

Quito, febrero 22 del 2019

Señor doctor

**FREDDY PROAÑO EGAS**

**SECRETARIO DE LA FACULTAD**

Presente.

De mi consideración:

De conformidad con el Reglamento de Grados vigente, he sido designada Profesora Informante de la Disertación titulada **"PROTECCIÓN LABORAL REFORZADA DERIVADA DE LA MATERNIDAD Y SU EXTENSIÓN AL PADRE"**, elaborada por la señorita **GISELA VALERIA USHIÑA PARDO**, previo a la obtención del título de abogada, por lo que permito informar a usted lo siguiente:

- 1.- La Disertación aborda el tema en forma absolutamente sistemática y ordenada, lo que permite seguir el desarrollo de la investigación;
- 2.- El trabajo analiza temas como la conciliación en el ámbito laboral y la protección laboral reforzada y lo hace de manera apropiada, sin embargo, no toma en cuenta al Estado como empleador, los contratos provisionales, las nuevas formas de contratación para sectores como acuícola, florícola, los contratos ocasionales eventuales, etc., formas de contratación que ofrecen particularidades que afectan las soluciones en la forma cómo se han planteado.
- 3.- Un punto que me permito cuestionar es el hecho de que, luego de la investigación, que no cuenta con suficientes datos estadísticos, se propone la implementación de políticas para asegurar la protección reforzada en el Ecuador, pero las potenciales soluciones están demasiado alejadas de la realidad actual del país, tanto en el aspecto económico como normativo.

Por las razones expuestas la calificación que consigno es de **NUEVE SOBRE DIEZ.**

Muy Atentamente,

  
Dra. María de los Angeles Montalvo

DOCENTE

  
25 FEB 2019

Quito, 1 de febrero de 2019

Señor Doctor  
Freddy Proaño Egas  
SECRETARIO ABOGADO  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA  
Presente.

De mis consideraciones:

Por medio de la presente y en respuesta al Oficio N. 050-SJ-2019 de 18 de enero de 2019, en calidad de Profesora Informante de la Disertación de Abogacía titulada "PROTECCIÓN LABORAL REFORZADA DERIVADA DE LA MATERNIDAD Y SU EXTENSIÓN AL PADRE" presentada por la señorita GISELA VALERIA USHIÑA PARDO, previo a la obtención del título de abogada, presento el informe solicitado.

El tema escogido por la disertante tiene como sustento los principios del derecho laboral y se propone indagar en los mecanismos que garanticen la estabilidad laboral de la madre y su extensión al padre y el empleo en igualdad de condiciones.

La disertante desarrolla el tema en tres capítulos organizados en su orden de la siguiente manera: En el primero capítulo desarrolla los Principios de estabilidad laboral y de igualdad de trato y no discriminación en las relaciones de trabajo. El capítulo segundo incursiona en la conciliación del ámbito aboral, familiar y personal de los individuos; y el tercero análisis los derechos laborales derivados por maternidad y paternidad en el derecho internacional a la luz de los instrumentos internacionales de la Organización Internacional del Trabajo, el derecho comparado (legislación de España y Colombia) y Nacional. La tesis concluye con un breve apartado de conclusiones y recomendaciones.

Desde el punto de vista metodológico, se observa una adecuada investigación documental con referencia bibliográfica suficiente (aunque se observa la ausencia de algunos autores ecuatorianos). Consta que no existe un equilibrio en el desarrollo de los contenidos, de modo que algunos temas, en concreto los primeros están muy desarrollados con relación a los últimos, se incurre en repeticiones, a la vez que existen proposiciones o afirmaciones sobre todo relacionadas con el contexto social, sin sustento o sin referencia a la fuente. Se constata la no utilización de uno dos párrafos síntesis o conclusiones parciales en cada capítulo.

Con relación a los contenidos específicos, se presentan a continuación algunos comentarios y observaciones:

1. Llama la atención la denominación de la disertación que alude a "una extensión a padre" de la responsabilidad filial, y no se comprende su sentido, especialmente cuando entre los principios se desarrolla la igualdad y no discriminación.
2. Se realiza una aproximación contextual en el que se desarrollan los derechos laborales y la protección a la maternidad a nivel mundial, más no nacional. Dichas referencias suelen ser muy vagas y no consideran de manera más integral los diversos factores que han podido incidir en las transformaciones a las que se alude (con excepción del enfoque de género).
3. Se tiene como fuente primordial de referencia los instrumentos internacionales de la Organización Internacional del Trabajo, sin considerar otros de derechos humanos que pueden aportar otros elementos para el análisis.
4. Con relación a los Convenios de la OIT en la manera en la que se expresa la disertante no me queda claro si comprende la naturaleza jurídica de los mismos, su jerarquía en el ordenamiento jurídico ecuatoriano ni las obligaciones estatales.
5. No se visualiza al niño como sujeto de derechos y por tanto las referencias a la maternidad y paternidad son generales y no consideran la autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescencia ni sus características o las diferentes situaciones o condiciones que podrían eventualmente requerir de mayor apoyo. Lo anterior incide tienen incidencia en los mecanismos de conciliación de la maternidad y paternidad que propone la tesista y las medidas que deban adoptarse.
6. Las conclusiones y recomendaciones son muy amplias; y se incurre en error al referirse a la procreación lo cual limita otras formas de establecer la maternidad y paternidad (pág. 106).

En ellas no se visualizan a los sujetos de derechos y la disertante se limita a proponer la conciliación entre las tareas laborales y la familiares que desarrollan otros ordenamientos jurídicos con algunos mecanismos específicos, sin explorar en otras posibilidades que incidan en una transformación social (lo que se entiende en parte por las limitaciones identificadas en el numeral primero).

Por las consideraciones expuestas, considero que la nota que corresponde a la Disertación presentada por la Señorita GISELA VALERIA USHIÑA PARDO es NUEVE sobre DIEZ.

Muy atentamente,



Dra. Adriana Monesterolo Lencioni  
Profesora Agregada PUCE



- 4 FEB 2019

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**

**ESCUELA DE DERECHO**

**DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE  
ABOGADA**

**“PROTECCIÓN LABORAL REFORZADA DERIVADA DE LA  
MATERNIDAD Y SU EXTENSIÓN AL PADRE”**

**GISSELA VALERIA USHIÑA PARDO**

**DIRECTOR: DR. SALIM ZAIDÁN ALBUJA**

**QUITO, 2019**

## **RESUMEN**

El ejercicio de la maternidad y la paternidad debe replantearse con el fin de garantizar los derechos y facilitar el cumplimiento de las obligaciones tanto en el orden familiar como laboral. De ellas, se originan un conjunto de facultades y obligaciones, que imponen a los ordenamientos jurídicos nacionales adecuarse a lo más avanzado e igualitario que para la mujer y el hombre podría considerarse en dicho ámbito. Es así que, la estabilidad laboral y la conciliación de los entornos familiar, personal y laboral, constituyen dos pilares fundamentales, que proveen el espacio para el efectivo goce de la igualdad de trato y no discriminación de las personas de diferentes géneros. La investigación que se presenta tiene como finalidad, analizar los principales derechos derivados de la maternidad reconocidos a favor de las madres trabajadoras y cómo es pertinente su extensión al padre trabajador, en base a principios rectores del Derecho Laboral como son la estabilidad y la igualdad de trato y no discriminación; así como también, determinar la importancia que tiene la conciliación de la vida laboral, familiar y personal; y, el reconocimiento de ésta en el Derecho internacional y en el Derecho comparado. Todo ello se ha logrado por medio de un diseño cualitativo y un enfoque descriptivo-explicativo que yace en una revisión bibliográfica exhaustiva sobre la materia, lográndose demostrar la pertinencia de incluir la conciliación en el Ecuador como un método que tributa al logro de tales fines.

## **ABSTRACT**

The exercise of maternity and paternity must be reconsidered in order to guarantee rights and facilitate the fulfillment of obligations both in the family and work order. From them, a set of faculties and obligations arise, which impose on the national legal systems to adapt to the most advanced and egalitarian that for women and men could be considered in this area. Thus, job stability and the reconciliation of family, personal and work environments are two fundamental pillars that provide the space for effective enjoyment of equal treatment and non-discrimination of people of different genders. The research presented aims to analyze the main rights derived from motherhood recognized in favor of working mothers and how it is relevant to the father, based on guiding principles of Labor Law such as stability and equal treatment and non-discrimination; as well as determining the importance of reconciling work, family and personal life; and, the recognition of this in international law and comparative law. All this has been achieved through a qualitative design and a descriptive-explanatory approach that lies in an exhaustive bibliographic review on the subject, being able to demonstrate the pertinence of including the conciliation in Ecuador as a method that taxes the achievement of such purposes.

## ÍNDICE DE CONTENIDOS

<b>RESUMEN .....</b>	<b>2</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>3</b>
<b>ÍNDICE DE CONTENIDOS .....</b>	<b>4</b>
<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>7</b>
<b>CAPITULO I: PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL: ESTABILIDAD LABORAL, IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN EN LAS RELACIONES DE TRABAJO .....</b>	<b>10</b>
1.1. Principio de estabilidad laboral .....	10
1.2. Clases de estabilidad laboral .....	16
1.2.1. Estabilidad laboral absoluta.....	16
1.2.1.1. Despido ineficaz .....	19
1.2.1.2. Despido ineficaz de la mujer embarazada .....	22
1.2.2. Estabilidad laboral relativa .....	24
1.3. Principio de igualdad de trato y no discriminación en el ámbito laboral .....	26
1.3.1. Igualdad ante la ley para los sujetos de la relación de trabajo.....	29
1.3.2 Igualdad en la aplicación de la ley en el ámbito laboral.....	31
1.4 Principio de no discriminación a los trabajadores en la relación laboral .....	32
1.4.1. Sub principio de igual trabajo corresponde igual remuneración .....	34
1.4.2. Tipos de discriminación en materia remunerativa.....	37
1.4.2.1. Discriminación directa.....	37
1.4.2.2. Discriminación indirecta.....	38
<b>CAPÍTULO II. CONCILIACIÓN DEL ÁMBITO LABORAL, FAMILIAR Y PERSONAL DE LOS INDIVIDUOS .....</b>	<b>41</b>

2.1. Antecedentes de la protección laboral que se deriva de la maternidad .....	41
2.2. Los roles de género en el ámbito de los derechos laborales .....	45
2.3. Aspectos de la conciliación del ámbito laboral, familiar y personal .....	48
2.3.1. Aproximación conceptual al término conciliación .....	48
2.3.2. Tensiones existentes entre la actividad laboral y la familia que justifican la conciliación.....	51
2.3.3. Experiencias de conciliación entre el ámbito laboral, familiar y personal .....	53
2.3.4. Ventajas de la conciliación entre el ámbito laboral, familiar y personal.....	58
2.3.5. La conciliación y la corresponsabilidad .....	61
<b>CAPÍTULO III: ANÁLISIS DE LOS DERECHOS LABORALES DERIVADOS POR MATERNIDAD Y PATERNIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL, COMPARADO Y NACIONAL.....</b>	<b>66</b>
3.1 Los Derechos laborales derivados de la maternidad y paternidad en el Derecho Internacional: Análisis de los Convenios de la OIT .....	66
3.1.1. Análisis del Convenio No. 100 sobre la igualdad de remuneración.....	68
3.1.2. Análisis del Convenio No. 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación).....	69
3.1.3. Análisis del Convenio No. 183 sobre la protección de la maternidad.....	71
3.1.4. Análisis del Convenio No. 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares .....	73
3.2. Los Derechos Laborales derivados de la maternidad y paternidad en el Derecho Comparado .....	76
3.2.1. Análisis del sistema jurídico español .....	76
3.2.1.1. Protección constitucional a la maternidad y paternidad en el régimen jurídico español .....	76

3.2.1.2. Derechos de conciliación de la vida laboral, personal y familiar y el principio de igualdad y no discriminación en la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva entre Hombres y Mujeres de España .....	77
3.2.1.3. Derechos laborales derivados de la maternidad y paternidad contemplados en el Estatuto de los Trabajadores de España .....	78
3.2.1.4. Protección a la mujer embarazada o asociada a su condición de maternidad en España .....	81
3.2.1.5 Análisis jurisprudencial de la Sentencia C-104/09 sobre corresponsabilidad parental en España .....	83
3.3.2. Análisis del sistema jurídico colombiano .....	86
3.3.2.1. Protección constitucional de la maternidad en Colombia.....	86
3.3.2.2. Derechos laborales derivados de la maternidad y paternidad contemplados en el Código Sustantivo del Trabajo de Colombia .....	88
3.3.2.3. Análisis jurisprudencial de la sentencia C-005/17 sobre estabilidad laboral reforzada de mujer embarazada o lactante .....	89
3.3. Análisis del sistema jurídico ecuatoriano .....	96
3.3.1. Protección constitucional a la maternidad en Ecuador .....	96
3.3.2. Derechos laborales derivados de la maternidad y paternidad contemplados en el Código del Trabajo de Ecuador .....	98
3.3.3. Protección a la mujer embarazada o asociada a su condición de maternidad .....	100
3.4. Aspectos que se deben considerar para promover la protección laboral reforzada y la conciliación laboral y familiar en Ecuador .....	102
<b>CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES .....</b>	<b>109</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>112</b>

## INTRODUCCIÓN

La filiación ha originado a lo largo de la historia, un sinnúmero de controversias en diversas esferas de la sociedad. La primigenia necesidad de dotar al filio de una familia y un entorno protector para garantizar la progenie, no han sido los únicos retos que han tenido que enfrentar las personas. Con el desarrollo de la civilización, y la complejización de las relaciones humanas en el seno de la sociedad, se reconocieron un conjunto de derechos tanto para la descendencia como para los progenitores. Esta variedad de prerrogativas y responsabilidades se fundaron en la filiación, de forma tal que a través de los años, se fue perfeccionando el sistema de derechos filiatorios que debían ser observados y respetados por todos.

