republica del Ecuador, 2015)

Código del Trabajo

Art. 2.- Obligatoriedad del trabajo.- El trabajo es un derecho y un deber social.

Art. 4.- Irrenunciabilidad de derechos. Los derechos del trabajador son irrenunciables. Será nula toda estipulación en contrario.

Art. 5.- Protección judicial y administrativa. Los funcionarios judiciales y administrativos están obligados a prestar a los trabajadores oportuna y debida protección para la garantía y eficacia de sus derechos.

Art. 7.- Aplicación favorable al trabajador.- En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, los funcionarios judiciales y administrativos las aplicaran en el sentido más favorable a los trabajadores.

Art. 153.- Protección a la mujer embarazada.- No se podrá dar por terminado el contrato de trabajo por causa de embarazo de la mujer trabajadora y el empleador no podrá reemplazarla definitivamente dentro del periodo de doce semanas que fija el artículo anterior.

Art. 195.1.- Prohibición de despido y declaratoria de ineficaz.- Se considerará ineficaz el despido intempestivo de personas trabajadoras en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad, en razón del principio de inamovilidad que les ampara.

Las mismas reglas sobre la ineficacia del despido serán aplicables a los dirigentes sindicales en cumplimiento de sus funciones por el plazo establecido en el artículo 187.

Art. 195.2.- Acción de despido ineficaz. Una vez producido el despido, la persona trabajadora afectada deberá deducir su acción ante la Jueza o el

Juez del Trabajo de la jurisdicción correspondiente al lugar donde este se produjo, en el plazo máximo de treinta días.

Admitida a trámite la demanda, se mandará citar en el plazo de veinticuatro horas a la parte empleadora y, en la misma providencia, se podrán dictar las medidas cautelares que permitan el reintegro inmediato al trabajo del trabajador afectado o la trabajadora afectada, mientras dure el trámite.

A la demanda y a la contestación se acompañarán las pruebas de que se disponga y se solicitarán las que deban practicarse.

En la referida providencia se convocará a audiencia que se llevará a cabo en el plazo de cuarenta y ocho horas contadas desde la citación. Esta iniciará por la conciliación y, de existir acuerdo, se autorizará por sentencia. A falta de acuerdo se practicarán las pruebas solicitadas.

La Jueza o el Juez de Trabajo, dictarán sentencia en la misma audiencia.

Contra la sentencia que admita la ineficacia será admisible el recurso de apelación con efecto devolutivo

Art. 195.3.- Efectos. Declarada la ineficacia, se entenderá que la relación laboral no se ha interrumpido por el hecho que la ha motivado y se ordenará el pago de las remuneraciones pendientes con el diez por ciento (10%) de recargo.

Cuando la persona trabajadora despedida decida, a pesar de la declaratoria de ineficacia del despido, 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.

Si la persona empleadora se negare a mantener en sus funciones a la persona trabajadora una vez que se ha dispuesto el reintegro inmediato de

la misma en la providencia inicial, o se haya establecido la ineficacia del despido en sentencia, podrá ser sancionada con la pena establecida en el Código Orgánico Integral Penal por el delito de incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente.

En cualquier caso de despido por discriminación, sea por afectar al trabajador debido a su condición de adulto mayor u orientación sexual, entre otros casos, fuera de los previstos para la ineficacia del despido, el trabajador tendrá derecho a la indemnización adicional a que se refiere este artículo, sin que le sea aplicable el derecho al reintegro.

En caso de despido injustificado de una persona con discapacidad, o de quien estuviere a su cargo la manutención de una persona con discapacidad será indemnizada de conformidad a lo estipulado en el Ley Orgánica de Discapacidades.²⁵

2.5.3 Doctrinario:

En la sentencia realizada por el Juez de la Unidad Judicial de Trabajo de Guayaquil, se tomó en consideración al emitir la sentencia de la Acción por Despido Ineficaz, Jurisprudencia Resolución Juicio No.380-95 Publicada en el R.O.S No 58 de 31-10-1996 Gaceta Judicial No.12 Serie XVI.

²⁵ (Trabajo, 2015)

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. Métodos de la investigación

El presente estudio aplica diferentes criterios de investigación los cuales entre los que destacaron:

Método Histórico.- Servirá para basarnos en acontecimientos reales y actuales dados en nuestra sociedad con respecto al Derecho de la no discriminación en contra de la mujer trabajadora en estado de embarazo en el Ecuador.

Método Analítico.- El cual nos servirá para analizar e identificar el problema materia de nuestra investigación y así poder concluir la problemática y llegar a la solución de la misma.

Método Sociológico.- En la sociedad cambiante, los mecanismos legales correspondientes, buscan hacer prevalecer los derechos de los ciudadanos de la manera más precisa posible. En la actualidad, con la reforma e implementación de nuevas normas legales, buscan encuadrar diversidad de conductas a una conducta jurídica tipificada en las leyes del país, y estas en armonía de los convenios internacionales que se encuentren en plena vigencia para su inclusión en nuestra legislación, de situaciones que se intenta prever, mas sin embargo se puede demostrar que por su incipiente aplicación puede ser susceptible de una reforma que de manera más eficiente proteja a la mujer trabajadora en estado de embarazo.

Método Deductivo - Inductivo.- En el procedimiento Deductivo se pudo aplicar los principios descubiertos a casos particulares, a partir de un alcance de juicio. La función de la deducción en la investigación fue doble: el primero consistió en

encontrar principios desconocidos, a partir de los conocidos. Y el procedimiento inductivo permite la formación de la idea principal, investigación de leyes científicas, y las demostraciones.

Método Comparado.- Este método se muestra como una herramienta útil al momento de evaluar los resultados que ofrece un ordenamiento jurídico respecto de algún instituto en particular; sin embargo, son frecuentes las críticas hechas al legislativo cuando se "importa" alguna norma o alguna figura que ha dado resultado en un ámbito específico y se intenta aplicar en nuestro ordenamiento desconociendo las necesidades propias de nuestro medio, es por eso que la revisión a legislaciones de otros países debe hacerse de manera crítica, sacando ventaja de la experiencia en punto de errores y aciertos para procurar una adaptación que respete nuestro medio socio cultural.

Método Cuantitativo.- Este método nos ayuda a través de ejemplificaciones de forma numérica, como por ejemplo estadísticas y porcentajes, implicando que nuestra investigación se puedan realizar preguntas específicas y de las respuestas de los encuestados obtener muestras numéricas, obteniendo así un resultado.

Método Cualitativo.- Este método ayuda a describir de forma minuciosa, eventos, hechos, personas, situaciones, comportamientos, interacciones que se observan mediante un estudio: y además anexa tales experiencias experiencias, pensamientos, actitudes, creencias que los participantes experimentan o manifiestan; por ende este método de investigación hace referencia a las cualidades.

3.2. Población y muestra.

En la presente investigación, nuestra población son los Profesionales del derecho, ya que en el Ecuador existen alrededor de 49198 Abogados Registrados, los mismos que se tomaran como población a los abogados inscritos en el Colegio de Abogados del Guayas.

CUADRO: No.001

| Población de Estudio | No. total |
|--------------------------------|-----------|
| Colegio de Abogados del Guayas | 14474 |

Fuente: JUAN ANDRES ROBALINO SOLEDISPA

Muestra: Es un grupo o porción del universo que puede ser utilizado para demostrar las características de la totalidad. En nuestro caso es una cantidad de personas que son entrevistadas para un estudio cuantitativo.

Población: "Una población es un conjunto de todos los elementos que estamos estudiando, acerca de los cuales intentamos sacar conclusiones". Levin & Rubin

Tamaño de la muestra: Constituye el número de sujetos que se seleccionan de una población o universo. Para calcular la población objeto se aplicó la siguiente fórmula:

$$n = \frac{k^2 * p * q * N}{(e^2 * (N-1)) + k^2 * p * q}$$

N: Es el tamaño de la población o universo.

k: Es el nivel de confianza indica la probabilidad de que los resultados de nuestra investigación sean ciertos: en nuestro caso es de un 95,5 % de confianza es lo mismo que decir que nos podemos equivocar con una probabilidad del 4,5%.

e: es el error muestral deseado. El error muestral es la diferencia que puede haber entre el resultado que obtenemos preguntando a una muestra de la población y el que obtendríamos si preguntáramos al total de ella.

p: es la proporción de individuos que poseen en la población la característica de estudio.

q: es la proporción de individuos que no poseen esa característica de estudio.

n: es el tamaño de la muestra.

El tamaño de la muestra fue calculada con el 4,5% de margen de error lo que significa que la muestra sea representativa:

$$n = \frac{2^2 * 0.5 * 0.5 * 14.474}{(10^2 * (100 - 1)) + 2^2 * 0.5 * 0.5}$$

La muestra da un equivalente a 149 personas

3.3. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

3.3.1 Técnicas

Las técnicas a utilizar serán de tipo investigativo debido a que servirán para medir las variables dependientes así como las independientes, entre las técnicas tenemos las siguientes:

Recolección de datos: Esta técnica es empleada para poder obtener una base de datos que nos facilita al momento de obtener los resultados y conclusiones.

Observación de Campo: La observación de campo es el recurso principal de la observación descriptiva; se realiza en los lugares donde ocurren los hechos o fenómenos investigados. La investigación social y la educativa recurren en gran medida a esta modalidad.

Cuantitativa: la información que se recuda de las respuestas dadas por los encuestados según el banco de preguntas elaborado, facilita su análisis y demostración grafica de los resultados obtenidos.

Cualitativa: La información que se obtiene por experiencias que otros comparten, y que su manifestación es de gran aporte para la fundamentación de la investigación.

3.3. 2 Instrumentos

En el proyecto de investigación se utilizaron los siguientes instrumentos.