No obstante, como derivación del sostenimiento de la cultura patriarcal y los tradicionales roles de género, hubo una separación de funciones de los ascendientes para con los descendientes, pues a la madre se le confirió el papel de cuidadora y protectora del hogar y sus miembros, mientras que el padre fue identificado como el proveedor de lo necesario para la familia. Esta distinción se extendió a todos los ámbitos de la vida social, dentro de la que se encontraba el entorno laboral. Sin embargo, desde finales del siglo XVIII, con el inicio de los movimientos emancipadores femeninos, se logra poco a poco, un reconocimiento más igualitario de las mujeres con relación al hombre, aunque en la actualidad aún no se lograr del todo.

Es así que, la mujer en la contemporaneidad, se encuentra en una situación paritaria al hombre y aunque quedan arraigados vestigios de la ideología patriarcal, mucho se ha avanzado. Esta realidad ha trascendido al entorno laboral, en el que los ordenamientos jurídicos nacionales, motivados por instrumentos internacionales, han ideado instituciones para garantizar una verdadera igualdad laboral entre los hombres y las mujeres, así como el rompimiento del ideal reduccionista de las mujeres al entorno hogareño y del cuidado de los hijos.

Fundamentado en ello, se han reconocido principios como la estabilidad laboral y recientemente, mecanismos para la conciliación de los entornos personal, familiar y laboral,

que buscan en su conjunto, dotar de mayores garantías en materia de empleo y sustentabilidad a los miembros de la familia, especialmente a los padres, asegurando que ambos, sin ninguna distinción, puedan armonizar los intereses, derechos y deberes de orden familiar, en el cuidado y atención de su descendencia, con los aspectos laborales. Aunque en el mundo muchas naciones han adoptado políticas de esta índole, Ecuador aún se mantiene al margen de dicha realidad, encontrándose en una postura rezagada con respecto a otras legislaciones como la colombiana y española.

Analizar la relevancia que posee tanto la estabilidad laboral como la conciliación de los derechos y responsabilidades del entorno laboral y familiar, y como consecuencia de aquello, el efectivo goce de la igualdad de trato y no discriminación en el mercado laboral, constituyen la principal finalidad del presente estudio. Ello se logrará por medio de la estructuración de la investigación en tres capítulos que propenden al logro de tales finalidades. Un primer capítulo se destinará al estudio de los principios de Derecho laboral: estabilidad e igualdad de trato y no discriminación, en el que se realizará un análisis profundo en torno a la naturaleza y esencia de los mismos, ofreciendo ideas y observaciones, que giran en torno a las exigencias y materialización de estos en la doctrina y la realidad nacional.

En un segundo capítulo se examinarán las principales consideraciones doctrinales y legales relacionadas con la conciliación laboral, familiar y personal. En dicho punto, se determinará las vitales relaciones de género que se manifiestan en nuestro país, así como los puntos esenciales que proveen una consideración ventajosa sobre la regulación de la conciliación en cualquier sistema de derecho. Finalmente, un tercer capítulo detallará los derechos laborales derivados de la maternidad y paternidad que han sido reconocidos en el orden internacional, así como los regulados por la legislación ecuatoriana, española y colombiana. También se realizará un análisis jurisprudencial sobre fallos relacionados al tema. Todo ello garantizará el planteamiento de algunas ideas que con enfoque de propuesta, ofrecerán una mejor consideración de la temática en la realidad nacional.

Se busca que la presente investigación cumpla con todos y cada uno de los objetivos planteados. Para de esta manera, demostrar los innegables beneficios de regular la conciliación

familiar, personal y laboral como un mecanismo de garantía de los derechos de maternidad y paternidad.

# **CAPITULO I: PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL: ESTABILIDAD LABORAL, IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN EN LAS RELACIONES DE TRABAJO**

Sin duda alguna, el derecho laboral como rama autónoma de las ciencias jurídicas, posee una especial relevancia en cualquier sociedad contemporánea. Como quiera que regula las relaciones que se dan en el ámbito del trabajo, sus normas jurídicas alcanzan y afectan a la amplia mayoría de la población. La estabilidad laboral y el principio de igualdad de trato y no discriminación, se erigen como dos categorías laborales de gran importancia, que garantizan la permanencia de los individuos en una relación laboral sin que puedan aplicarse criterios discriminatorios o atentatorios contra la dignidad del ser humano, distinguiéndolos de otros.

Aunque ello es claro, en la realidad, en muchas ocasiones la estabilidad laboral de una persona se ve afectada debido a un trato no igualitario, provocándose vulneraciones de sus derechos laborales y con ello, de los principios de referencia, es decir, la permanencia de una persona en su trabajo, muchas veces se ve menoscabada porque es discriminada, atendiendo a diversos criterios, sexo, edad, color de la piel, orientación sexual, condición de salud y otras tantas que lo único que provocan son consideraciones erradas y quebrantamientos de derechos laborales. Analizar cada uno de estos principios y la relevancia de los mismos, en la solución de los problemas que se pueden generar en el ámbito laboral, constituyen la idea central del capítulo.

## **1.1. Principio de estabilidad laboral**

Todas las ramas del Derecho contienen un conjunto de principios que le son inherentes y que delimitan su naturaleza. Estos pilares constituyen categorías que están presentes en sus normas, caracterizándolas y definiendo su esencia y naturaleza. El Derecho Laboral no es la excepción. Tratándose de una rama del ordenamiento jurídico que regula el conjunto de relaciones que se dan entre el trabajador y el empleador, en el que los derechos son de especial relevancia. La estabilidad laboral se erige como uno de los principios más importantes, porque

garantiza la permanencia de la persona en la relación laboral y de esa forma, el disfrute pleno de todos los derechos que se deriva de ésta.

Es claro que las normas de Derecho Laboral surgen como mecanismo de protección a la clase trabajadora, que por ser únicamente dueña de la mano de obra, se encuentra en desigualdad manifiesta frente a los empleadores o dueños del capital. En este sentido, Trujillo (2008) afirma que es necesario que la base de toda relación laboral sea la estabilidad o continuidad, que es el derecho que adquiere todo trabajador que ha pasado el período de prueba para permanecer en su puesto de trabajo hasta jubilarse, perder su capacidad para desempeñar las funciones por las cuales fue contratado como consecuencia de invalidez o incurrir en una de las causales previstas en la ley para terminar el contrato individual de trabajo.

La estabilidad laboral proporciona al trabajador la seguridad de no ser despedido si cumple a cabalidad con sus obligaciones, es decir si durante la prestación de sus servicios no incurre en una de las causales previstas en el ordenamiento jurídico que faculta al empleador prescindir de la relación laboral; lo que significa, que mediante el reconocimiento de este principio en la legislación de la materia, se prohíbe al patrono dar por terminada la relación laboral sin que medie justa causa. Al respecto, el reconocido tratadista de Derecho Laboral, Mario De la Cueva (1980) define a la estabilidad laboral en los siguientes términos:

La estabilidad en el trabajo es un principio que otorga carácter permanente a la relación de trabajo y hace depender su disolución únicamente de la voluntad del trabajador y sólo excepcionalmente de la del patrono, del incumplimiento grave de las obligaciones del trabajador y de circunstancias ajenas a la voluntad de los sujetos de la relación, que hagan imposible su continuación. (p. 216)

Teniendo en consideración lo expuesto por este autor, es claro y relevante considerar que la estabilidad le ofrece al vínculo laboral entre el trabajador y el empleador la cualidad de imperturbable, porque evita que pueda quebrantarse sin justa causa. También es importante el hecho de que tal y como expresa el académico, el reconocimiento de este principio en favor del trabajador, solo debe concebirse como uno de sus derechos inalienables; mientras que para el empleador debe entenderse como una facultad de carácter excepcional, que salvo las causales establecidas en el ordenamiento jurídico laboral, no tendrá cabida.

Es así que, se puede determinar que la finalidad de este principio pro operario es evitar la desvinculación arbitraria e injustificada de los trabajadores; toda vez, que se funda como un límite al ejercicio de las facultades exorbitantes de los empleadores. Es por ello, que a criterio del tratadista De la Cueva (1980), únicamente el trabajador puede prescindir del vínculo laboral de manera voluntaria, mientras que se debe configurar una de las causales determinadas en la legislación laboral para que el empleador de por finalizado el contrato de trabajo.

En este sentido, Pérez (2004) puntualiza que el principio de estabilidad laboral se fundamenta en dos pilares complementarios uno del otro que son: la seguridad y la duración, el primero de ellos hace referencia a la convicción de la existencia de la relación laboral en el tiempo, lo que permite que el trabajador planifique su modo de vida y el de su familia en virtud del cálculo de sus ingresos mensuales y como consecuencia pueda cubrir los servicios básicos, salud, alimentación, las vicisitudes y que el pago de obligaciones sea predecible. El segundo y estrechamente relacionado con el primero, alude a la convicción que posee el trabajador de que la relación laboral con el empleador será de cierto tiempo, teniendo la garantía que durante la vigencia del mismo tendrá acceso al conjunto de derechos derivados de las normas laborales.

Por lo tanto, para que exista estabilidad en una relación laboral, deben converger los dos elementos y si uno de estos no está presente, no se podría asegurar que un trabajador goza de la misma, debido a que la permanencia en el tiempo del contrato de trabajo no garantiza que el mismo siga vigente hasta que el trabajador adquiera el derecho a la jubilación, el advenimiento de una incapacidad que le impida continuar con la prestación de sus servicios o la existencia de una causa justificada. A más de la duración, es menester la existencia de seguridad en el empleo, que se materializa con la prohibición del despido intempestivo de los trabajadores, en otras palabras, este factor yace sobre los límites a las facultades exorbitantes de los empleadores para poner fin al vínculo laboral puesto que, dirigir el despido a una justa causa impide que este acto arbitrario sea una institución a favor de los empleadores.

Antiguamente se protegía la libertad contractual, por lo que el trabajador podía ser despedido de manera arbitraria y abusiva, es decir se desconocía el derecho al trabajo como un

derecho humano, el cual se garantiza a través de la estabilidad laboral. En este sentido, se puede mencionar, que por ningún motivo el ordenamiento jurídico de un país puede desconocer este principio ya que, a través de él, no solamente se garantiza el derecho al trabajo sino también, el ejercicio de otros derechos humanos, así como también, es la base para una vida digna; ya que, como se dijo en líneas anteriores, permite que el trabajador planifique su modo de vida y el su familia en base a la certeza, que le otorga la estabilidad laboral, sobre la remuneración mensual que debe percibir.

Por otro lado, la estabilidad laboral, tal y como lo defiende Vázquez (2007), es un derecho y principio que ampara al trabajador y nunca un deber para él, el cual se encuentra relacionado en gran manera con la seguridad social, ya que es fuente y garantía de otro derecho que es la antigüedad, que a su vez, este, da origen a varios beneficios sociales, como por ejemplo: la jubilación, el derecho a gozar de un día más de vacaciones a partir del quinto año, hasta llegar a los treinta y los fondos de reserva.

Al respecto, es necesario acotar, que este principio no ampara al empleador, porque se reconoce la libertad de trabajo, como un principio básico del Derecho laboral en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), y, en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981). Consecuentemente, la Constitución ecuatoriana vigente (2008) y el Código de Trabajo de Ecuador (2005) prohíben la realización de trabajos forzosos, lo que implica que el trabajador tiene la facultad de decidir a qué actividad laboral dedicar su esfuerzo, sin que pueda ser obligado a mantener un vínculo laboral en contra de su voluntad.