Casos de Acciones de Despido Ineficaz: Indispensables para poder tener un análisis directo de la aplicación de la norma legal y criterio profesional propios de los jueces del tema investigativo.

Entrevistas y encuestas: a los señores profesionales del derecho de la ciudad de Guayaquil.

Matriz de encuesta.

Encuesta.- Matriz



UNIVERSIDAD LAICA VICENTE ROCAFUERTE DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

ENCUESTA A ABOGADOS Y JUECES

OBJETIVOS:

- Determinar el conocimiento de los profesionales de derecho, inherentes al tema de investigación.
- Compartir las experiencias profesionales de casos de discriminación en contra de mujeres trabajadoras en estado de embarazo.
- Saber consideran o no necesario realizar alguna mejora en la norma legal para aplicación de los derechos de este grupo prioritario.

Instrucciones

El presente trabajo de campo no tiene efectos, al encuestado permitirá recoger su visión del tema a investigar en tal virtud se le solicita leer detenidamente y contestar de la forma que la respuesta refleje su visión del tema. La información recabada será de absoluta reserva,

| | Pregunta | Muy de acuerdo | De acuerdo | En desacuerdo | Total desacuerdo |
|----|---|----------------|------------|---------------|------------------|
| 1 | ¿Esta de acuerdo que la normativa legal vigente que regula la discriminación en contra de la mujer trabajadora embarazada es clara? | | | | |
| 2 | ¿Está de acuerdo que en la Constitución Art. 11 numeral 2 segundo inciso, garantice el derecho a la no discriminación de las personas, entre ellas las mujeres embarazadas? | | | | |
| 3 | ¿Esta de acuerdo que el derecho a la no discriminación actualmente carece de norma legal expresa que regule, específicamente a las mujeres trabajadoras en estado de embarazo? | | | | |
| 4 | ¿Está de acuerdo que en los juzgados laborales de justicia se presenten casos de despido intempestivo, de los cuales, algunos se ejecuten en mujer trabajadora embarazada? | | | | |
| 5 | ¿Está de acuerdo que la Acción de despido ineficaz y la causal 1) del Art. 173 del Código del Trabajo son idóneos para impedir la discriminación contra la mujer trabajadora embarazada por parte de su empleador o jefe inmediato? | | | | |
| 6 | ¿Está de acuerdo de que sean incorporadas al Código del Trabajo, disposiciones de convenios internacionales referentes a la no discriminación contra la mujer trabajadora embarazada? | | | | |
| 7 | ¿Está de acuerdo que la última reforma realizada al Código del Trabajo ecuatoriano, establece una garantía protectora e integra a los derechos de las mujeres trabajadoras en estado de embarazo? | | | | |
| 8 | ¿Está de acuerdo que la legislación laboral ecuatoriana realice una reforma en el que precise de manera clara y concisa los actos de Injurias graves y discriminatorias contra la trabajadora embarazada? | | | | |
| 9 | ¿Está de acuerdo que normándose los actos por injurias graves y discriminatorias en la legislación laboral ecuatoriana de como resultado un impacto positivo ante la sociedad? | | | | |
| 10 | ¿Está de acuerdo que existiendo una sentencia en firme o Visto Bueno a favor de la Trabajadora en estado de embarazo, en el que se determine que la causa de la terminación de la relación laboral fue por su condición de preñez, pueda considerarse como precedente y prueba legítima, para reclamar judicialmente el reparo de daños y perjuicios? | | | | |

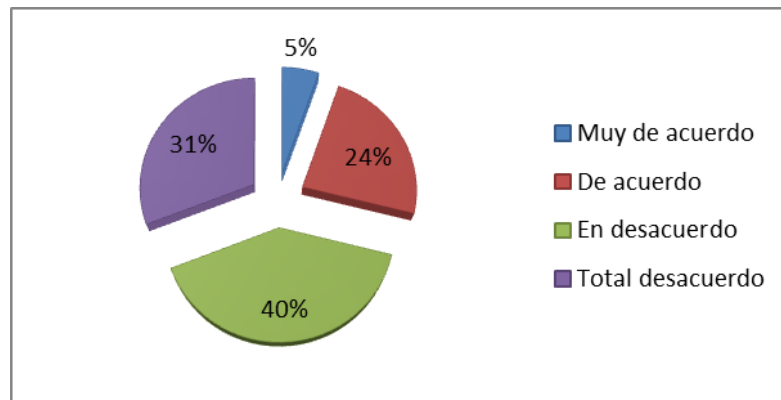
3.4 Tratamiento a la información procesamiento y análisis de las encuestas

Pregunta No. 1 ¿Esta de acuerdo que la normativa legal vigente que regula la discriminación en contra de la mujer trabajadora embarazada es clara?

Cuadro No. 1

| Alternativas | Población | % |
|------------------|-----------|-----|
| Muy de acuerdo | 8 | 5 |
| De acuerdo | 35 | 24 |
| En desacuerdo | 60 | 40 |
| Total desacuerdo | 46 | 31 |
| Total | 149 | 100 |

Gráfico No. 1



Fuente: Abogados del catón Guayaquil. **Autor:** Juan Robalino.

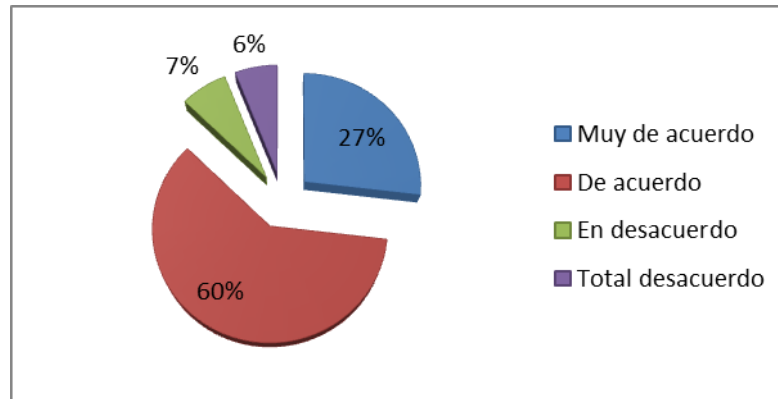
Análisis: En la información obtenida vemos como refleja que solo un 5% de los encuestados están realmente conforme con la normativa legal vigente, más un 24% le sigue con este criterio, sin embargo un 40% esta desacuerdo por cuanto la manifiesta la existencia de lagunas legales y un 31% está en total desacuerdo.

Pregunta No. 2 ¿Está de acuerdo que en la Constitución Art. 11 numeral 2 segundo inciso, garantice el derecho a la no discriminación de las personas, entre ellas las mujeres embarazadas?

Cuadro No. 2

| Alternativas | Población | % |
|------------------|-----------|-----|
| Muy de acuerdo | 40 | 27 |
| De acuerdo | 90 | 60 |
| En desacuerdo | 10 | 7 |
| Total desacuerdo | 9 | 27 |
| Total | 149 | 100 |

Gráfico No. 2



Fuente: Abogados del catón Guayaquil. **Autor:** Juan Robalino.

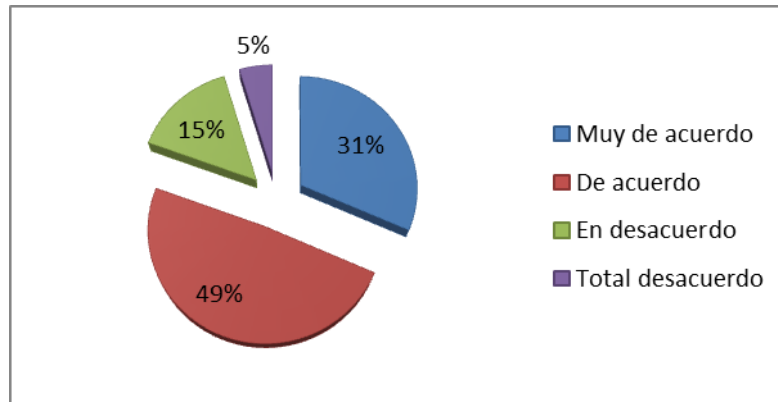
Análisis: El trabajo de campo muestra como resultado que el 27% de los encuestados manifiestan estar muy de acuerdo con la garantía a la no discriminación y así también lo manifiesta un 60% que dicen estar de acuerdo, más un grupo minoritario del 7 y 6% manifiestan no estar de acuerdo porque muchas garantías son pautas para el abuso.

Pregunta No. 3 ¿Esta de acuerdo que el derecho a la no discriminación actualmente carece de norma legal expresa que regule, específicamente a las mujeres trabajadoras en estado de embarazo?

Cuadro No. 3

| Alternativas | Población | % |
|------------------|------------|------------|
| Muy de acuerdo | 47 | 31 |
| De acuerdo | 73 | 49 |
| En desacuerdo | 22 | 15 |
| Total desacuerdo | 7 | 5 |
| Total | 149 | 100 |

Gráfico No. 3



Fuente: Abogados del catón Guayaquil. **Autor:** Juan Robalino.

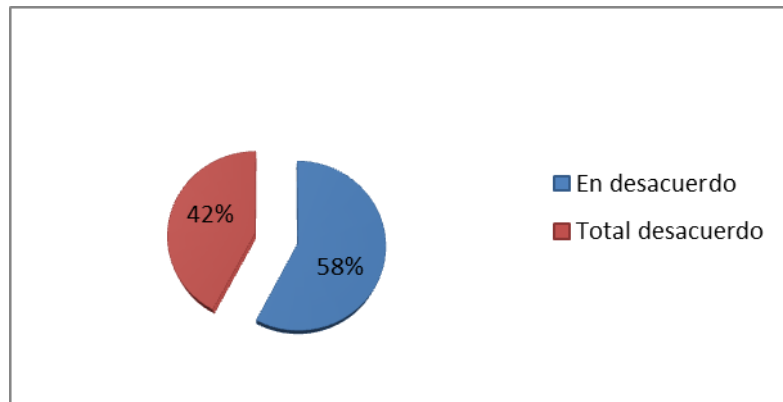
Análisis: Los resultados muestran que un 31 y 49 % de los encuestados están de acuerdo que la norma legal carece de disposiciones expresas que protejan a la mujer trabajadora de discriminaciones por su condición de embarazo, más un grupo minoritario del 15 y 5% manifiestan que no.

Pregunta No. 4 ¿Está de acuerdo que en los juzgados laborales de justicia se presenten casos de despido intempestivo, de los cuales, algunos se ejecuten en mujer trabajadora embarazada?

Cuadro No. 4

| Alternativas | Población | % |
|------------------|-----------|-----|
| Muy de acuerdo | 0 | 0 |
| De acuerdo | 0 | 0 |
| En desacuerdo | 86 | 58 |
| Total desacuerdo | 63 | 48 |
| Total | 149 | 100 |

Gráfico No. 4



Fuente: Abogados del catón Guayaquil. **Autor:** Juan Robalino.

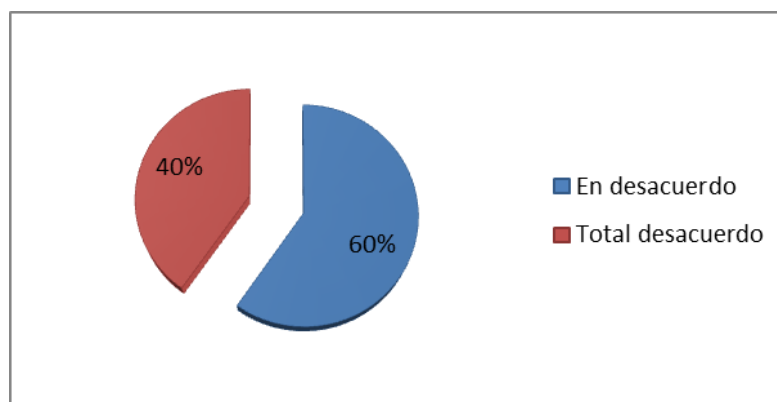
Análisis: Un 58% y 42% de los encuestados manifiestan estar en desacuerdo, por cuanto no se dificultad encuadrar las figuras del despido intempestivo con las actuales disposiciones sobre las injurias graves y discriminatorias

Pregunta No. 5 ¿Está de acuerdo que la Acción de despido ineficaz y la causal 1) del Art. 173 del Código del Trabajo son idóneos para impedir la discriminación contra la mujer trabajadora embarazada por parte de su empleador o jefe inmediato?

Cuadro No. 5

| Alternativas | Población | % |
|------------------|-----------|-----|
| Muy de acuerdo | 0 | 0 |
| De acuerdo | 0 | 0 |
| En desacuerdo | 89 | 60 |
| Total desacuerdo | 60 | 40 |
| Total | 149 | 100 |

Gráfico No. 5



Fuente: Abogados del catón Guayaquil. **Autor:** Juan Robalino.

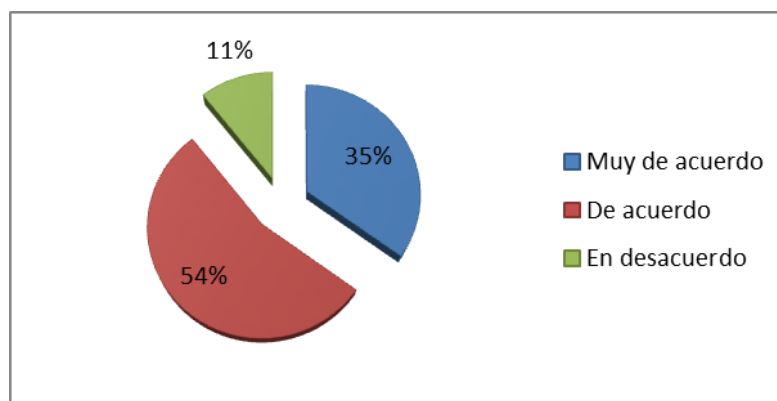
Análisis: Entre el 60% y 40% de los encuestados manifiestan no estar de acuerdo por cuanto la misma norma no especifica cómo dilucidar si son injurias graves o injurias discriminatorias.

Pregunta No. 6 ¿Está de acuerdo de que sean incorporadas al Código del Trabajo, disposiciones de convenios internacionales referentes a la no discriminación contra la mujer trabajadora embarazada?

Cuadro No. 6

| Alternativas | Población | % |
|------------------|-----------|-----|
| Muy de acuerdo | 52 | 35 |
| De acuerdo | 81 | 54 |
| En desacuerdo | 16 | 11 |
| Total desacuerdo | 0 | 0 |
| Total | 149 | 100 |

Gráfico No. 6



Fuente: Abogados del catón Guayaquil. **Autor:** Juan Robalino.

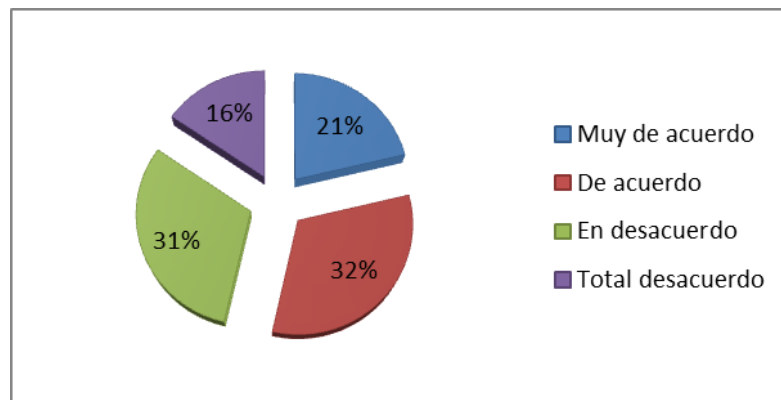
Análisis: Un 5 y 11% de los encuestados manifiestan estar de acuerdo a que sean incorporadas al Código del Trabajo disposiciones internacionales que protejan de manera más garantista a las mujeres en estado de embarazo sobre posibles actos discriminatorios que puedan ser sujetas por su empleador, más un 11% manifiesta no estar de acuerdo.

Pregunta No. 7 ¿Está de acuerdo que la última reforma realizada al Código del Trabajo ecuatoriano, establece una garantía protectora e integra a los derechos de las mujeres trabajadoras en estado de embarazo?

Cuadro No. 7

| Alternativas | Población | % |
|------------------|------------|------------|
| Muy de acuerdo | 33 | 21 |
| De acuerdo | 50 | 32 |
| En desacuerdo | 42 | 31 |
| Total desacuerdo | 24 | 16 |
| Total | 149 | 100 |

Gráfico No. 7



Fuente: Abogados del catón Guayaquil. **Autor:** Juan Robalino.

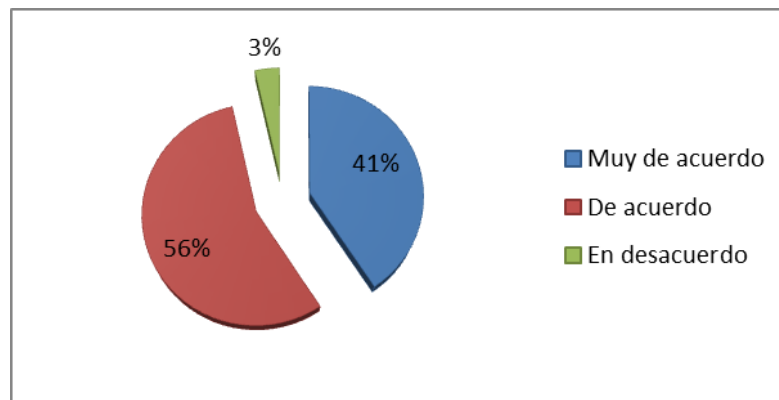
Análisis: un 21 y 32% de los resultados de las encuestas manifiestan estar realmente de acuerdos, más un grupo del 31 y 16% exponen su inconformismo por cuanto no es clara y da lugar a muchas interpretaciones.

Pregunta No. 8 ¿Está de acuerdo que la legislación laboral ecuatoriana realice una reforma en el que precise de manera clara y concisa los actos de Injurias graves y discriminatorias contra la trabajadora embarazada?

Cuadro No. 8

| Alternativas | Población | % |
|------------------|-----------|-----|
| Muy de acuerdo | 57 | 41 |
| De acuerdo | 78 | 56 |
| En desacuerdo | 5 | 3 |
| Total desacuerdo | 0 | 0 |
| Total | 149 | 100 |

Gráfico No. 8



Fuente: Abogados del catón Guayaquil. **Autor:** Juan Robalino.

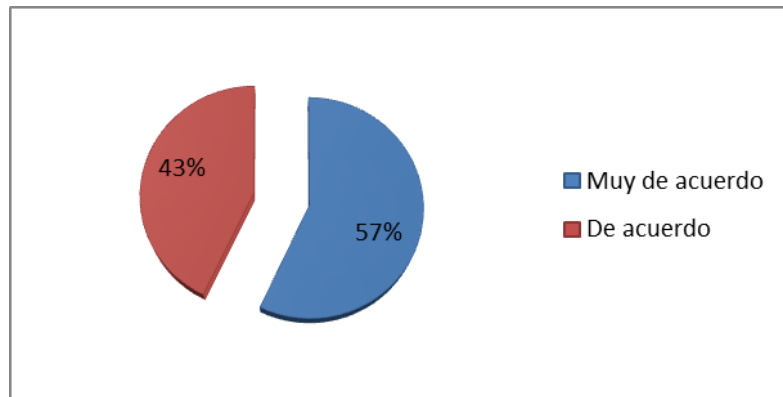
Análisis: El 41 y 56% de los encuestados manifiestan que es necesaria la reforma, más que un 3% manifiesta que no.