Para terminar, el mismo autor manifiesta que la estabilidad genera condiciones óptimas para el cumplimiento del contrato de trabajo por parte de los trabajadores, el empleador, el Estado y la sociedad en general, por esta razón, es necesario determinar en qué medida beneficia a cada uno de los sujetos referidos. En primer lugar, tiene gran importancia para el trabajador y su familia, como ya se estableció en líneas anteriores, porque la permanencia de la relación laboral le permite satisfacer sus necesidades y planificar su vida familiar en virtud de la previsibilidad de ingresos.

Asimismo, permite al empleador un mayor rendimiento debido a que un trabajador antiguo conoce el giro del negocio, tiene experiencia y desarrolla un vínculo de pertenencia hacia la empresa, lo que permite una mayor productividad; así mismo, genera un ahorro para el empleador en cuanto a capacitación del nuevo personal. En tercer lugar, beneficia a la sociedad con la armonía que generan las relaciones de trabajo estables, que se ve afectada cuando existen relaciones de trabajo precarias y por lo tanto no se garantiza el derecho al trabajo; y, finalmente, beneficia al Estado porque todo gobierno propende a lograr un pleno empleo que dinamice el mercado y permita el crecimiento económico (Vásquez, 2007).

Por consiguiente, la estabilidad laboral permite a los trabajadores gozar de la continuidad del contrato de trabajo, adquirir antigüedad, e impedir la terminación de la prestación de sus servicios profesionales, de manera intempestiva. Cabe recalcar, que este principio limita a la libertad contractual que vulnera los derechos de los trabajadores y cumple con la finalidad misma del Derecho del Trabajo, que es proteger al trabajador por encontrarse en una situación de disparidad con respecto del empleador, en donde este último asume una posición de preminencia por ser dueño del capital, es por ello que las normas que regulan las relaciones laborales forjan un sentido tuitivo a favor del trabajador, además es necesario puntualizar que las facultades que se reconocen al sector empresarial no pueden contravenir los derechos fundamentales de los trabajadores y los derechos humanos.

En torno al empleador, la estabilidad también posee gran relevancia. La permanencia de un trabajador en un puesto de trabajo, le garantiza al empleador la seguridad en la competitividad de la función que realiza dicha persona. El hecho de que un individuo se mantenga laborando o ejerciendo una profesión determinada por periodos considerables, le garantizan a la empresa de que se trate de conocimientos suficientes como para desempeñarse de forma exitosa en dicha función. De esta forma, el empleador no tiene que invertir nuevamente capital y recursos en la preparación y capacitación de nuevo personal. El tiempo de la relación laboral, le ofrece al empleador, la posibilidad de evaluar las fortalezas y debilidades de un empleado en una función determinada, de forma tal que le provee un estado de atención y solución adecuada a las diferentes exigencias del puesto de trabajo.

El Estado, como ente rector de los principios y protector de los derechos de los trabajadores y empleadores, también se ve beneficiado con el cumplimiento y garantía de la estabilidad laboral. El hecho de que debido a decisiones unilaterales del empleador o del propio trabajador, se rompa un vínculo laboral, genera determinado conjunto de acciones y procedimientos en los que el Estado interviene, tales como liquidaciones e indemnizaciones cuando procedan, principalmente a través del órgano rector del trabajo, debiendo destinar recursos humanos y materiales para dar el tratamiento adecuado ante este tipo de situaciones. La actualización de status laboral del trabajador y de la cantidad de personas con las que cuenta la empresa, los efectos que ello tiene para el pago de salarios, vacaciones, remuneraciones diversas, bonos y beneficios, provoca que el Estado deba realizar ciertos procedimientos que, de garantizarse de mejor forma la estabilidad en el trabajo, no serían necesarias.

La sociedad en su conjunto, también se vería beneficiada con el hecho de que la permanencia y durabilidad de la relación laboral se realice de acuerdo a los intereses y pretensiones de los sujetos laborales, especialmente del trabajador. El hecho de que los miembros de la sociedad puedan disfrutar de durabilidad en un trabajo, implica un considerable impacto en los índices de desempleo del país. Unido a ello, el hecho de que las personas tengan estabilidad en su trabajo incide sobre el flujo de compras y créditos en la sociedad, ayudando a que las instituciones financieras y comerciales puedan tener resultados ventajosos en sus respectivas áreas, debido a la capacidad de adquisición de las personas quienes, seguras de su trabajo y salarios, deciden adquirir bienes y servicios en la sociedad.

Antes de culminar, es de gran relevancia analizar brevemente lo que ha referido la Corte Constitucional del Ecuador en torno a la estabilidad laboral. Este órgano, realiza un pronunciamiento importante, al respecto, en la Sentencia No. 017-17-SEP-CC de fecha 18 de enero de 2017, mediante ésta se establece que la estabilidad laboral es una garantía del derecho al trabajo. También afirma que, por ejemplo, en el sector público, la estabilidad se logra por medio del nombramiento de una persona para ocupar un cargo determinado en virtud de la convocatoria a un concurso de méritos y oposición, pues los contratos ocasionales no garantizan la estabilidad laboral. Esta condición, es decir, el hecho de que los contratos por

tiempos u ocasiones no garanticen este principio, no implica, según la Corte, que exista precarización en las relaciones laborales (Ecuador, Corte Constitucional, 2017).

Después de haber realizado todas estas observaciones, es claro que la estabilidad laboral se erige como un mecanismo derivado del derecho al trabajo y por medio del que los trabajadores, los empleadores, el Estado y la sociedad en su conjunto, tienen seguridad de que una persona se mantiene en una relación jurídica contractual laboral de forma duradera y permanente. Claramente la cualidad de estabilidad depende de la naturaleza del contrato y la modalidad de acceso, de forma tal que para poder disfrutar de dicha condición es necesario cumplir con determinados requerimientos que los impone el ordenamiento y la doctrina nacional de cada país atendiendo a las condiciones y formalidades contractuales laborales de cada nación.

## **1.2. Clases de estabilidad laboral**

La estabilidad laboral es un principio que limita la autonomía de la voluntad de los empleadores a la hora de decidir la duración de los contratos y sus facultades extintivas empresariales sin la existencia de una justa causa. Este principio consagra los límites al despido arbitrario e ilícito y a partir del grado de intensidad con el que se protege al trabajador, se puede clasificar el régimen de estabilidad en absoluta o relativa y también, en virtud de la permisibilidad, que tiene el empleador para compensar al trabajador que ha sido despedido injustamente con una reparación monetaria por lo que en el siguiente capítulo se abordarán los distintos tipos de estabilidad laboral y su alcance.

### **1.2.1. Estabilidad laboral absoluta**

Dentro de la clasificación de los tipos de estabilidad laboral, la absoluta es a consideración del académico Marín (2015) aquella institución que le garantiza el derecho al trabajador de conservar o ser reintegrado a su cargo, el que le hubiere podido ser privado o hubiere estado en riesgo de privación por parte del empleador. Según el autor, esta clase de estabilidad se deriva de la inamovilidad que debe caracterizar la relación laboral entre el

trabajador y el empleador, y que en base a ello, este último no puede bajo ningún concepto, salvo los criterios establecidos en la ley, dar por finalizado el vínculo laboral.

La estabilidad laboral absoluta<sup>1</sup> impide al empleador poner fin a la relación laboral de manera unilateral, arbitraria y sin justa causa. Al respecto Cabanellas (1989) afirma lo siguiente:

La estabilidad absoluta es el derecho del trabajador para conservar su puesto mientras lo desee y el empresario carezca de justa causa para poder despedirlo. La voluntad del trabajador lo pone a cubierto de compromisos vitalicios con la empresa. La reserva de la disolución contractual por causa justificada es la garantía patronal frente a un imperativo absoluto de mantenimiento del trabajador en sus funciones que llevaría a consecuencias tan incongruentes como la de que las empresas no pudieran desaparecer o que luego de extinguida su actividad, perdurara una obligación salarial sin prestación de tareas (p. 703).

De ahí que, la estabilidad laboral absoluta tiene como fin mismo proteger el derecho al trabajo, entendido como el derecho fundamental que tiene todo ser humano para acceder al mercado laboral y consecuentemente el derecho a no ser despedido sin que exista una causa lícita, lo último garantiza a la empresa que el trabajador cumpla con sus actividades a cabalidad y que en caso de incurrir en una falta regulada como causal para dar por terminado el contrato de trabajo, lo pueda hacer.

En este sentido, en un sistema de estabilidad laboral absoluta se sobrepone el derecho fundamental a los patrimoniales, es por esta razón que si un trabajador ha sido desvinculado de forma intempestiva, debe ser reparado plenamente, este resarcimiento comprende: la declaratoria de nulidad del despido, toda vez que el despido no ha surtido efecto alguno; la reinstalación del trabajador en su empleo en las mismas condiciones que laboraba antes de que se produzca el hecho ilícito; y, la compensación de todos los daños originados como consecuencia del poder empresarial, es así que la estabilidad laboral absoluta impide que se origine la monetización de la extinción del vínculo laboral (Meik, 2010).

Por tanto, un sistema de estabilidad absoluta elimina la eficacia extintiva del despido injustificado que vulnera los derechos fundamentales y la dignidad humana de las personas.

---

<sup>1</sup> En Colombia, aunque la normativa jurídica no lo reconoce, existe una amplia jurisprudencia que desarrolla lo que en dicha nación se denomina como estabilidad laboral reforzada, que es otra forma de conocer a la estabilidad laboral absoluta.

En otras palabras, no se reconoce al despido intempestivo como una forma de dar por terminada la relación laboral a cambio de una compensación económica, es por esta razón que el vínculo laboral se mantiene y se entiende que el hecho ilícito no ha producido ningún efecto, lo que implica que el empleador tiene la obligación de reintegrar al trabajador inmediatamente a su puesto de trabajo en iguales o mejores condiciones y así también cubrir las remuneraciones dejadas de percibir desde el momento en que se dio el despido arbitrario, adicionalmente el daño causado a partir del despido deberá ser compensado con una indemnización. Se infiere que este tipo de estabilidad laboral, se consolida en el derecho que tiene el trabajador que ha sido desvinculado sin justa causa de ser reincorporado.

La estabilidad laboral absoluta garantiza efectivamente el derecho al trabajo y no sólo pretende resarcir el daño material a través de la fijación de una indemnización tarifada en relación con el tiempo de servicio del trabajador, como es el caso de la estabilidad laboral relativa, que se analizará posteriormente. Es así que Trujillo (2008) refiere que:

(...) cuando el empleador pone fin al contrato fuera de los casos permitidos por la ley, el trabajador tiene derecho para demandar la restitución a su puesto de trabajo y el pago de la remuneración de todo el tiempo que haya permanecido fuera del trabajo a consecuencia del despido ilegal (p. 275).

En esta línea, el objetivo esencial de la estabilidad laboral absoluta no radica solamente en proteger al trabajador de los infortunios económicos que pueda vivir su fuente de trabajo, sino que tiende a proteger a quienes por sus condiciones especiales son más vulnerables de ser despedidos por causas distintas al trabajo que desempeñan (Rojas, 2003). Frente a esto la jurisprudencia colombiana ha desarrollado un concepto doctrinario denominado estabilidad laboral reforzada<sup>2</sup> que por su alcance de protección es otra forma de identificar a la estabilidad absoluta y que ampara de manera especial a los trabajadores que por circunstancias biológicas o por las funciones que desempeñan corren el riesgo de ser desvinculados intempestivamente

---

<sup>2</sup> La Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-470 de 1997 ha determinado que la estabilidad laboral reforzada implica que el ordenamiento jurídico debe garantizar de manera real y efectiva al derecho constitucional que tiene una trabajadora en estado de gravidez a no ser despedida, en ningún caso, por razón de su condición biológica, lo que implica que la protección debe ser eficaz (Colombia, Corte Constitucional, 1997). Más recientemente dicho criterio lo reafirma en la Sentencia T-041/14 de fecha 31 de enero de 2014, en la que se pronuncia sobre la estabilidad laboral reforzada respecto a personas que poseen algún tipo de limitación. (Colombia, Corte Constitucional, 2014)

de su puesto de trabajo, como por ejemplo la mujer embarazada o el representante de los trabajadores (Colombia, Corte Constitucional, 1997).

En sentido general, es claro que la estabilidad laboral absoluta se erige como aquel derecho que poseen los trabajadores de no ser separados de su cargo o función laboral. También puede ser considerado como la obligación del empleador de no terminar bajo ninguna circunstancia, la relación laboral con el trabajador, con excepción de aquellas condiciones y causales establecidas en la legislación laboral. Sin duda alguna, la terminación del vínculo contractual laboral sin justa causa, se convierte en un despido ineficaz, lo que redundaría en la indemnización por parte del empleador al trabajador y de ser necesario, la reincorporación a la función que estaba realizando. A continuación, algunas observaciones sobre esta consecuencia.