Pregunta No. 9 ¿Está de acuerdo que normándose los actos por injurias graves y discriminatorias en la legislación laboral ecuatoriana de como resultado un impacto positivo ante la sociedad?

Cuadro No. 9

| Alternativas | Población | % |
|-------------------------|-----------|-----|
| Muy de acuerdo | 85 | 57 |
| De acuerdo | 64 | 43 |
| En desacuerdo | 0 | 0 |
| Total desacuerdo | 0 | 0 |
| Total | 149 | 100 |

Gráfico No. 9



Fuente: Abogados del catón Guayaquil. **Autor:** Juan Robalino.

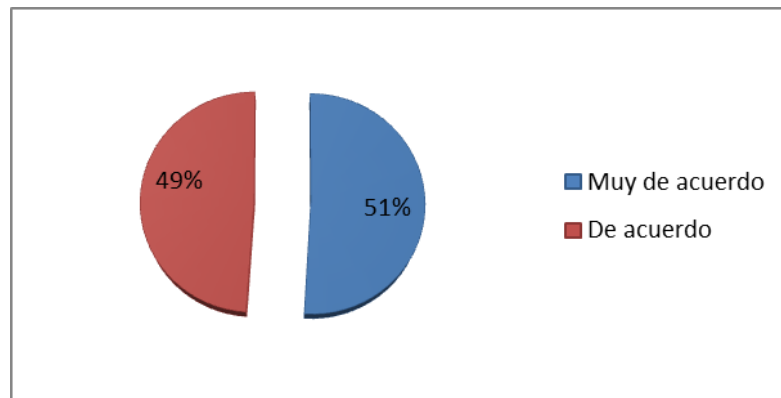
Análisis: La respuesta a esta pregunta fue afirmativa, pues un 57 y 43% de los encuestados manifiestan estar de acuerdo con que se normen las clases de injurias.

Pregunta No. 10 ¿Está de acuerdo que existiendo una sentencia en firme o Visto Bueno a favor de la Trabajadora en estado de embarazo, en el que se determine que la causa de la terminación de la relación laboral fue por su condición de preñez, pueda considerarse como precedente y prueba legítima, para reclamar judicialmente el reparo de daños y perjuicios?

Cuadro No. 10

| Alternativas | Población | % |
|------------------|------------|------------|
| Muy de acuerdo | 76 | 51 |
| De acuerdo | 73 | 49 |
| En desacuerdo | 0 | 0 |
| Total desacuerdo | 0 | 0 |
| Total | 149 | 100 |

Gráfico No. 10



Fuente: Abogados del catón Guayaquil. **Autor:** Juan Robalino.

Análisis: Los encuestados manifestaron que sería muy acertado que se considerara la resolución de los inspectores de trabajo y la sentencia de los jueces, como precedente para que la afectada pueda proponer una demandada por daños y perjuicios.

3.5 TRATAMIENTO A LA INFORMACIÓN PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS

ENTREVISTAS A LOS SEÑORES:

a), DR. JOOFRE AGUSTIN CEDEÑO HIDALGO - JUEZ DE LA UNIDAD JUDICIAL DE TRABAJO DEL CANTON GUAYAQUIL

b), DR. LUIS ALBERTO OLLAGUE GONZALEZ - JUEZ DE LA UNIDAD JUDICIAL DE TRABAJO DEL CANTON GUAYAQUIL.

PREGUNTAS

1.- ¿Qué opina usted sobre la discriminación laboral en contra de la mujer embarazada en el Ecuador?

a) En ese sentido hay que establecer fundamentalmente algunos aspectos que tienen que ver con la composición de nuestra sociedad, y Ecuador no es la excepción, Ecuador forma parte de Sudamérica y nuestro continente por lo general tiende a ser machista históricamente. Este sistema fundamental de analizar y que indudablemente con el correr del tiempo las mujeres han hecho conquistas fundamentales respecto a sus derechos y que de alguna manera pretenden equiparar los derechos que yo entiendo por los mismos que tiene el hombre pero que lamentablemente estos derechos de las mujeres se han quedado rezagados. Gracias a que en la actualidad se han suscrito muchos convenios a nivel internacional, lo que ha permitido de alguna manera que esos convenios se vayan poniendo en práctica en nuestra legislación y fundamentalmente pensar que los gobiernos de turno dado su orientación política han visto la necesidad, o no le han dado la respectiva importancia a esto que es fundamental en el desarrollo y la igualdad de género que debe existir entre el hombre como en la mujer. Entonces

estamos frente a una situación que actualmente existe un gobierno que en lo que aparece dentro de la política pública, ha dado interés a efecto de equilibrar esas desigualdades existentes, pero que de alguna manera se han ido mermando, contrarrestando, con las políticas públicas y paso importante es la Constitución de la Republica que se la aprobó en la Asamblea Constituyente de Montecristi y estimo que esta Constitución, es avanzada donde se reconocen estos derechos, en este caso una parte de esos derechos y en general derechos a la mujer,

No quiso apartarse del tema, pero en lo que respecta al reconocimiento de la afiliación a la mujer y otros temas, exclusivamente es un tema que le concierne a la mujer y que tiene que ver con el estado de gravidez, existiendo una realidad que no se puede ocultar.

La supremacía del capital sobre el ser humano que ha existido en nuestra sociedad ecuatoriana ha dado origen a que al empleador le interese más la producción que la misma condición, en este caso el de la mujer, entonces de esto se deriva a que la mujer en estado de gravidez pase a un segundo plano, lógicamente según la óptica que la sociedad desde donde prevalece el capital sobre el hombre, esa mujer no le va a rendir los frutos suficientes, no va estar en las mismas condiciones, pero reitero, gracias a una Constitución avanzada de una conciencia social de gobierno ha visto que tiene que equipararse esos derechos, porque de alguna manera se reconocen esos derechos y se pone un ¡pare! a este tipo de discriminación, porque evidentemente es una discriminación a una mujer por su condición de gravidez. La mujer fue hecha para concebir y entonces no debe de haber es tipo de discriminación ni desigualdades sino que debe comprenderse en un sentido amplio que eso es parte de la naturaleza, está dada así, y que por lo tanto no puede haber ese tipo de acciones discriminatorias, más aun cuando en nuestra realidad social actual que estamos viviendo, se necesita que tanto el hombre como la mujer laboren, trabajen.

b) Pienso que ahora existen leyes que contemplan disposiciones legales que prevén dichos actos, teniendo en primer lugar, que, la mujer en estado de embarazo en nuestra Constitución tan garantista como lo es la del 2008, es considerada parte del grupo vulnerable, mandando a que ella reciba atención prioritaria y a su vez garantizar la vida de su hijo desde la concepción, siendo una protección integral al que se le da a ellos. Hablando en el caso específico de una relación de trabajo, muchas mujeres o al menos gran parte de este grupo son producto de acoso, hostigamiento o de cierto rechazo que por su condición de ser mujeres y más aún el hecho de que su estado es causa de muchas obligaciones para con su empleador, estas son en su mayoría víctimas de muchos actos discriminatorios.

2.- ¿Cree usted que la nueva reforma realizada al Código de Trabajo es idónea para prevenir la discriminación en contra de la mujer trabajadora en estado de embarazo?

a) Pienso que muchísimo, yo pienso que es bastante importante esta norma, importante porque se frena en el sentido de que se frena un poco esa arbitrariedad por parte del empleador, e importante también en el hecho de que ahora su procedimiento es ágil, es decir no solamente está la norma, sino que se dictó su procedimiento, lo que quiere decir que esta puesta la provisión, pero así mismo en el caso de que el empleador pretenda infringir esa norma esta la respuesta que la tiene el mismo Poder Judicial a efecto de evitar eso, es decir existe un complemento muy bien hecho, porque inmediatamente se sanciona y los jueces estamos en la obligación de cumplir esa norma porque la Constitución de la Republica nos obliga a los jueces de que debemos respetar el Debido Proceso, debemos cumplir con la Seguridad Jurídica, que no es sino la existencia de normas claras, publicas al cual los administradores de justicia estamos en la obligación de cumplirlas y hacer cumplir lo dispuesto en aquellas normas, visto desde ese punto de

vista se hace que la norma sea eficaz, porque no solo es el hecho de la tipificación y luego se resuelve a tres, cinco años porque parecería que no tiene razón de ser, en este caso sí, porque nos obliga a los juzgadores a los administradores de justicia a aplicarla de manera inmediata.

- b)** Yo creo que es un gran avance que la ley logre aparte de esa progresión normativa de ley Constitucional del 2008, expedir la nueva ley de Justicia Laboral y consagrar en su cuerpo legal una nueva figura de despido. El despido ineficaz que se suma a las clases de despidos, teniendo así al Despido Intempestivo que es el Despido Ordinario, y tenemos el Despido Ilegal que es el despido a un miembro de alguna asociación y ahora se suma esta nueva modalidad de despido que comprende una indemnización bastante fuerte, y es que cuando tocan el bolsillo de los empleadores, ahí sí estas personas toman cuidado y prestan mucha atención de sus trabajadoras en estado de embarazo, y más que todo el debido respeto trato a las mismas.

3.- ¿Cuáles cree usted que fueron los motivos para que se haya reformado el Código de Trabajo, y asimismo se haya promulgado la nueva Ley Orgánica para la Justicia Laboral y el Reconocimiento del trabajo en el hogar?