#### **1.2.1.1. Despido ineficaz**

Como se ha venido desarrollando hasta el momento, la estabilidad laboral absoluta es aquella por medio de la se le prohíbe al empleador despedir sin justa causa a un trabajador, de forma tal que este siempre conserva la posibilidad de permanecer y conservar su empleo. No obstante, en ocasiones, el empleador hace caso omiso de este tipo de principios, terminando el vínculo contractual laboral con el trabajador sin causa legal, originando con ello el llamado despido ineficaz.

Como se ha defendido, la estabilidad laboral absoluta propende a la ineficacia del despido injustificado, es por ello, que tiene como finalidad descalificar a la normativa que configura al despido intempestivo como un acto extintivo e irrevocable, que pone fin al contrato de trabajo. De este modo, desacredita un sistema que busca impedir el reclamo de nulidad del despido a cambio de una indemnización. El despido ineficaz es el despido nulo que no produce ningún efecto para la extinción de la relación laboral, por lo que el trabajador afectado tiene el derecho de ser reinstalado de manera inmediata a su puesto de trabajo en iguales condiciones y el empleador tiene la obligación de cancelar las remuneraciones adeudadas desde el día en que fue despedido hasta su reincorporación (Meik, 2010).

El despido ineficaz es la institución que resulta de la vulneración del principio de estabilidad laboral absoluta, que establece los límites al despido intempestivo. Se entiende como la condición que proviene de un acto unilateral y voluntario que se ejecuta por parte del empleador e impide que el trabajador siga prestando sus servicios profesionales, sin que medie motivación lícita alguna. Este hecho ilícito produce sanciones para el empleador en virtud del daño ocasionado al trabajador. En un régimen de estabilidad laboral absoluta, que se concreta a través de la declaratoria de ineficacia del despido, el trabajador tiene derecho al reintegro inmediato a su puesto de trabajo y derechos laborales. Además, esta restauración o restablecimiento no solamente implica aquellos derechos que el trabajador gozaba antes del despido, sino también aquellos que debió adquirir durante la separación de su puesto de su puesto de trabajo, así por ejemplo se computará este tiempo para efectos de antigüedad (De la Cueva, 1980).

Simplificando lo anterior, el despido intempestivo es el rompimiento arbitrario e injustificado de las relaciones laborales, por la sola voluntad del empleador al encontrarse en una situación de superioridad frente al trabajador. La legislación nacional y los convenios internacionales sobre la materia<sup>3</sup> limitan dicha potestad extintiva mediante la imposición de sanciones a quien despida intempestivamente. Aunque estas normas se pronuncian de una u otra forma sobre el problema, en la realidad de los países no constituye mecanismos eficientes para garantizar el principio de estabilidad laboral, sin embargo, este no es el mecanismo adecuado para garantizar la estabilidad absoluta del trabajador, ni reaccionar de forma correcta ante el despido injustificado del trabajador.

La declaratoria del despido intempestivo como ineficaz, plasma el principio de estabilidad laboral absoluta, siendo imposible que el empleador de por terminado de manera unilateral y arbitraria el contrato de trabajo, a cambio del pago de una indemnización, sino que mediante resolución judicial ordena a este, reintegrar inmediatamente al trabajador a su puesto de trabajo más del pago de las remuneraciones no canceladas, contadas desde el momento del despido ilícito. Acorde con esta idea, Guillermo Cabanellas (1989) afirma que:

---

<sup>3</sup> Nos referimos al Convenio No. 100 sobre la Igualdad de Remuneración de 1951; el Convenio No. 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación) de 1958; el Convenio 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares de 1981 y el Convenio No. 183 sobre la Protección de la Maternidad del año 2000, todos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Cuando la estabilidad en el empleo es absoluta, determinada así por la ley, la sentencia del tribunal competente, al declarar el despido injusto e imponer la readmisión del trabajador en su antiguo empleo, debe fijar: A) el pago de los salarios dejados de percibir desde el despido hasta el momento de la readmisión; B) la reincorporación del trabajador al mismo puesto en iguales condiciones de trabajo que tenía antes del despido (p. 709)

Por otro lado, es necesario determinar que la estabilidad laboral reforzada ha tomado mayor importancia en el caso de la mujer en estado de gravidez y dirigentes sindicales por considerarse como vulnerable es por ello que en Ecuador se consagra este tipo de estabilidad, a través de la institución del despido ineficaz de la mujer embarazada y del dirigente sindical; en Colombia a través del fuero de maternidad y fuero sindical; y, en España a través del despido nulo cuando la desvinculación sea discriminatoria; así como también, durante los periodos de suspensión por maternidad, paternidad, o cualquier otro tipo de permiso asociado con la maternidad, cuestiones que serán analizadas en capítulos sucesivos. Al respecto, Herraiz (2008) refiere que el despido nulo es aquel rompimiento de las relaciones laborales cuando el trabajador se encuentre en condición de maternidad, paternidad, riesgos durante el periodo de gestación, así como cualquier otra situación relacionada con violencia de género, debiendo reintegrarse a su puesto de trabajo de forma inmediata.

Por tanto, el despido ineficaz busca proteger a aquellos trabajadores que en mayor medida, pueden ser víctimas de despido intempestivo, ya sea por el estado en el que se encuentran, como es el caso de las mujeres embarazadas, así como también durante el ejercicio de las licencias que se derivan de la maternidad; o por las funciones que realizan, como por ejemplo la representación de los trabajadores. A partir de lo anterior, se puede concluir que esta institución busca erradicar los despidos discriminatorios y garantizar el principio de igualdad de trato y no discriminación, debido a que las trabajadoras embarazadas y los dirigentes sindicales no se encuentran en la misma condición que los demás trabajadores. De la misma manera, es necesario recalcar que, si el ordenamiento jurídico de un país no protege de manera especial a estos grupos de trabajadores, sus derechos y libertades se verían coartados; por un lado, no se garantizaría el derecho a la vida digna, la libertad reproductiva; y, por otro a la libertad de asociación.

### **1.2.1.2. Despido ineficaz de la mujer embarazada**

Como se ha delimitado en el punto anterior, el despido ineficaz es considerado aquella vía que interrumpe el contrato laboral y por ende la relación entre el trabajador y el empleador, encontrándose el primero en alguna situación de las enumeradas en párrafos anteriores, lo que trae como consecuencia la obligatoriedad del empleador de restituir al trabajador al mismo cargo y en las mismas condiciones en que se encontraba al momento de la paralización de sus labores. Ante este tipo de situaciones, es claro que el despido se considera ineficaz, porque se declara la nulidad del acto. Este despido acontece cuando la trabajadora se encuentra en estado de gestación, u otra situación derivada de su condición de maternidad, adquiriendo connotaciones importantes por la naturaleza del sujeto afectado.

La protección a la mujer trabajadora ha evolucionado grandemente con el paso del tiempo, en un primer momento se intentó proteger la integridad física y moral de la mujer al ser considerada como un ser vulnerable y encontrarse en condición de inferioridad con relación al hombre, por lo que las normas laborales se encaminaban a prohibir que las mujeres laboren en jornadas nocturnas o en trabajos forzosos. Actualmente la protección a la mujer radica en la garantía de no discriminación por razón del sexo y como consecuencia de ello a nivel mundial se protege a la maternidad en el trabajo (Robalino, 2006).

En este sentido, el Código del Trabajo de Ecuador protege a la mujer embarazada antes, durante y después del parto, debido a que la condición de madre ha colocado a la trabajadora en una situación de vulnerabilidad frente al empleador, quien por ser dueño del capital busca incrementar la producción empresarial y evita incurrir en gastos, que está obligado a cumplir, y que son producto de los derechos que gozan las mujeres en estado de gravidez; tales como, la licencia remunerada de doce semanas posteriores al parto, la reducción de la jornada laboral, de la madre lactante, a seis horas por un periodo no mayor a un año y la implementación de guarderías para las empresas que cuentan con más de cincuenta trabajadores.

Entre tanto, el despido ineficaz permite que las mujeres en estado de gestación puedan desenvolverse en el ámbito laboral, sin temor a ser despedidas intempestivamente y en caso de serlo se les reconoce el derecho a demandar la ineficacia del despido. Esta protección se

extiende durante el periodo de maternidad, el permiso por lactancia y en el uso de la licencia sin remuneración para el cuidado de los hijos.

Aunque ya se han realizado apuntes anteriores, es necesario comprender y recordar que se entiende por despido ineficaz a la prohibición que tiene el empleador para despedir a la mujer en estado de gravidez, sin que medie justa causa. Lo que implica, que durante dicho período, el despido intempestivo no tiene eficacia para extinguir la relación laboral y se reputa nulo ya que no surte ningún efecto, lo cual se comprueba con la obligatoriedad que tiene el empleador de reintegrar a la trabajadora a su puesto de trabajo y pagarle todas las remuneraciones dejadas de percibir desde el mismo momento del despido.

En esta institución se plasma el principio de estabilidad laboral absoluta e inamovilidad, en virtud de la presunción; salvo, prueba en contrario que la desvinculación de la trabajadora se originó por su estado biológico. Como se dijo en líneas anteriores, en Colombia la protección laboral a la mujer embarazada se denomina fuero de maternidad y es un mecanismo para asegurar su estabilidad laboral, su bienestar y el de su hijo.

Por otro lado, el reconocimiento del despido intempestivo de la mujer embarazada como ineficaz propende a erradicar todo tipo de discriminación laboral por razón del sexo, es por ello que una de las preocupaciones principales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y de las legislaciones de los países ha sido proteger de manera especial la estabilidad de la madre trabajadora porque de este modo, se garantiza su derecho a elegir libremente su actividad laboral, en igualdad de condiciones con respecto a las trabajadoras que no se encuentran embarazadas o en uso de los permisos que se derivan de la maternidad; y, en relación a los trabajadores.

Al tenor del artículo 154 del Código del Trabajo el despido ineficaz ampara a la mujer a partir del momento en que notifica al empleador sobre su embarazo a través de un certificado emitido por un especialista del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) o por otro facultativo. Al respecto Gatti (2015) menciona que “La trabajadora debe cumplir con el requisito de comunicar fehacientemente al empleador el estado de embarazo, notificación que ha de estar acompañada del respectivo certificado médico” (p. 392).

Por consiguiente, el sistema jurídico ecuatoriano protege el derecho al trabajo de la mujer embarazada; sin embargo, esta protección únicamente nace desde que el empleador es informado del estado de embarazo de manera formal. Por el contrario, en otros sistemas jurídicos más garantistas, como es el caso de Colombia, el conocimiento del empleador es un elemento que permite determinar el grado de amparo y consecuentemente las medidas reparatorias a favor de la trabajadora, más no la existencia o no de protección.

Como se evidencia del estudio realizado, es claro que la mujer en estado de gestación es ampliamente protegida en el ámbito laboral ante comportamientos de despido de los patronos. La normativa que ha sido brevemente analizada, deja claro que, la condición de embarazo de una fémina, es razón suficiente como para poder declarar ineficaz, la interrupción de la relación laboral, siempre que esta tenga como justificante dicha condición. Ello claramente guarda estrecha relación con el principio de estabilidad laboral, pues le garantiza a la mujer y la familia la permanencia en dichas labores durante un periodo de tiempo importante, así como la estabilidad en dicha ocupación, aunque se encuentre separada de facto de sus tareas por su condición de gestante.

### **1.2.2. Estabilidad laboral relativa**

Como variante de la estabilidad laboral absoluta, se encuentra la que ha sido en llamarse relativa. Como se analizó en el punto anterior, en la absoluta, el empleador se encuentra absolutamente imposibilitado de dar por terminado el vínculo contractual laboral a aquellos trabajadores que se encuentren en determinadas condiciones reconocidas por la ley, debiendo reintegrar a su puesto de trabajo inmediatamente al trabajador despedido, por considerarse dicho acto nulo, y por ende ineficaz. En la estabilidad relativa, existe una flexibilización en esta potestad del empleador.

Como muy bien expresa De la Cueva (1980) se denomina estabilidad laboral impropia o relativa cuando se reconoce al empleador, en grados variables, la facultad de dar por terminada la relación laboral mediante un acto unilateral a cambio del pago de una indemnización; es por ello, que en un sistema regido por estabilidad laboral relativa el despido

arbitrario se considera como un acto ilícito, pero que surte plenos efectos en la desvinculación del trabajador.

De lo anterior, se desprende que la estabilidad relativa únicamente, garantiza el pago de los daños y perjuicios ocasionados a quien ha sido víctima de despido intempestivo, es decir, no se garantiza el derecho al trabajo debido a que no se protege, de manera plena, la estabilidad laboral de los trabajadores; y, por el contrario, se entiende que el despido intempestivo es eficaz para terminar la relación laboral, so pena de la sanción que recibe el empleador. En concordancia, con lo expuesto Gatti (2015) menciona lo siguiente:

El reconocimiento de eficacia a la terminación del contrato mediante el despido intempestivo a cambio de una indemnización, contraría el derecho al trabajo debido a que el perjuicio ocasionado en el trabajador, no se compensa con la fijación de un capital, en relación a los años de servicio, sino solamente con el reintegro. Esto nos lleva a pensar que en un sistema de estabilidad laboral relativa, el despido injustificado se puede considerar un derecho potestativo que tiene el empleador para cesar la relación laboral a cambio del respectivo monto indemnizatorio a favor del trabajador agraviado; en este sentido, el revestir al despido injustificado de antijuridicidad no significa que la voluntad unilateral del empleador no sea el medio eficaz para dar por terminado el contrato individual de trabajo, por lo que se puede concluir que es un régimen de validez e ilicitud (p. 464).

En este sentido, se puede concluir que, si bien, en un régimen de estabilidad laboral relativa no se permite el despido injustificado de los trabajadores de manera libre y sin consecuencia alguna para el empleador; sin embargo, se admite el despido intempestivo indemnizado, puesto que éste tiene el carácter de ilícito e ilegal pero que al enfocarse desde la realidad material, confiere al patrono, a cambio de una compensación económica, la facultad de dar por terminado el contrato de trabajo, sin que exista una causa lícita, en otras palabras, no se garantiza el derecho al trabajo, toda vez que se sanciona al empleador con el pago de una suma de dinero, a favor del trabajador agraviado y no con el reintegro, como en un sistema de estabilidad laboral absoluta.

Teniendo en consideración lo planteado hasta el momento, es claro que los ordenamientos jurídicos laborales que regulan el principio de estabilidad laboral relativa, le ofrecen al empleador la facultad de terminar el vínculo contractual en el entorno laboral incluso sin justa causa. En este punto, el patrono deberá pagar la indemnización, al tratarse de

un despido ilegal pero que no se convierte en nulo, por lo que no tiene la obligación de restituir al trabajador a su cargo, en las condiciones en las que se encontraba previo al despido, sino que deberá indemnizar.

Sin lugar a dudas, este tipo de estabilidad en nada favorece al trabajador, sus familias, la sociedad en general, o al Estado. El hecho de que el empleador pueda, decidir despedir a un trabajador, aunque no medie justa causa y preferir pagar la indemnización a mantenerlo laborando, afecta la seguridad y la garantía de permanencia del individuo en una labor, toda vez que dicha persona no tiene la certeza de que se va a mantener laborando por periodos extensos, y la incertidumbre sobre la terminación de la relación laboral siempre está presente. Cuestión que es criticable y no compartida por la autora de este trabajo, debiéndose siempre reconocer en los ordenamientos jurídicos, el principio de estabilidad laboral absoluta si es que se desea proteger al trabajador.

### **1.3. Principio de igualdad de trato y no discriminación en el ámbito laboral**

Diversos y variados han sido los estudios y pronunciamientos que se han realizado sobre el principio de igualdad. Aunque mucho se ha estudiado e investigado en sentido general, también se han realizado importantes aportes en el ámbito laboral, por lo que, se evidencia la preocupación y ocupación por el tema. La igualdad en el trato y la no discriminación constituyen dos cuestiones de gran relevancia para el ser humano en general, es por este motivo que en el entorno laboral, de manera particular, adquieren connotaciones especiales, ello, por la relevancia de dicho ámbito en la sociedad. Como es sabido, el ejercicio de un cargo, profesión u ocupación le garantiza a la persona y a su familia la subsistencia y la satisfacción de sus necesidades mínimas vitales, por lo que cualquier acto que vaya en contra de la igualdad de trato y no discriminación en el trabajo, afectaría la subsistencia misma de muchas personas.

Otros autores como Ventura y García (2007), establecen lo siguiente:

La igualdad presupone la diferencia y no la identidad porque, si las cosas son idénticas, no hace falta establecer términos de comparación. La identidad está referida a un conjunto de términos indiscernibles que comparten una predicación común. Continuando con esta reflexión, la igualdad es un concepto racional que parte necesariamente de la necesidad de que los seres humanos, a pesar de las diferencias, disfruten de posiciones equivalentes, porque si se establece que unas determinadas

características, en definitiva, diferencias son las buenas, todas las demás resultarán ser malas. Por tanto, lo interesante es establecer la homologación de las diferencias y las correspondientes equivalencias (p. 64).

Como muy bien expone la Corte Constitucional del Ecuador (2016), el principio de igualdad y no discriminación se erige como un derecho que es el fundamento esencial de lo que ha sido denominado “teoría de los derechos constitucionales”, considerando que la igualdad y no discriminación es el pilar sustancial del Estado de derecho y justicia. La Corte, conteste con lo expuesto por importantes constitucionalistas como Robert Alexi (1993), refiere que este principio en sentido formal se refiere a la igualdad ante la ley, de forma tal que las normas jurídicas deben ser aplicadas para todos en igualdad de condiciones; mientras que en el sentido material, es la necesidad de garantizar a todos, las condiciones para que puedan de forma igualitaria, ejercitar los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico.

El principio de igualdad de trato y no discriminación en las relaciones laborales implica el deber que tienen tanto los poderes públicos, como los empleadores de tratar de manera uniforme a todos los trabajadores; sin embargo, no impone un trato absolutamente igualitario, como si todos ellos fuesen exactos entre sí, es decir se reconocen las diferencias y a partir de las mismas se otorgan ventajas que no sean contrarias a los mínimos legales de los demás trabajadores. En tal virtud, se aplica consecuencias iguales a supuestos de hechos iguales. Así también, este principio aborda un aspecto cualificado y complementario a la igualdad de trato que es la no discriminación por motivos históricamente arraigados en la sociedad y que son contradictorios con la dignidad humana, tales como: raza, religión, sexo, nacimiento o cualquier otra condición persona o social (Montoya, 2016).

De lo anterior se infiere, que no es posible garantizar la igualdad de todos los sujetos si no se reconocen las diferencias que algunos de ellos presentan, es decir que se deben establecer presupuestos distintos para quienes no se encuentren en iguales condiciones que el común de los sujetos; y, solo a partir del establecimiento de ventajas, a su favor se garantiza este principio, segundo, la igualdad de trato implica erradicar todo tipo de discriminación que vulneran la dignidad humana.

La Constitución del 2008 consagra a Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia, cuya finalidad es el reconocimiento, fomento y garantía de los derechos

constitucionalmente instituidos. Así las cosas, el Estado tiene la obligación de establecer los mecanismos e instituciones que permitan el efectivo goce de los derechos constitucionales a todos los ciudadanos por igual, es por ello que la parte dogmática de la norma suprema cobra mayor relevancia que la parte orgánica, lo que implica que la organización y ejercicio del Estado debe propender a cumplir y garantizar los derechos de todos los ciudadanos; así mismo, el sistema jurídico se debe adecuar a la parte dogmática de la Constitución (Ávila, 2011).

Es importante señalar que la concepción de Estado Constitucional de Derechos suple al antiguo “Estado Legal de Derechos” hacia la finalización de la Segunda Guerra Mundial. En este sentido el académico español Joseph Aguiló (2010) refiere que en la actualidad esta concepción ha sido la que ha predominado en los sistemas contemporáneos democráticos, debido a las transformaciones que se han materializado en el entorno de las leyes y de la política. En este sentido, refiere que el Estado Constitucional de Derechos, presupone la unión de la política con el ordenamiento jurídico, de forma tal que una no está desligada de otra. De esta forma que en un Estado de esta naturaleza, la Constitución adquiere connotaciones mayores, pues sus normas son de especial relevancia e importancia para la existencia propia de cada una de las categorías en juego dentro de la sociedad.

En torno a ello, la Corte Constitucional del Ecuador (2008) ha referido que lo que realmente importa en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, es el fondo, el contenido de lo que regula el texto fundamental, dotando a sus preceptos y principios de fuerza vinculante y directa, estableciendo categorías e instituciones que coadyuvan a la promoción de la democracia y asegurando a través de las garantías la materialización de los derechos y esencia de los contenidos de dicho documento.

La Constitución del Ecuador reconoce derechos que deben ser ejercidos específicamente por los sujetos de las relaciones de trabajo, por lo que según Palomeque y Álvarez (2014) “se produce así una impregnación laboral de derechos de titularidad general o inespecífica” (p. 104). Siguiendo esta línea, uno de los derechos constitucionales inespecíficos, que necesariamente se ha convertido en un principio rector de la legislación laboral ordinaria es el derecho a la igualdad de trato y no discriminación. Por consiguiente,

este principio y derecho de rango constitucional debe ser garantizado por la normativa de la materia, a través de instrumentos que permitan su efectivo goce; en concreto, el Código de Trabajo de Ecuador reconoce derechos específicos a favor de ciertos grupos de trabajadores que se encuentran en desventaja, en relación con sus compañeros, debido a determinadas condiciones en las que se encuentran tales como periodo de gestación, riesgos por estar embarazada la mujer y otros, para que de este modo, no sean víctimas de tratos discriminatorios por parte del empleador, como el despido ineficaz de la mujer embarazada y el dirigente sindical.

Teniendo en consideración estos elementos, es claro que en un Estado constitucional de derechos y justicia, el principio de igualdad y no discriminación, en el mercado laboral, se debe focalizar, a consideración de académicos como Palomeque y Álvarez (2014) y Nogueira (2011), en tres dimensiones: la igualdad de los sujetos de la relación laboral ante la ley, la igualdad en la aplicación de la ley, y el derecho de los trabajadores a no ser discriminados. Estos elementos sin lugar a dudas, son tres aspectos en los que el principio de igualdad y no discriminación en el ámbito laboral debe materializarse. Atendiendo a ello, a continuación, se analizarán de forma breve los mismos.

### **1.3.1. Igualdad ante la ley para los sujetos de la relación de trabajo**

El principio de igualdad formal, que en esencia es aquella igualdad que debe imperar ante la ley para cualquier individuo en general y para el entorno laboral en especial reviste gran relevancia. La igualdad ante la ley consagra el derecho que tienen los sujetos de la relación laboral a gozar del mismo trato, a partir de las leyes, reglamentos, convenios colectivos, en el sentido que a iguales supuestos fácticos se les deben otorgar iguales consecuencias jurídicas Palomeque y Álvarez (2014) han determinado que:

(...) el principio de igualdad prohíbe al legislador, así pues, configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente aceptables se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la

regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria (p. 107).

En consecuencia, el principio de igualdad ante la ley no es absoluto ni general ante la existencia de un elemento diferenciador que tiene relevancia jurídica, por lo que es importante adoptar medidas específicas de acción positiva, en beneficio de los trabajadores que se encuentran en una determinada situación; siempre y cuando, esta diferenciación sea razonable y proporcionada, y que respete los mínimos legales. Esto con la finalidad de erradicar condiciones de desigualdad que se encuentran marcadas en una sociedad para alcanzar una realidad material. Se prohíbe únicamente que dicho trato diferenciado, esconda un trato discriminatorio. Las acciones afirmativas, como se denominan en Ecuador, permiten que las personas que se encuentran en situación de inferioridad con respecto a otras, como consecuencia de estructuras sociales, puedan ejercer sus derechos en condiciones de igualdad material, al respecto Nogueira (2011) ha expuesto lo siguiente:

En términos generales supone tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. En un sentido técnico-jurídico lo que prohíbe en puridad es la existencia de tratamientos desiguales carentes de justificación o desproporcionados, es decir, busca evitar desigualdades irrazonables no justificadas objetivamente (p. 22).

Ciertamente, la finalidad de esta dimensión del principio estudiado, es que el legislador trate de la misma manera a todos los trabajadores, que se encuentran en igualdad de condiciones; y, que se establezca un trato diferenciado para aquellos que atraviesan una situación dispareja, de modo, que a partir de ello, pueda gozar de las mismas oportunidades en el mercado laboral pero la diferenciación debe ser justificada y responder a una causa objetiva, sin que con ello se coloque en desventaja al resto. Así, la jurisprudencia ecuatoriana ha señalado lo siguiente “En efecto, la idea central en que el Derecho del Trabajo se inspira no es la idea de la igualdad entre las personas, sino de la nivelación de las desigualdades reales que entre ellas existen” (Ecuador, Corte Nacional de Justicia, 2012, p. 3).