- a)** Hay pasos fundamentales que ha dado el Ecuador y uno de ellos es la Constitución de la República del año 2008, que fue aprobada por el pueblo ecuatoriano y estableciendo disposiciones sumamente importantes, y es esa Constitución de la Republica la garantista de una serie de derechos, así mismo se encuentra el Ecuador suscrito a muchos Convenios y Tratados Internacionales de la Comisión de Derechos Humanos, donde existe legislación que pese a que el Ecuador es suscriptor de dichos convenios y tratados en ese entonces por el Congreso Nacional, actualmente por la

Asamblea Nacional, no se habían adecuados a la norma que actualmente estamos tratando y que ahora a través de las políticas públicas, es que existe mediante decreto del gobierno, la concientización social respecto a este tema y está muy bien que la legislación vigente desde abril 2015 lo haya incluido, no solamente durante el periodo de gestación, sino durante todo el tiempo del periodo del cuidado del niño y el de la lactancia.

- b)** El código de trabajo ya contemplaba una indemnización para la mujer embarazada la única diferenciación es que establece un procedimiento especial que tiene que ser resuelto dentro del a misma audiencia, es la antesala del procedimiento del juicio que se nos viene ahora con el COJEP. Hace años atrás se pretendía reformar el Código de Trabajo ya hay algunos avances, porque faltaban ciertas garantías normativas, es lo que nos quiere decir esta nueva ley de Justicia Laboral donde si bien el Código de Trabajo actual, antes de la promulgación de esta nueva Ley Orgánica para la Justicia Laboral y el Reconocimiento del trabajo en el hogar si comprende nuevas garantías para los trabajadores, establece indemnizaciones especiales, entre una de ellas podemos encontrar la inmediatez en beneficio a la mujer embarazada. Sin embargo, esta nueva ley la vuelve a contemplar pero con un procedimiento especial para la mujer trabajadora en estado de embarazo, un procedimiento que garantiza una mayor rapidez en su aplicación, un procedimiento que vela de forma más integral el cumplimiento de los derechos de la mujer trabajadora embarazada, y de esta forma poner en práctica y velar por su efectiva aplicación en armonía de las garantías que establece la Constitución, así como también de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

4.- ¿Usted podría manifestarnos algún caso en particular que haya tenido respecto a una mujer en estado de embarazo y si lo haya tenido como lo ha resuelto?

a) Sí, he tenido, tuve un caso de una trabajadora que planteo una demanda por despido ineficaz, inmediatamente lo califique, y el procedimiento establece que tengo que correrle traslado a la parte demandada, con la formulación de prueba para que tenga conocimiento y a su vez, una vez que conteste la demanda la demanda, así mismo tiene el derecho a anunciar sus pruebas, es decir es un sistema ágil, rápido a efecto que las partes cuando vayan a comparecer a la Audiencia Única conozcan plenamente de las pruebas que han solicitado y en esa audiencia poderlas evacuar. Lamentablemente a veces los abogados que patrocinan estas causas no se encuentran capacitados para defender estas causas, en este caso en particular el de la trabajadora, su Abogado defensor no se inteligencio exactamente cuál es el espíritu de esta norma, y es que el espíritu de esta norma es bien claro, cuando hubiere operado el despido intempestivo, en el caso que me correspondió conocer y que lo resolví, se había producido tres eventos que los llegue a conocer exactamente por medio de la anunciación de prueba que hizo la parte demandada, esto es que la actora había renunciado voluntariamente, que la actora había suscrito un acta de finiquito, que la actora había cobrado su liquidación por renuncia voluntaria, en este caso lo que le correspondía era la parte proporcional de los beneficios sociales, entonces reinstalada la audiencia, consecuencia que se dio dado a que la parte demandada había solicitado la confesión judicial y el reconocimiento de esos documentos, me correspondió como Juez llamar a la actora a efecto que reconozca los documentos entre los cuales estaban la renuncia voluntaria, los cobros de los valores y el acta de finiquito, y en mi presencia ella reconoció haber suscrito esos documentos, por lo que al no haberme demostrado vicio de consentimiento en la firma de los documentos ni error, fuerza, ni dolo, se colige con claridad de que nunca hubo despido

intempestivo, entonces me toco resolver en ese momento y manifesté de manera clara que no le concedía el Despido Ineficaz en razón de que no había existido despido intempestivo pues la misma actora había reconocido que renunció voluntariamente, entonces en ese sentido yo no sé, si es que no interpretan las norma porque es exclusivamente en este caso cuando se trata del despido intempestivo y reitero en el caso que me toco resolver no hubo despido intempestivo, pues había renunciado voluntariamente y había suscrito un acta de finiquito.

- b) No, hasta ahora en mi calidad de Juez de Trabajo no he avocado conocimiento de ningún caso de Despido Ineficaz, ya que la misma por su innovación, hace que su aplicación se innovadora y que para poder hacer uso de esta acción los abogados deben tener el pleno conocimiento y manejo de la misma.

5.- ¿Que opina usted sobre el Despido Ineficaz y su relación que guarda con la Injuria Discriminatoria recientemente tipificada en el Código de Trabajo?

- a) El despido ineficaz tiene que ver con el despido intempestivo a la mujer en estado de gravidez, si bien es cierto en la misma norma se hace relación a la discriminación por el tema de orientación sexual, yo pienso de que el tema discriminatorio, ósea que el despido de una mujer en estado de gravidez es un acto discriminatorio por lo que yo le he señalado anteriormente, discriminatorio es por el hecho del estado de gravidez de la mujer y eso se considera como injuria discriminatoria.
- b) Es una forma de despido que se incorpora a la legislación laboral ecuatoriana, recientemente en el mes de abril del presente año, momento en que esta nueva ley entró en vigencia. El Despido Ineficaz constituye la separación de la terminación de la relación laboral por parte del empleador

de manera injustificada, esta cuestión también se entendería que, al momento de querer proponer una petición de Visto Bueno por parte del trabajador, en contra de su empleador, este insinuaría la Injuria Discriminatoria en la cual se le ha encuadrado. La legislación ecuatoriana prevé los beneficios para la mujer trabajadora embarazada, mas sin embargo, no define las clases de injurias que esta se podría ver inmersa, evidentemente existe la necesidad de especificar dichos tipos de injurias discriminatorias, para así identificar con exactitud cuáles podrían considerarse como causal de Despido Injustificado al momento de que la trabajadora embarazada decida proponer Visto Bueno contra su empleador.

6.- ¿Si le propusieran a usted hacer una mejora en la reciente reforma que hubo en el Código de Trabajo, de que de manera explícita y concisa usted justificaría la necesidad de detallar la conceptualización y los requisitos para se constituya las injurias graves y las injurias discriminatorias en contra de la mujer trabajadora en estado de embarazo?

a) Lo que ocurre y ahí tengo yo mi reparo, estamos hablando de un hecho discriminatorio por la separación de la mujer por su estado, o estamos hablando de una injuria discriminatoria que es un asunto que tiene que probarse y que no es lo mismo que el hecho discriminatorio, porque el despido intempestivo es un hecho cierto, real, objetivo que debe ser probado en el tiempo real con las circunstancias bien determinadas, y las injurias discriminatorias tienen que ver con algo más subjetivo al individuo referente a probar esas injurias, en todo caso la norma recoge tanto el despido intempestivo así como también la discriminación que se pueda dar. La norma en el artículo 195.3 en su cuarto inciso habla de la discriminación respecto a la orientación sexual y a la persona adulta mayor, pero en el tema exclusivo que nos compete el de la injuria discriminatoria la mujer trabajadora en estado de embarazo me parecería que estamos ante otro

evento, que tiene otros componentes en donde tendría que comprobarse el tipo de injuria, pero que dé lugar en todo caso hacia otro ámbito.

- b)** Pues creo en lo personal que nos ayudaría mucho a los jueces, para así poder identificar exactamente la figura legal que estamos tratando, lo cual generaría una mayor calidad de nuestros fallos y de la misma manera hacer una correcta aplicación de la ley sin desnaturalizarla.

7.- ¿Está usted de acuerdo que en el Código de Trabajo vigente se especifiquen las injurias graves de las injurias discriminatorias?

- a)** Yo quiero puntualizarte algo, el Código de Trabajo dice las causas en que uno puede dar por terminado el contrato y ahí dice por injurias graves, pero no especifica que tenga que ver por el tema de embarazo. Bueno hablando del tema de injuria si sería buena una reforma en ese sentido, para que también se consideren las injurias discriminatorias para el caso de una mujer trabajadora que se encuentre en estado de gravidez, y si considero que sería pertinente que sea reformado.
- b)** Sí, porque no son iguales obviamente, mas sin embargo o sabemos con exactitud en que se diferencian una de la otra, lo cual al especificarla nos daría una imagen más clara que facilitaría a los jueces garantizar los derechos de las partes, sin conceder más de lo que la ley permite, pero así mismo sin perjudicar a alguna de las partes procesales.

3.5.1 ENTREVISTA AL SEÑOR PSICOLOGO INDUSTRIAL JOSE JAVIER VACA DIAZ, ANALISTA DE TALENTO HUMANO DEL HOSPITAL DE LA POLICIA NACIONAL DE GUAYAQUIL.

1.- ¿Qué opina usted sobre la discriminación laboral en contra de la mujer trabajadora en estado de embarazo?

Cuando hablamos del tema referente a la discriminación laboral, no solo estamos tomando en consideración como sujeto principal a la mujer embarazada sino también al niño que está dentro de ella, ya que la mujer en su calidad de trabajadora y su niño amparado en la Ley de la Niñez y Adolescencia, si bien es cierto que con estos actos discriminatorios que son realizados por la mayoría de los empleadores, se están transgrediendo los derechos no solo de la trabajadora sino a su vez, violentando los derechos del menor que se encuentran garantizados mucho antes de nacer y es que por el solo hecho de estar dentro del vientre materno, ya asume la calidad de víctima por la discriminación laboral que sufre su madre.