Como se dijo previamente, el trato diferenciado debe responder a una causa justificada y objetiva, es por ello que el Tribunal Constitucional de España ha desarrollado los siguientes presupuestos mínimos y obligatorios para determinar si una norma jurídica vulnera el principio de igualdad: en un primer momento, quien alega la vulneración deberá acreditar la homogeneidad de las situaciones, en segundo lugar la no existencia de una justificación

objetiva y razonada para la diferenciación; y, que la medida, aun cuando trate supuestos iguales, de manera desigual de modo justificado, no sea desproporcionada en sus consecuencias<sup>4</sup> (España, Tribunal Constitucional, 2013).

Por consiguiente, el legislador debe plasmar el principio de igualdad ante la ley, que yace de manera general, en la Constitución, los tratados y convenios internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad, y, en el ordenamiento jurídico de cada país por lo que se debe aplicar en todas las esferas y ámbitos de la sociedad; lo que implica que el legislador tiene la obligación de prever los mismos derechos para supuestos fácticos iguales dentro de la relación laboral.

### **1.3.2 Igualdad en la aplicación de la ley en el ámbito laboral**

La igualdad en la aplicación de la ley es el límite a la actividad jurisdiccional y administrativa, que prohíbe modificar arbitrariamente las decisiones de los jueces y autoridades administrativas en casos idénticos, sin que exista una adecuada motivación para el cambio de criterio, mantenido en sentencias o resoluciones anteriores. Esta dimensión del principio igualdad de trato y no discriminación permite que exista seguridad jurídica el sistema judicial; toda vez, que prohíbe que casos análogos sean resueltos de manera disímil, sin que se ventilen los motivos del cambio de razonamiento (Nogueira, 2011).

Siguiendo esta línea, los jueces de instancia de Ecuador tienen la obligación de resolver las causas, de conformidad con los precedentes vinculantes. En su momento, la derogada Ley de Casación regulaba que “Art. 19.- (...) la triple reiteración de un fallo de casación constituye precedente jurisprudencial obligatorio y vinculante para la interpretación y aplicación de las leyes” (Ecuador, Congreso Nacional, 2004). Esto implica, que el criterio esgrimido por los jueces de la Corte Nacional debe ser recogido de manera obligatoria, por los jueces de instancia. En concreto, en el ámbito laboral, la igualdad en la aplicación de la ley garantiza que las controversias suscitadas entre los sujetos de la relación de trabajo se resuelvan de la

---

<sup>4</sup> Para la reseña de este argumento se han recogido los preceptos obligatorios que el Tribunal Constitucional de España ha desarrollado en las sentencias (STC 75/1983, 29/1986, 181/200, 119/2020,71/2013,72/2013).

misma manera que otros casos similares; por consiguiente, permite que exista igualdad material, debido a que se limita la discrecionalidad de los órganos que administran justicia.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional de España ha determinado que deben concurrir ciertos requisitos, tales como que la persona perjudicada por el cambio de criterio debe acreditar un término válido de comparación entre la sentencia impugnada y una resolución del mismo órgano judicial que en casos idénticos haya resuelto de modo discordante, en segundo lugar es necesario establecer la identidad del órgano judicial que ha cambiado el criterio sin justificación alguna, lo que implica que no solamente se deben comparar las sentencias emitidas por la misma Sala de un mismo Tribunal, sino que la comparación se debe hacer entre resoluciones de la misma sección, en virtud de la independencia judicial.

Finalmente, la comparación se deberá realizar con una resolución judicial que resuelva un caso sustancialmente igual de otra persona, es decir no cabe la comparación consigo mismo, y no debe existir una motivación que justifique el cambio de criterio debido a que si existe motivación ya no hay vulneración constitucional (Nogueira, 2011). En este sentido, es claro que para cumplir con el principio de igualdad formal y material en el ámbito laboral, los conflictos que se originan en el ámbito del trabajo, los jueces deben solucionarlos atendiendo no solo a los derechos que se encuentran establecidos en la norma jurídica, sino también atendiendo a los criterios judiciales previos que tienen la categoría de jurisprudencia vinculante. Ello garantizaría seguridad jurídica y permitiría asegurar de mejor forma, la igualdad y no discriminación.

#### **1.4 Principio de no discriminación a los trabajadores en la relación laboral**

Aunque la no discriminación de los trabajadores en la relación laboral constituye el tercer aspecto esgrimido por Palomeque y Álvarez (2014) y Nogueira (2011), se considera que es pertinente analizarlo en un punto aparte, ello, por la relevancia que posee. Es claro que el principio de no discriminación se encuentra estrechamente relacionado con el de igualdad. Siempre que se garantice uno, se estaría evitando el otro de forma tal que constantemente están complementándose.

Toda persona tiene el derecho de gozar de las mismas oportunidades en todos los ámbitos de la sociedad, sin ser víctima de tratos diferenciados o discriminación. En este sentido, el principio igualdad de trato y no discriminación consagra valores inherentes a la dignidad de las personas y yace sobre el reconocimiento de las inequidades existentes en la sociedad como consecuencia de un modelo sistemático que coloca en situación de inferioridad a ciertos colectivos de personas.

Concretamente, en el Derecho laboral este principio implica que ninguna persona puede ser tratada de manera diferenciada en razón de su género, raza, religión, ni ningún otro factor personal, social o económico; de modo, que puedan gozar de igualdad de oportunidades para acceder al empleo, así como durante la relación de trabajo, a través del reconocimiento de los mismos derechos a todos los trabajadores, siempre y cuando se encuentren en las mismas condiciones laborales; y, finalmente en el momento en que se dé por terminada la relación laboral; lo que implica, en primer lugar, que ningún trabajador pueda ser víctima de despido discriminatorio, segundo, que una vez terminada la relación laboral de manera lícita, se le cancele sus derechos laborales en legal y debida forma (Nogueira, 2011).

Para finalizar, el principio de no discriminación prohíbe un trato desigual, por motivos impropios a las condiciones de prestación de servicios profesionales, que arroga carácter persecutorio y de castigo al trabajador, a quien separa de una u otra manera, por las causas antedichas; en definitiva, se materializa en la relación laboral la idea fundamental cuyo origen yace en el principio de igualdad y que se desarrolla en la doctrina de los derechos humanos, que impide la diferenciación o exclusión negativa del dependiente por motivos extraños a la relación de trabajo (Gatti, 2015).

Al respecto, cabe mencionar que el Estado tiene la obligación de garantizar que ningún trabajador sufra discriminación laboral, por lo que deben establecer métodos y normativa que limiten las facultades exorbitantes que tienen los empleadores, así como también, establecer las sanciones debidas. Claramente un ordenamiento jurídico adecuado, aseguraría de mejor forma la igualdad e impediría cualquier comportamiento que propiciara discriminar a alguien en cualquier ámbito de la vida y en el laboral en especial.

#### **1.4.1. Sub principio de igual trabajo corresponde igual remuneración**

Como parte del principio de no discriminación, es necesario analizar algunas categorías que desde nuestra concepción se encuentran incluidas dentro de esta institución. El sub principio, como se ha querido llamarle, de que a igual trabajo corresponde igual remuneración, es un eslabón importante para evitar la discriminación por cualquier motivo. Aunque pareciere innecesario, en el entorno laboral, muchos son los casos en pleno siglo XXI, en los que, por ejemplo, una mujer y un hombre ocupan iguales cargos y sin embargo, la mujer percibe menor remuneración que el hombre. Ello, indudablemente, justifica el análisis de este tópico.

La remuneración es la retribución que el empleador debe pagar al trabajador a cambio de su fuerza de trabajo, la doctrina le atribuye el carácter de contraprestación de la relación laboral. Como ya se sabe, el fin mismo del Derecho laboral es proteger al trabajador, por lo que el ordenamiento jurídico sobre la materia, de cada Estado deberá establecer un sueldo mínimo que permita satisfacer las necesidades personales y familiares de los trabajadores. Por consiguiente, el principio de igualdad de retribución por un mismo trabajo o por un trabajo de igual valor, sin distinciones de ningún tipo, es una dimensión fundamental del principio igualdad de trato y no discriminación, es por ello que la igualdad retributiva entre hombres y mujeres se considera un derecho autónomo, esta particular relevancia viene dada por la materialización del principio de igualdad de género (Trujillo, 2015).

De lo anterior, se infiere que una de las manifestaciones más claras de violación al principio igualdad de trato y no discriminación es la desigualdad retributiva para un trabajo similar o de igual valor, es decir que al momento de fijar la remuneración de los trabajadores, únicamente se debe tomar en cuenta el tipo de trabajo realizado, sin que medien factores ajenos al mismo, tales como: género, raza, religión, etc. Sin embargo, se conoce que, aun cuando, existe el reconocimiento de este principio en las legislaciones que regulan las relaciones de trabajo existen inequidades salariales, y que una de las principales causas es el género.

Por otro lado, es necesario entender que no toda diferenciación salarial violenta este principio, debido a que pueden concurrir múltiples factores, como la experiencia, la formación, la antigüedad, etc., para que un empleador atribuya mayor remuneración a un

dependiente que realiza el mismo trabajo o un trabajo de igual valor que otro, por lo que es necesario un criterio objetivo de evaluación del trabajo; sin embargo los presupuestos antes detallados también pueden dar lugar a un tipo de discriminación por razón de género, ya que como consecuencia de la condición biológica de las mujeres, en múltiples ocasiones, se ven obligadas a abandonar sus trabajos u optar por jornadas parciales para dedicarse al cuidado de sus hijos, esto conlleva a que su experiencia, antigüedad y formación se vea obstruida (Pons, 2015).

La desigualdad retributiva es una problemática que se encuentra latente en la sociedad, y responde a la poca valoración que se otorga a la actividad que realizan ciertas personas; aun cuando, desempeñen el mismo trabajo o un trabajo de igual valor que otros trabajadores; esto responde a motivos ajenos a sus actividades laborales y que son propios de la persona, como por ejemplo: características físicas, género o las condiciones en la que se encuentran, por consiguiente la inequidad salarial es un tipo de discriminación en el ámbito laboral; y, que afecta la igualdad de oportunidades de los trabajadores, no solo dentro de esta esfera, sino que también repercute en su vida familiar, y como tal de sus dependientes. De acuerdo a la temática del presente trabajo de investigación, es necesario referirse únicamente, a la inequidad salarial, en virtud del género de los trabajadores.

La brecha salarial en razón del género es la diferencia que existe entre las retribuciones que gozan los hombres y las mujeres que realizan un trabajo igual o de igual valor. En el primer supuesto, debe existir una identidad o una cercanía de la labor. En el segundo supuesto, no se requiere que los trabajos realizados por hombres o mujeres sean exactos para merecer la misma remuneración, para que a éstos tengan el mismo valor; y, por ello se requiere de un instrumento de medida y comparación de trabajos, que permita valorar los mismos, en base a criterios objetivos que aborden distintos factores como: la naturaleza del trabajo, el tiempo empleado para desempeñar el trabajo, las condiciones laborales y de formación de los trabajadores, la experiencia, para lo que cual es necesario señalar la contribución de interlocutores sociales, ajenos a la relación de trabajo, para que realicen esta valoración (OIT, 2018).

En este sentido, Molina (2013) menciona lo siguiente:

(...) no toda desigualdad retributiva entre mujeres y hombres será susceptible de ser considerada como discriminación. Así, es posible atender a la concurrencia de una serie de razones objetivas que pueden justificar las diferencias salariales, como pueden ser la clase de ocupación que suelen realizar unos y otra, el perfil profesional, el tipo de jornada, la modalidad contractual, entre otras. Pero junto a ellas, también encontramos la concurrencia de circunstancias que carecen de justificación y cuya persistencia en nuestros días obedece únicamente a la vigencia de prejuicios sociales, de los que se hace derivar un tratamiento injusto y excluyente para las mujeres, sin que el mismo encuentre fundamento en hechos objetivos (p. 266).

Ahora, en Ecuador subsisten discrepancias reveladoras en los niveles de remuneración entre hombres y mujeres, las cuales permiten vislumbrar que pese al reconocimiento del principio igualdad de trato y no discriminación en el numeral 2 del artículo 11 de la Constitución e igualdad de remuneración en el artículo 79 del Código del Trabajo no existe una igualdad material en relación al género.

El Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC) ha determinado que para marzo del año 2018 el promedio de la remuneración de las mujeres es de trescientos dos dólares con ochenta centavos (302, 80 USD) mientras que el de los hombres es de trescientos sesenta y seis con veinte centavos (366,20 USD) lo que representa un porcentaje del 82,68% del primero respecto al segundo, es por ello, que la brecha salarial de las mujeres con respecto a los hombres es del 17, 32% (Ecuador INEC, 2018).