He escuchado que se han introducido nuevas disposiciones sobre materia laboral en nuestro país, y pues considero yo que si existe alguna otra ley que lo complementa en temas como la discriminación laboral a la mujer trabajadora en estado de embarazado, creo pertinente su aplicación, muy aparte de los beneficios que actualmente se encuentran en el Código del Trabajo tales como los beneficios de guardería y la licencia por lactancia que aún se encuentran vigentes y que ahora se ha extendido por una año. Pienso que es una manera de dar a la trabajadora embarazada una flexibilidad y facilidad con respecto a su condición frente a su relación laboral.

2.- ¿Conoce usted las normas legales que regulan la no discriminación contra la mujer trabajadora embarazada?

Sé que existen disposiciones en el Constitución y en el Código del Trabajo, más de ahí, desconozco la existencia de otros cuerpos legales.

3.- ¿Conoce usted que la Constitución de la República en su numeral 11 segundo inciso del Art. 66 establece el derecho a la no discriminación?

Sí, es un artículo que por lo general en el área que ejerzo se me hace indispensable su aplicación.

4.- ¿Cree usted que la mujer trabajadora embarazada sufre igual o mayor grado de discriminación por su condición tanto en el sector el público como en privado?

Bueno en lo que respecta en el sector privado, y en base a mi experiencia como Psicólogo Industrial puedo aportar, que si se llegase a conocer a una mujer que se encuentra en estado de embarazo se hace lo posible para no contratarla, y es que esa triste realidad se ha mantenido bajo este paradigma dentro de las políticas internas de la mayoría de las compañías privadas, tanto es así, que cuando se hace la contratación de una trabajadora se le hace un aviso de que esta no puede quedar embarazada sino pasado el año. En el sector público se maneja este asunto con mucha seriedad y responsabilidad en las obligaciones de esta índole, pero siempre se trata de cuidar y ver cuáles son las aéreas de trabajo ocupacionales ya que se toma en consideración si la trabajadora esta física y mentalmente apta para la función que está desempeñando y que esta sea de riesgo para ella y su hijo.

5.- ¿A lo largo de su carrera como Psicólogo Industria ha conocido actos discriminatorios en contra de alguna mujer trabajadora embarazada?

Sí, en muchas ocasiones he estado presente en la selección del personal de varias compañías e instituciones, en lo que respecta, han habido como postulantes al cargo chicas que han estado en estado de gestación, parte de mis funciones como Psicólogo Industrial y parte del área de Talento Humano es comunicar a mis superiores las condiciones y los perfiles de cada uno de los aspirantes al cargo vacante, y ellos optan por no contratarlas por temas de costos, ya que al contratarla representaría invertir en una mujer que estará solo

por unos meses realizando sus funciones con normalidad y luego de ello, la trabajadora iniciaría con solicitar permisos lo cual originaría una problemática para la compañía y se vería en la necesidad de contratar a otra persona quien cubra esas funciones que realiza la mencionada trabajadora en estado de embarazo y consecuentemente sería pagar otro salario y las compañías no ven rentable esa modalidad.

6.- ¿Sabe usted de algún mecanismo legal que impida la discriminación en contra de la mujer embarazada?

Bueno tengo por saber que dentro del Código de Trabajo hasta antes de su reforma, contemplaba disposiciones para la mujer trabajadora en estado de embarazo, mas a mi parecer no creía que estas eran lo suficientemente proteccionistas, sin embargo como es de conocimiento público con la nueva reforma realizada a la ley laboral, tendría que analizar en aspecto han mejorado estas disposiciones a favor de este grupo vulnerable. Este es el único mecanismo conocido y aplicado a mi criterio.

7.- ¿Sabe usted de alguna disposición recientemente tipificada por última reforma que hubo en el Código de Trabajo concernientes al tema de la discriminación a la mujer trabajadora en estado d embarazo?

Sinceramente desconozco las nuevas disposiciones que se han incorporado al Código de Trabajo en la última reforma que hubo.

8.- ¿Ha escuchado sobre la injuria discriminatoria?

No, no he escuchado, solo de las Injurias graves.

9.- ¿En qué cree usted que consiste la figura de las Injurias Discriminatorias?

Bueno no podría definirla, pero en lo que a mí respecta estamos en un sistema capitalista donde el sector privado vela por sus intereses y considera que la productividad de su compañía es mucho más más importante de que quien lo

ejecuta, es así, que si no existe un beneficio por la contratación de una trabajadora que se encuentra embarazada, es más bien considerada como una mala inversión y en lo consecuente una pérdida para la compañía, eso es lo que da origen a que se la clasifique distintamente a dicha trabajadora de los demás trabajadores que laboran en su entorno, pudiendo manifestarse actos discriminatorios de toda índole; En cambio en el sector público esta situación se está manejando de manera más cuidadosa, más diligente, en el que se vela por no discriminar a ningún trabajador por cualquiera que se a su condición y en el caso particular a la mujer trabajadora embarazada.

ANÁLISIS DE LAS ENTREVISTAS

1. De las entrevistas realizadas se ha llegado a la conclusión de que los entrevistados conocen de la existencia de la norma y disposiciones legales que protegen a la mujer trabajadora en estado de embarazo.
2. Uno de los tres entrevistados desconoce la existencia de mecanismos actuales que se han incorporado en el Código del Trabajo después de su última reforma, así como también la expedición de la nueva Ley Orgánica para la Justicia Laboral y el Reconocimiento del trabajo en el hogar, es decir que existe falta de información de las nuevas disposiciones que se han tipificado.
3. Los entrevistados concuerdan con que se debe considerar necesario la ejecución de un proyecto de ley en el que se determine las conceptualizaciones de las clases de injurias que contempla el Código del Trabajo, para que su interpretación y aplicación sea de mayor facilidad y eficacia para todas las personas, y así evitar malas interpretaciones que pueden desnaturalizar estas clases de injurias.

3.6 Presentación de resultados

CONCLUSIONES

1. Los resultados obtenidos del trabajo de campo en las preguntas 1 y 2, nos deja como conclusión : Que no es de conocimiento de la mayoría de las personas las disposiciones legales que regulan el derecho a la no discriminación a la mujer trabajadora en estado de embarazo y sus mecanismos de garantizar los mismos, dado a que no todos le dan la importancia necesaria de conocer estos derechos y por otro lado esto es consecuencia por la reciente promulgación de las nuevas disposiciones del Código de Trabajo y La Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar,
2. Si bien es cierto que antes de la reforma que sufrió el Código de Trabajo el 20 de Abril del 2015, no existía disposición legal alguna que regle de manera concreta la discriminación a la mujer trabajadora en estado de embarazo, no es menos verdad que actualmente en base a la información recaudada por las entrevistas y encuestas realizadas, nos muestra que actualmente existe disposiciones legales que regulan este tipo de actos discriminatorios, mas sin embargo, como toda nueva ley y disposiciones, son susceptibles de una nueva reforma que mejoren su aplicación, por los vacíos que aparecen con el tiempo y en su práctica, que en nuestro caso no es la excepción.
3. Se conoce el mecanismo legal, más no en su totalidad, y este desconocimiento es el que deja a las mujeres trabajadoras embarazadas susceptibles a que se les lesionen sus derechos y consecuente mente sus bienes jurídicos.
4. En ciertos sectores es de conocimiento que la única forma para poder solicitar el reparo por actos de discriminación laboral, es mediante una Acción Constitucional o por la civil bajo la figura jurídica del daño moral.

5. Se debe hacer una nueva reforma que regule de manera clara y precisa las Injurias Discriminatorias, que para nuestro caso en específico es el de la mujer trabajadora en estado de embarazo, siendo la Asamblea Nacional la encargada de establecer un Proyecto de Reforma a Ley Laboral que sirva para suplir vacíos legales, los mismos que están consagrados en la Constitución de la República, en los Tratados y Convenios Internacionales reconocidos por nuestra Carta Magna, así como también ahora, el Código del Trabajo y la nueva Ley Orgánica para la justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el hogar.
6. Existen ahora acciones legales que velen por las trabajadoras en estado de embarazo, esto gracias a la última reforma que hubo al Código de Trabajo, mas sin embargo, los concedores del derecho creen que se debe considerar necesaria la ejecución de un proyecto de Reforma a Ley Laboral, en el que norme las clases de Injurias Discriminatorias, en especial para las mujeres trabajadoras en estado de embarazo, y así encuadrar actos discriminatorias irrogados por los empleadores a este grupo vulnerable por su condición de embarazo.

RECOMENDACIONES:

1. Proponer una conceptualización en la Ley laboral, referente a las injurias graves y discriminatorias, para así, realizar una mejor interpretación y aplicación de la ley, y consecuentemente seguir los preceptos señalados en los Instrumentos Internacionales y la Constitución.
2. La falta de conceptualización y especificación de las injurias graves de las injurias discriminatorias, hacen que haya vacíos legales para así, poder determinar cuáles son las clases de injurias que se consideran como discriminatorias en el caso de las mujeres trabajadoras en estado de embarazo,

lo que nos permite recomendar una correcta tipificación de esta disposición legal.