En este sentido, el Instituto Nacional de Estadística de España (INE) ha realizado desde el año 2004 la *Encuesta Anual de Estructura Salarial* con la finalidad de esgrimir estimaciones del ingreso anual bruto de los trabajadores. La información se clasifica en relación con la actividad económica, la jornada, el sexo y la ocupación. En el año 2016 se realizó la última encuesta de esta naturaleza y fue publicada el 29 de mayo del 2018. El principal resultado obtenido a partir de la misma es que las mujeres percibieron un ingreso anual medio de 20.131,41 euros, mientras que la remuneración de la mano de obra masculina fue de 25.924,43 euros, en el año referido. Es así que la remuneración media anual femenina representó el 77,7% de la masculina, lo anterior, representa una inequidad salarial anual del 22,34%. Por el contrario, la diferencia disminuye en relación a la ganancia por hora, en donde

el salario de la mujer equivale al 85,4% de la remuneración del hombre, por consiguiente, las trabajadoras percibieron el 14,6% menos que los trabajadores (España, INE, 2018).

Finalmente, el Departamento Administrativo Nacional de Estadística de Colombia mediante la *Gran Encuesta Integrada de Hogares* suscrita en el año 2016, ha determinado que la remuneración de las mujeres es del 18.7% menos que la remuneración percibida por los hombres para un trabajo de igual valor, pese a que existen datos de que las mujeres en este país tienen mayor preparación que los hombres, en un porcentaje del 6% (Colombia, DANE, 2017).

A partir de los datos recogidos, se observa como en los tres países, la remuneración de las mujeres es inferior a la de los hombres para trabajos similares o de igual valor; cabe recalcar, que las distintas instituciones encargadas del manejo de información y estadística han tomado en consideración ciertas variables que influyen al momento de establecer el ingreso medio de los trabajadores y trabajadoras, por consiguiente, una vez que ha sido depurada la información han concluido con el porcentaje de desigualdad retributiva, que existe en cada país, es por esta razón que se puede concluir que la brecha salarial por género, no tiene justificación legal alguna y que responde a un trato discriminatorio hacia las mujeres.

#### **1.4.2. Tipos de discriminación en materia remunerativa**

En torno a la discriminación en el entorno salarial que tiene lugar entre hombres y mujeres, es pertinente para lograr mayor claridad, poder determinar los diferentes tipos de discriminación que pueden considerarse en este entorno. Existe consenso en considerar que las clases son la discriminación directa y la indirecta, las cuales poseen un conjunto de caracteres que las distinguen y diferencian, lo anterior será analizado a continuación.

##### **1.4.2.1. Discriminación directa**

La discriminación directa es la primera modalidad que puede materializarse en el ámbito de la retribución. Debe comprenderse que es toda situación que coloca a una persona en una posición menos favorable que otra, aun cuando, ambas se encuentran en condiciones comparables. De esta forma, se entiende, que el motivo de este trato diferenciado responde al sexo de las personas. Este tipo de discriminación se origina en una norma determinada,

parafraseando a Eva Pons (2015) en primer lugar, serían las normas que limitan las prestaciones u oportunidades laborales a favor de las mujeres, un segundo supuesto se origina de las normas que tienen una finalidad protectora a la mujer pero que como consecuencia generan un detrimento en el aspecto retributivo, como por ejemplo, el prohibir que las mujeres embarazadas realicen horas extras. Finalmente, un tercer caso de discriminación directa se origina en la designación diferenciada a una misma actividad laboral dependiendo del sexo de la persona que los ocupe, tales como: cocinera/chef; técnico/operadora (Pons, 2015).

Implica que una norma erige al sexo de un trabajador como criterio diferenciador, al momento de establecer un beneficio o derecho laboral. Se verifica que existe discriminación directa, cuando una persona ejecuta funciones idénticas o de igual valor que otra de sexo diferente; y, se percibe una diferencia salarial que yace en una disposición normativa, en este escenario se evidencia un nexo causal entre la diferenciación salarial y el sexo, y que se legitima por un norma discriminatoria; No obstante, la igualdad retributiva en razón del sexo ha sido foco del sistema jurídico de cada país, así como de organismos internaciones y del Derecho antidiscriminatorio, es por ello, que en la actualidad no son frecuentes las normas que establezcan al sexo como factor determinante para fijar la remuneración. Lo anterior, no significa que la discriminación directa haya desaparecido, por el contrario, se manifiesta por otras vías.

#### **1.4.2.2. Discriminación indirecta**

La discriminación indirecta es toda situación que coloca a una persona en desventaja con relación a otra, como consecuencia de una disposición legal, medida, criterio o práctica aparentemente neutra pero que sus efectos son adversos mayoritariamente en el sumado de un grupo protegido, como por ejemplo las mujeres trabajadoras. Este tipo de discriminación diverge del primero porque no es el trato lo que cambia, sino sus efectos, que afectan de modo desigual a personas con características diferentes, pero tampoco se desconoce una finalidad o intención discriminatoria debido a que no existe una justificación legal y objetiva que lo desvirtúe.

Los criterios concebidos como neutros pero discriminatorios al confirmarse su impacto perverso e infundado para el colectivo de mujeres son los siguientes: el trabajo a tiempo parcial; el esfuerzo físico como factor único o predominante para la clasificación y contratación de personal; y, más recientemente el trato diferenciado como consecuencia del ejercicio de derechos de conciliación entre el ámbito laboral y familiar, este último debido a que son las mujeres quienes mayoritariamente los ejercen, el mismo que se desarrollará en un apartado distinto debido a la relevancia para el desarrollo de este trabajo investigativo (Nogueira, 2011).

Se considera al trabajo a tiempo parcial como un criterio discriminatorio porque mayoritariamente son las mujeres que optan por esta modalidad contractual con la finalidad de dedicar parte de su tiempo al cuidado de sus hijos, pero el resultado adverso se evidencia en que se reservan beneficios de seguridad social e incentivos para trabajadores a tiempo completo. De igual manera, se ha hecho hincapié en la doctrina española en la admisibilidad del esfuerzo físico como criterio de discriminación indirecta puesto que se parte desde una perspectiva empírica y estadística que esta característica favorece más a los hombres que las mujeres (Cabeza, 2012).

Al respecto, se evidencia que la discriminación indirecta en materia retributiva implica que una norma o disposición, que a primera vista se vislumbra como neutra, tiene efectos negativos para cierto grupo de personas concretamente, para las mujeres. La autora referida establece que priman los efectos sobre las causas discriminatorias pero que no se descarta la intención de generar un trato diferenciado que repercuta en la remuneración mensual de las mujeres; esto en virtud, de que la normativa en mención, afecta en particular a las trabajadoras, y concretamente a las madres, ya que son ellas, quienes mayormente optan por una jornada laboral a tiempo parcial para cuidar a sus hijos.

Esto se relaciona con el tercer criterio que son los derechos de conciliación del rol reproductivo con el productivo, los cuales se establecen a favor de la madre, en su mayoría, este factor constituye una de las causas por las que se da las brechas salariales entre las mujeres y los hombres, lo que no sucedería si los sistemas jurídicos se orientarían a la corresponsabilidad entre progenitores, así mismo el esfuerzo físico, como determinante para

un puesto de trabajo, afecta de manera directa a las mujeres, pues en base a condiciones biológicas y sin ánimo de generalizar los hombres se benefician por este criterio.

Como se ha defendido hasta el momento, es claro que la discriminación indirecta, es tan dañina como la directa, pues esta es mucho más solapada, de difícil identificación, por lo que es necesario comprender la necesidad de contar con normas jurídicas transparentes, así como con actuaciones por parte de cualquier funcionario o empleador que sea clara, de forma tal que no se permita ningún tipo de trato discriminatorio por medio de cualquier acción. En ello, juega un gran papel como se ha defendido hasta el momento, la eficacia del ordenamiento jurídico, por lo que contar con un sistema de derecho y justicia social es imprescindible para lograr garantizar de forma efectiva la igualdad y no discriminación en el entorno laboral.

## **CAPÍTULO II. CONCILIACIÓN DEL ÁMBITO LABORAL, FAMILIAR Y PERSONAL DE LOS INDIVIDUOS**

### **2.1. Antecedentes de la protección laboral que se deriva de la maternidad**

Para abordar el derecho al trabajo es necesario tener como punto de partida el Estado social, que nace con la finalidad de limitar o compensar, de alguna manera, la desigualdad social manifiesta y creciente consustancial al capitalismo, la cual es un factor imprescindible en un Estado liberal y puramente formalista. El objetivo del Estado social es eliminar las desigualdades excesivas en la sociedad, a través del reconocimiento y garantía de derechos sociales, civiles y políticos. Parte de esto es el reconocimiento del derecho al trabajo como derecho fundamental y constitucional, que se enmarca en el tránsito del Estado de derecho liberal al Estado social de derecho.

Ello implica que más allá de las ideologías subyacentes, permite la realización de reformas sociales a través del Estado. El Estado social surge en Europa, a mediados del siglo XIX para dar respuesta al proceso de industrialización y ante el temor de una revolución de los movimientos sociales que se encontraban inconformes con el sistema vigente, puesto que el proletariado urbano, estaba compuesto no solamente por hombres trabajadores, sino también por mujeres y niños que laboraban en las fábricas en condiciones deplorables (Sotelo, 2010).

En este sentido, se expidieron una serie de leyes que establecían garantías y derechos laborales a favor de los trabajadores, como por ejemplo, la limitación de las jornadas de trabajo, el descanso semanal, garantías salariales y el reconocimiento de la seguridad social. Sin embargo, todo este conjunto de normas se creó sobre el patrón del hombre como trabajador y proveedor por lo que, el tipo de familia nuclear, según Olavarría (2000) se extendió y se consolidó en la clase obrera, bastante después que en la clase media, permitiendo al hombre ostentar una remuneración suficiente para mantener a su esposa e hijos, permitiendo así a la mujer quedarse en el hogar al cuidado de sus hijos (Sotelo, 2010).

Al respecto, se evidencia que, en los orígenes del derecho al trabajo, concebido como un derecho fundamental, como consecuencia del advenimiento del Estado social, se expidió normativa que giraba en torno al hombre como trabajador, la cual garantizaba sus derechos

laborales y por consiguiente, le permitía asumir el rol de proveedor, propio de la forma familiar predominante. En este sentido, el Derecho laboral permitió que el hombre perteneciente a la clase obrera perciba un salario con el que pueda sostener a su familia, sin la necesidad de que los dos progenitores compartan responsabilidades económicas para la sobrevivencia de ambos y de sus dependientes. Es por este motivo, que se asoció a la mujer con la protección familiar, asignándole el rol de mujer- madre y seguidamente el cuidado de los hijos e hijas, por lo que fue excluida de la esfera laboral.

En este sentido, Rivas y Rodríguez (2008) han dicho que:

La protección del trabajo en los comienzos del desarrollo de la legislación laboral fue unida a la protección de la familia, con lo cual se intentó una labor de moralización de las clases trabajadoras, sobre todo, mediante la reclusión de las mujeres en el espacio doméstico y su exclusión del ámbito laboral. Se desarrolla así un modelo doméstico y familiar en el que se sobrevalora el papel de la mujer como esposa y madre, cuya competencia son las actividades domésticas, los cuidados y la educación de los hijos al interior del hogar, mientras que la responsabilidad de proveer los medios de subsistencia y representar a la familia en el espacio público se atribuye a los varones (pp. 53-54).

A partir de lo anterior, se evidencia que la sociedad históricamente ha establecido roles que determinan de manera categórica, tanto para los hombres como para las mujeres su posición dentro de la familia, así como también en la esfera laboral. Lo anterior, en palabras de Cook & Cusack (2009) se denomina como la “asignación de estereotipos”. Siguiendo esta línea, es importante definir lo que se entiende por estereotipo sobre roles sexuales desde la perspectiva de género. Al respecto, estas dos autoras han referido que:

(...) En tanto los estereotipos sobre los roles sexuales se basan en las diferencias biológicas de los sexos para determinar cuáles son los roles o comportamientos sociales y culturales apropiados de hombres y mujeres, puede decirse que se construyen sobre los estereotipos de sexo (p. 32).

Si bien, los estereotipos de género sobre roles sexuales han colocado a la mujer en posición de subordinación frente al hombre; toda vez que históricamente, ha sido excluida de lo público o mercado laboral y se le ha relegado a lo privado o cuidado de los hijos y la familia; éstos también han afectado al hombre en la medida que se ha construido una forma de ser del varón a través de lo que se entiende por masculinidad, en donde se establece un

modelo en el que a consideración de Olavarría (2000) “los hombres se caracterizan por ser personas importantes, activas, autónomas, fuertes, potentes, racionales, emocionalmente controladas, heterosexuales, son los proveedores en la familia y su ámbito de acción está en la calle” (p. 11).