3. Ante la necesidad de reformar la normativa legal que regula las injurias discriminatorias, sugerimos a la Asamblea Nacional la creación de un Proyecto de Reforma de Ley que servirá para regular los derechos constitucionales de todas las mujeres trabajadoras ecuatorianas.
4. Las normas jurídicas que protegen el derecho a la no discriminación en contra de las mujeres trabajadoras en estado de embarazo, y el no saber qué mecanismos pueden ser accionados para el resarcimiento de sus derechos, deja a este grupo en un estado de vulnerabilidad y más aún, si dentro de la normativa legal no se especifica las clases de injurias discriminatorias que puedan suscitarse, en nuestro caso específico guardando relación que la discriminación es raíz por la condición de embarazo de la trabajadora. Por lo que se considera necesaria la ejecución de un proyecto de Reforma de ley en el que se tipifique de manera clara y concreta las clases de injurias discriminatorias, ya que por su naturaleza es muy amplia su definición y podría ser mal interpretada.

CAPÍTULO IV

LA PROPUESTA

Proponer reformar la Ley Laboral en lo concerniente a las injurias discriminatorias en contra de las trabajadoras en estado de embarazo. Esta reforma a la Ley Laboral contendrá la conceptualización de las clases de injurias discriminatorias que serán consideradas como causales para que la trabajadora en estado de gestación pueda solicitar la terminación de la relación laboral previo Visto Bueno o por el accionar del aparato de justicia mediante una Acción de Despido Ineficaz.

4.1 Título de la propuesta

LA CREACIÓN DE UN PARÁGRAFO EN EL QUE SE TIPIFIQUE LAS CLASES DE INJURIAS DISCRIMINATORIAS QUE CONLLEVEN A LA CORRECTA APLICACIÓN DE LA NORMA LEGAL Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA TRABAJADORA EN ESTADO DE EMBARAZO.

4.2 Justificación de la Propuesta

Como producto de la investigación preliminar, se propone la reforma al Código del Trabajo en el cual se deberá tipificar dentro de sus causales para dar por terminado el contrato de trabajo por la trabajadora embarazada, las clases de injurias discriminatorias que esta haya sido víctima por su condición por parte de su empleador, de sus jefes inmediatos o de sus compañeros de trabajo con anuencia del empleador.

Es menester indicar que mi propuesta va encaminada a que exista una correcta tipificación que norme la discriminación contra la mujer trabajadora embarazada, mediante mecanismos como el visto bueno o la sentencia

ejecutoriada que determine la clase de discriminación que se ha irrogado a la trabajadora, y así mismo que se cumpla con las disposiciones que contemplan las leyes, la Constitución de República y los convenios internacionales ratificados por el Ecuador en materia de Derechos Humanos.

Mi propuesta es independiente del perfecto derecho que tiene la trabajadora embarazada a interponer directamente una acción de índole civil, penal o constitucional como es la Acción de Protección.

4.3 Objetivo General de la Propuesta

Culturizar a la ciudadanía en especial al sector de trabajo público y privado a la protección hacia las trabajadoras en estado de embarazo, mediante una correcta aplicación de la norma jurídica especificando de manera clara y concisa las clases de injurias discriminatorias que se considerarían como causales para dar por terminado la relación laboral y/o poder iniciar acciones legales contra la persona agresora, pudiendo ser esta su empleador, jefe inmediato o compañeros de trabajo con anuencia de su empleador .

4.4 Objetivos Específicos de la Propuesta

- Identificar los vacíos de omisión, redacción y falencia del artículo 173 del Código del Trabajo.
- Evaluar las respuestas de los Profesionales del Derecho del Colegio de Abogados del Cantón Guayaquil sobre el artículo 173 del Código Orgánico del Trabajo.
- Crear un párrafo exclusivo para las clases de injurias en el Código del Trabajo.

4.5 Hipótesis de la Propuesta

La creación del párrafo de la conceptualización y requisitos referentes a las clases de injurias graves y discriminatorias en el Código del Trabajo servirá para que los operadores de Justicia tengan de manera clara y específica ante qué situación jurídica se encuentran, es decir, identificar la tipología del acto discriminatorio, evitando así que esta causal sea aplicada de manera incorrecta e ilegítima, y a su vez ayude a determinar qué actos se consideran o no como discriminatorios dentro del grupo de injurias discriminatorias contra la mujer trabajadora en estado de embarazo.

4.6 Listado de Contenido

1. Transcripción del artículo 173 del Código del Trabajo sobre las causas para que el trabajador pueda dar por terminado el contrato de trabajo, para demostrar que en el primer inciso, en lo referente al tema de injurias discriminatorias señalar sus omisiones.
2. Definición clara y precisa de injurias graves e injurias discriminatorias, basadas en las diferentes conceptualizaciones que han emitidos los diversos profesionales del tema.
3. Crear un Párrafo para el tema de las injurias discriminatorias en el Código del Trabajo, establecido y fundamentado por las opiniones de jueces de Trabajo y de los convenios internacionales que el Ecuador se encuentra ratificado.
4. Parámetros e indicadores que permitan regular de manera eficaz los derechos de la mujer trabajadora en estado de embarazo frente a los actos de discriminación, así como también concientizar a los empleadores, jefes inmediatos o compañeros de trabajo a respetar los derechos de este grupo prioritario.

4.7. Desarrollo de la Propuesta

Considerando

Que, la Declaración de Derechos Humanos manifiesta que “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”

Que, la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer menciona “Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado”

Que, la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer “Nada de lo dispuesto en la presente Convención podrá ser interpretado como restricción o limitación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos o a otras convenciones internacionales sobre la materia que prevean iguales o mayores protecciones relacionadas con este tema”

Que el artículo 3 de la Constitución de la República dispone que es deber primordial del Estado garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos constitucionales y consagrados en los instrumentos internacionales, en particular la seguridad social, entre otros; y el planificar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza, para acceder al buen vivir.

Que el artículo 33 de la Constitución de la República establece que el trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado.

Que la Constitución de la República en su artículo 120 numeral 6, establece como atribución de la función legislativa la de expedir, codificar, reformar, derogar leyes e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio.

Que de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 326 de la Carta Magna, los derechos laborales son irrenunciables e intangibles, siendo nula toda estipulación en contrario.

Que de acuerdo a la referida norma constitucional, toda persona tendrá derecho a desarrollar sus labores en un ambiente adecuado y propicio, que garantice su salud, integridad, seguridad, higiene y bienestar.

Que por disposición del Artículo 331 de la Constitución de la República es deber del Estado garantizar a las mujeres igualdad en el acceso al empleo, a la formación y promoción laboral, profesional y a la remuneración equitativa. Se adoptarán todas las medidas necesarias para eliminar las desigualdades y se prohíbe toda forma de discriminación, acoso o acto de violencia de cualquier índole, sea directa o indirecta, que afecte a las mujeres en el trabajo.

Que el Artículo 332 del cuerpo constitucional señala que 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.

Que el Artículo 340 de la Constitución señala que el Sistema Nacional de Inclusión y Equidad Social estará conformado, entre otros, por el ámbito de la Seguridad Social.

Que entre los objetivos del Régimen de Desarrollo constitucionalmente establecido, se encuentra el de construir un sistema económico, justo, democrático, productivo, solidario y sostenible basado en la distribución igualitaria de los beneficios del desarrollo, de los medios de producción y en la generación de trabajo digno y estable.

En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales expide la siguiente:

Parágrafo

Incorpórese al Art. 173 del Código del Trabajo lo siguiente:

CAUSAS PARA QUE EL TRABAJADOR PUEDA DAR POR TERMINADO EL CONTRATO DE TRABAJO

173.- Causas para que el trabajador pueda dar por terminado el contrato de trabajo.- El trabajador podrá dar por terminado el contrato de trabajo, y previo visto bueno, en los casos siguientes:

1.- Por injurias graves inferidas por el empleador, sus familiares, representantes al trabajador o compañeros de trabajo con anuencia del empleador, su cónyuge o conviviente en unión de hecho, ascendientes o descendientes. En caso de las que las injurias sean discriminatorias la indemnización será igual a la establecida en el segundo inciso del artículo 195.3 de este Código, entiéndase como injurias graves y discriminatorias las siguientes:

- a)** Se consideran injurias graves: a todo acto u omisión de una de las partes del contrato que afecte o lesione intereses legítimos de la otra, para fundamentar la ruptura de la relación que reviste especial gravedad de una situación determinada.
- b)** Son injurias discriminatorias: aquellos actos realizados por el empleador, jefe inmediato o compañeros de trabajo con anuencia del empleador contra el trabajador sea por su condición de adulto

mayor, orientación sexual, embarazo, u otros que sean considerados como discriminatorios según la Constitución de la República del Ecuador y por convenios o tratados internacionales ratificados por el Estado ecuatoriano, afectando de esta manera la seguridad, el honor o los intereses del trabajador o el de su familia, dando lugar a la ruptura del contrato de trabajo, pudiendo alegar el trabajador su despedido.

2.- Por disminución o por falta de pago o de puntualidad en el abono de la remuneración pactada; y,

3.- Por exigir el empleador que el trabajador ejecute una labor distinta de la convenida, salvo en los casos de urgencia previstos en el artículo 52 de este Código, pero siempre dentro de lo convenido en el contrato o convenio.

Agréguese después del Art.173 del Código del Trabajo el siguiente Art.:

REQUISITOS PARA ALEGAR INJURIAS GRAVES E INJURIAS DISCRMINATORIAS

Art...- Requisitos para alegar injurias graves.- Al momento de alegar la falta por injurias graves, la misma debe reunir las siguientes características:

- a)** La injuria debe ser de orden económico o moral.
- b)** La injuria no requiere dolo.
- c)** La injuria debe ser invocada por el afectado
- d)** La sanción debe ser proporcionada a la falta cometida por una de las partes.

- e) La injuria debe ser valorizada en función del principio de la buena fe ya que el hecho de despedir o darse por despedido se transforma en abusivo.
- f) El despido debe ser declarado posteriormente a la injuria, siendo el lapso de tiempo entre ambos debe ser suficientemente breve para excluir la hipótesis que la falta ha sido consentida.

Art... Requisitos para alegar injurias discriminatorias.- Al momento de alegar la falta por injurias discriminatorias, la misma debe reunir las siguientes características:

- a) La injuria debe ser por su condición física, psíquica y moral.
- b) La injuria requiere dolo, para determinar la intención del sujeto.
- c) La injuria debe ser invocada por el afectado.
- d) La injuria debe tener un efecto altamente lesivo a sus derechos reconocidos en la Constitución de la República o de los convenios y tratados internacionales ratificados en el Ecuador.
- e) La injuria debe ser valorizada en función del principio de la buena fe ya que el hecho de despedir o darse por despedido se transforma en abusivo.
- f) El despido debe ser declarado posteriormente a la injuria, siendo el lapso de tiempo entre ambos debe ser suficientemente breve para excluir la hipótesis que la falta ha sido consentida.

4.8. Impacto o Beneficio obtenido

El impacto se podrá apreciar en forma inmediata dado que son muchas las trabajadoras que a lo largo de la historia ecuatoriana, por su condición de embarazo han sido víctimas de actos discriminatorios de toda índole por parte de su empleador. Es de fehaciente conocimiento que desde un inicio el Código Obrero carecía de disposición legal que regule tales actos discriminatorios, mas sin embargo, con la última reforma que sufrió el Código del Trabajo y con expedición de la nueva Ley Orgánica para la Justicia Laboral y del Reconocimiento de Trabajo en el Hogar, actualmente otorgan el procedimiento y las sanciones pertinentes para poder hacer prevalecer los derechos de este grupo vulnerable. Es así, que con la aprobación de la presente propuesta mejorara el sistema de justicia laboral en la correcta aplicación de la norma legal, amplificando de esta manera sus beneficios y garantías a favor de las partes que se crean asistidas.

El producto será la reforma de la norma legal que otorgue una mejor aplicación y con ello una mayor protección a estos derechos y garantías personales.

El beneficio será la seguridad jurídica que se brinden a todas las ciudadanas trabajadoras en estado de embarazo y en especial sus derechos y los de su hijo que lleva en su ser, los cuales pueden corren el riesgo de ser vulnerados.

El objetivo, será la incorporación de la disposición legal que brindará la ayuda necesaria para todas las trabajadoras que laboren tanto en el sector público, como en el privado, quienes podrán accionar el aparato de justicia de manera segura para así hacer prevalecer sus derechos reconocidos por la Constitución de la Republica, las leyes y convenios internacionales.

4.9. Validación de la propuesta.

Esta propuesta fue presentada a distintos Jueces Laborales del cantón de Guayaquil, los mismos que expresan sus criterios referentes a la propuesta de esta tesis:

El Dr. Roger Olmedo Moreira, quien actualmente desempeña el cargo de Juez de la Unidad Judicial de Trabajo de Guayaquil, considera que la propuesta se encuentra adecuada a las normas legales pertinentes dentro del marco legal de nuestra constitución y los tratados Internacionales.

El Dr. Factel Noel Cevallos, actualmente desempeña el cargo de Juez de la Unidad Judicial de Trabajo de Guayaquil, considera que dicha propuesta es muy necesaria para una mejor aplicación de la normativa legal y en sus obligaciones como Juez laboral.

Así mismo el Dr. Leandro Duque Ortega, actualmente desempeña el cargo de Juez de Unidad Judicial de Trabajo de Guayaquil, considera que la propuesta es innovadora y precisa su incorporación al Código del Trabajo, para una mejor y eficaz aplicación de la norma.

CONCLUSIONES

- Teniendo en consideración que antes de la última reforma que se realizó al Código de Trabajo, el 20 de Abril del 2015, no existía disposición legal alguna que velara por los derechos de las trabajadoras en estado de embarazo frente a actos discriminatorios irrogados por su empleador, esta idea es compartida con los encuestados y entrevistados, los mismos que dan a conocer su conformidad con la actual reforma realizada al Código de trabajo y con la nueva Ley Orgánica para la Justicia Laboral y del Reconocimiento del Trabajo en el Hogar.
- Como resultado de las encuestas y entrevistas realizadas a profesionales del área y especialistas del tema tratado, han mencionado como aporte personal y profesional, que aun con la positiva reforma realizada al Código de Trabajo y con la expedición de la incipiente Ley Orgánica para la Justicia Laboral y del Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, manifiestan que existen lagunas legales dentro de la normativa legal, mismas que se verían en la necesidad de someter a una reforma de ley que contemple disposiciones legales que reglen dichos vacíos.

RECOMENDACIONES

- El presente Proyecto de Reforma de Ley, es para que sea tomado en consideración y analizado por la Comisión Legislativa y de Fiscalización de la Asamblea Nacional, con el fin de aprobar mediante una reforma al Código de Trabajo, la normativa legal propuesta que maximizaría la protección del derecho a la no discriminación contra la mujer trabajadora en estado de embarazo.
- Que el artículo referente a las causas para que el trabajador pueda dar por terminado el contrato de trabajo sea reformado, a fin de que este contemple las clases de Injurias Discriminatorias, y así de esta manera facilitar su aplicación, mencionando desde un inicio clase de acto discriminatorio que ha sufrido la trabajadora en estado de embarazo con su hijo por parte del su empleador, Jefe inmediato o compañeros de trabajo con anuencia del empleador.

FUENTES BLIBLIOGRAFICAS

Bibliografía

- Dr. José Luis Abreu Quintero . (Mazro de 2013). *spentamexico*. Recuperado el 07 de Septiembre de 2015, de [http://www.spentamexico.org/v8-n1/A18.8\(1\)249-255.pdf](http://www.spentamexico.org/v8-n1/A18.8(1)249-255.pdf)
- Accion de despido inficaz, 2535-2015 (Juez de la unidad Judicial de Guayaquil Mayo de 2015).
- ANNA FLOTATS. (08 de Marzo de 2014). *Diario Público*. *Display Connectors*. SL. Recuperado el 07 de Septiembre de 2015, de <http://www.publico.es/actualidad/ocho-etapas-discriminacion-laboral-mujeres.html>
- Asamblea Nacional Constituyente. (22 de mayo del 2015). *Constitucion de la Republica del Ecuador*. Quito: Corporacion de Estudios y Publicaciones.
- Comisión para la Igualdad de Oportunidades en el Empleo. (18 de Mayo de 2007). *Comisión para la Igualdad de Oportunidades en el Empleo*. Recuperado el 16 de Agosto de 2015, de <http://www.eeoc.gov/spanish/types/pregnancy.html>
- Consejo Nacional de Mujeres, Quito (Ecuador). (01 de Septiembre de 2015). *Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura*. Obtenido de Biblioteca Venezuela, Costa Rica: <http://www.sidalc.net/cgi-bin/wxis.exe/?IsisScript=iicacr.xis&expresion=CIDIA&cantidad=50&formato=2&proxdoc=451&ascendente=&tc=>
- Constitución de la Republica del Ecuador. (Octubre de 2015). Derecho a la no discriminación. *Arts. 11 numeral 2;43 numeral 1 y 55 numeral 4* . Guayaquil, Guayas, Ecuador: Corporacion de Estudios y Publicaciones.
- Dr. José Luis Abreu Quintero. (Marzo del 2013). Antecedentes de la discriminación. *Daena: International Journal of Good Conscience.*, 249-255.

- DRA. MARÍA PAULA DELGADO PLAZA. (s.f.). *Revista Jurídica-Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil*. Recuperado el 22 de Septiembre de 2015, de http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=24&Itemid=39
- El Universo. (24 de Julio de 2014). En Australia, un 49% de madres y embarazadas sufren discriminación laboral.
- Flor Goche. (08 de Marzo de 2013). *Contralinea.mx*. Recuperado el 5 de Agosto de 2015, de <http://contralinea.info/archivo-revista/index.php/2013/03/08/embarazo-principal-cause-de-discriminacion-laboral-contra-las-mujeres/>
- Guastavino, M. N. (2008). La doctrina constitucional sobre discriminación directa por razón de embarazo en el siglo XXI. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, (73), 171-204.
- Hopenhayn, Martín & Bello, Alvaro. (Marzo de 2013). *Spentamexico*. Recuperado el 07 de Septiembre de 2015, de [http://www.spentamexico.org/v8-n1/A18.8\(1\)249-255.pdf](http://www.spentamexico.org/v8-n1/A18.8(1)249-255.pdf)
- Lydia Guevara Ramírez. (11 de Junio de 2011). *ASOCIACION LATINOAMERICANA DE ABOGADOS LABORALISTAS*. Recuperado el 15 de Junio de 2015, de <http://lguevara-derecholaboral.blogspot.com/2011/06/que-es-la-discriminacion-laboral.html>
- Trabajo, C. d. (2015). *Acción por Despido Ineficaz*. Guayaquil: Ediciones Legales.
- wordpress. (Abril de 2011). Ideología de genero. *El papael de la mujer a traves de la historia*. wordpress.
- wordpress. (Abril de 2011). *wordpress.com*. Recuperado el 07 de Septiembre de 2015, de <https://ideologiadegenero.wordpress.com/origen-de-la-ideologia-de-genero/origen-y-desarrollo-historico/>

ANEXOS

Fotografía No. 1



Señor Juez de la Unidad Judicial de Trabajo del cantón Guayaquil, Dr. Joofre Agustín Cedeño hidalgo.

Fotografía No. 2



Señor Juez de la unidad Judicial de Trabajo del Cantón Guayaquil, Dr. Luis Alberto Ollague González.

Fotografía No. 3



Señor Psicólogo Industrial José Javier Vaca Díaz, Analista de Talento Humano del hospital de la Policía Nacional de Guayaquil.