Entre tanto, por el paso del tiempo, las luchas sociales y el acceso de la mujer a la educación, le fue posible su inserción al mercado laboral, por lo que desde sus inicios fue sujeto de protección especial por parte del Derecho laboral; no siendo así, las oportunidades de la mujer, en términos de igualdad material con respecto al hombre. Si se atiende a los orígenes del derecho del trabajo se pueden distinguir a consideración de Caamaño (2010) dos etapas marcadas en la evolución normativa de protección a la mujer

Una primera etapa estuvo caracterizada por el amparo de las trabajadoras, por el hecho de ser débiles y necesitar protección particular del ordenamiento jurídico, lo que en algunos casos, se puede asimilar a la protección que se confería a los menores de edad. En este primer momento, las normas laborales establecían prohibiciones a los empleadores respecto del trabajo femenino, por el hecho de considerarse un sujeto vulnerable, tales como la prohibición de manera general del trabajo nocturno para las mujeres, la exclusión de mujeres en trabajos mineros subterráneos y en otros trabajos calificados como superiores a sus fuerzas o peligrosos para las condiciones físicas o morales propias de su sexo. En este contexto, la mujer se encontraba frente a un sistema jurídico que establecía ciertas prohibiciones para los empleadores, el cual aparentemente la protegía pero que en realidad restringía sus derechos y reforzaba la autoridad paternal y marital debido a que reafirmaba su condición de debilidad frente al hombre.

La segunda etapa se centra en la protección de la familia nuevamente, como en el inicio del Derecho laboral, pero con la diferencia, que se reconoce el derecho al trabajo, de la mujer; y, se ampara su condición biológica de portadora de vida, es por este motivo que le fueron reconocidos derechos derivados de la maternidad; sin embargo, implica un mantenimiento de roles de género, que reflejan el distinto papel de los hombres y las mujeres en el seno de la familia, lo cual es adverso a la igualdad material de hombres y mujeres.

Ciertamente, la protección laboral de la mujer, ha sido una de las principales preocupaciones de la Organización Internacional de Trabajo, y por consiguiente de los sistemas jurídicos internos de cada país pero, aún más, la situación de la mujer embarazada, por lo que se han establecido obligaciones que el empleador debe cumplir para con las trabajadoras, que se encuentran en estado de gravidez, éstas le han permitido equilibrar el cuidado de los hijos con el trabajo remunerado, como son: las licencias con salario que se derivan de la maternidad y la instalación de centros infantiles. No obstante, se puede inferir, que estas medidas falsamente protectoras han servido para conciliar el cuidado de los hijos con el desarrollo de las actividades laborales de la madre, lo que refuerza el rol de mujer-casa-cuidado, ante lo cual se evidencia la continuidad de estereotipos de género.

Para finalizar, la igualdad material en el ámbito laboral entre mujeres y hombres ha sido de gran trascendencia y preocupación a nivel mundial, es por este motivo, que se han suscrito varios convenios con la finalidad de erradicar las desigualdades que existen en el ámbito laboral. Los principales instrumentos internacionales, que se han suscrito sobre la materia son la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979); el Convenio No. 111 de la OIT sobre la discriminación (empleo y ocupación) (1958); y, el Convenio No. 100 de la OIT sobre igualdad de remuneración (1951). Se evidencia que la protección a la mujer es de especial atención para el Derecho laboral; sin embargo, su acceso al mercado de trabajo, así como también, sus oportunidades laborales, aun se ven obstaculizadas por factores de diverso carácter, por lo que, se deben superar los condicionamientos económicos y sociales impuestos por la sociedad; y, no solamente permitir que la mujer desarrolle sus actividades laborales remuneradas, sin descuidar el trabajo en el hogar.

Considerando lo expuesto hasta este momento, es claro que analizando la historia del Derecho laboral la mujer siempre ha sido relegada a jugar un papel de cuidadora de los hijos. Es claro que desde un inicio fue el hombre, el que tuvo un reconocimiento amplio en torno al conjunto de derechos laborales, atribuyéndosele la condición de sujeto proveedor del hogar y de los miembros de la familia. Aunque sólo fue en el siglo XX cuando comienzan a darse los primeros instrumentos internacionales para garantizar la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer, aún no se logra del todo en nuestras sociedades eliminarle la distinción en el

ámbito laboral entre ambos sexos lo que se podría atribuir, a los roles de género que en la sociedad se han instituido entre lo masculino y femenino, trascendiendo al ámbito laboral.

## **2.2. Los roles de género en el ámbito de los derechos laborales**

Para muchos seres humanos, existen denotadas e irracionales diferencias entre el hombre y la mujer y es que, si solamente nos detenemos a observar el aspecto físico o anatómico, claramente así es. No obstante, cuando de cuestiones de género se trata, es claro que las construcciones tradicionales de lo masculino y femenino, deben ser reevaluadas. Para comprender estas ideas es necesario entonces, entender en primer lugar, a qué se hace referencia cuando se habla de género.

La construcción del género tuvo lugar en el espacio del desarrollo social. Desde los albores de la humanidad, ha existido una distinción muy bien ponderada en torno al hecho de que el hombre es la persona encargada de proveer recursos al hogar y la mujer, existía para y por el hombre. Sobre este hecho, Hermann Steuding (2005), en su estudio titulado *“Mitología Griega y Romana”*, realiza una observación sobre la construcción del género en la antigüedad y la sumisión a la que incluso en el mundo de los dioses, eran colocadas las mujeres. En este sentido, afirma que “por su condición de esposa de Júpiter Rex, era Regina; y entre los Marsos se la llamó Jovia Regina, siendo algo así como un simple complemento femenino del dios” (p. 2012).

Este análisis que hacía el autor sobre la consideración de la mujer incluso en la antigüedad entre los dioses, demuestra lo tan profundas que han sido las raíces de esta diferenciación entre el papel que siempre han jugado las mujeres con relación a los hombres dentro de la sociedad. Es claro, que esta consideración de que la mujer es más débil, se sustentó en un principio en la propia anatomía femenina, la que después trascendió al ámbito social para imponerse como parte de un patrón cultural que trasciende hasta nuestros días.

A pesar de ello, para la académica española Loscertales (2011) fue con la Revolución francesa cuando el papel de la mujer, aparentemente comienza a cambiar. Es a partir de este periodo, en que la estructura familiar comienza a moldearse tal y como se conoce en la actualidad y la mujer, comienza a tomar otro lugar que en definitiva, no modifica su rol dentro

de la sociedad. En la nueva organización de la incipiente familia burguesa, la mujer comienza a desarrollar una imagen superficial diferente, pero que en el fondo, sigue siendo evidente el hecho de ser considerada como el individuo encargado del hogar. Es así y como muy bien lo expresa Loscertales, las mujeres comienzan a desempeñar una doble función social, al ser consideradas como reinas del hogar y la familia, pero a la vez subyace una condición de esclava.

En este sentido, a partir de entonces las mujeres aunque constituían una imagen necesaria de la familia contemporánea, no podían observar mucho más allá que el espacio geográfico del hogar, no permitiéndoseles acceder a la realidad educativa, cultural, social, política y económica ajena a dichos entornos. Aunque con el desarrollo y evolución de los movimientos feministas en el mundo, las mujeres comienzan a destacarse en todas las áreas sociales, en la actualidad aún, se vislumbran rezagos de esa cultura meramente patriarcal. Por ejemplo, según datos ofrecidos por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), hasta el año 2018, se registraban en el mundo un total de 750 millones de personas analfabetas o semianalfabetas, de las cuales 500 millones son mujeres (UNICEF, 2018).

Esta realidad evidencia, los actuales obstáculos que deben enfrentar y de hecho enfrentan las mujeres en todo el mundo, en materia de educación y cultura y por ende, de independencia. Es así que el género, y la ideología en torno a dicha categoría, se ha conservado hasta la fecha. La única transformación que ha sufrido, es aquella que ha logrado diferenciar el género con el mero sexo de la persona. No obstante, aunque el género ahora se relaciona mucho más con la identidad del individuo, continúa siendo un elemento esencial en los roles que en la sociedad, juega la mujer.

Ahora, en el ámbito laboral la situación no es diferente. Los roles de género en la sociedad han transitado hasta también imponerse en el ámbito de los derechos laborales. Según el informe “Perspectivas sociales y del empleo en el mundo”, de la OIT publicado en el año 2018, las mujeres continúan siendo afectadas en el mercado laboral. Según este informe, se ha sostenido el hecho de que las mujeres tienen menos probabilidades de ingresar al mercado laboral, sufriendo un déficit de 26 puntos porcentuales con relación a los hombres.

Ello quiere decir que en principio, las mujeres tienen como mínimo, 26% menos de posibilidades de encontrar un trabajo que un hombre, lo que evidencia la consideración contemporánea de que las mujeres no están preparadas o no pueden desempeñar una función en el ámbito laboral (OIT, 2018).

Unido a ello, según el propio informe, existe una gran preocupación por las disparidades de género en las oportunidades del mercado laboral, que según la OIT persisten en todas las dimensiones del trabajo y se encuentran arraigadas en la compleja interacción de los diversos roles de género, restricciones socioeconómicas y preferencias personales que provocan una discriminación en esta realidad. En muchos países la tasa de empleo de las mujeres se mantiene muy por debajo de la de los hombres. También es evidencia que en materia de participación ante las ofertas de trabajo, las mujeres tienen que enfrentar un sinnúmero de barreras para poder acceder. Se puede evidenciar a través del mundo que las mujeres a menudo pueden acceder sólo a empleos de calidad inferior a la de los hombres, ubicándose en una situación de vulnerabilidad importante. Todo ello incide en la brecha salarial que tiene como fundamento o justificación al género (OIT, 2018).

Como consecuencia de esta disparidad por razón del género en el mercado laboral, la OIT afirma que las mujeres a menudo son menos elegibles para la cobertura de protección social incluida ante una situación de desempleo, tales como prestaciones, pensiones y protección de la maternidad, debido a la menor tasa de participación en la fuerza laboral, así como a la mayor probabilidad que tienen de estar en formas vulnerables de empleo. Estos factores, junto con el hecho de que las mujeres suelen recibir niveles más bajos de remuneración, incrementan su riesgo de pobreza y de afectación a la familia que integran (OIT, 2018).

Estos datos recientes, evidencian las consecuencias de la disparidad en materia de derechos laborales en torno a los roles de género. Como quiera que la condición de ser mujer las predispone para poder acceder de forma más desventajosa a un trabajo en igualdad de condiciones que el hombre, provoca sin lugar a duda una vulneración de todos los derechos laborales existentes. Esta evidencia que aunque mucho se ha luchado en materia de reconocimiento de los derechos laborales entre hombres y mujeres, muy poco se ha logrado

hasta la actualidad, pues aún persiste una cultura patriarcal, que, aunque no con la intensidad que tuvo en sus primeros momentos, mantiene intrínseca la idea de que el hombre es el proveedor del hogar y la mujer debe limitarse a realizar trabajos más adecuados con su sexualidad.

### **2.3. Aspectos de la conciliación del ámbito laboral, familiar y personal**

Como se desprende del punto anterior, los roles de género que aún persisten en la actualidad, proveen un entorno desfavorable para que la mujer pueda laborar en igualdad de condiciones a los hombres, y por ende poder acceder con la misma intensidad al conjunto de derechos derivados del trabajo. A pesar de ello, la lucha de la mujer por la reivindicación de sus derechos laborales se ha hecho fuerte, al punto de que a nivel mundial crece sostenidamente, el número de mujeres que ocupan cargos públicos y administrativos.

Aunque indiscutiblemente los pasos son discretos, se avanza de forma sostenida a un quebrantamiento cada vez más importante de los tradicionales roles de género que se han conservado a través de la historia en muchos países. Es así que, ha sido necesario que la mujer logre conciliar sus obligaciones y responsabilidades del ámbito laboral, con el entorno familiar y personal. Para ello, los estados han dictado disímiles medidas en aras de garantizarle a la fémina su incorporación y permanencia al trabajo, y a la vez que se cumpla por la familia aquellas obligaciones que se tienen en este ámbito. Es así que la conciliación surge como un mecanismo relevante que logra armonizar los intereses de estos entornos, cuestión que se analizará a continuación.

#### **2.3.1. Aproximación conceptual al término conciliación**

El convenio núm. 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares de la OIT, constituye el justificativo necesario para que los Estados puedan adoptar políticas internas que buscan garantizar que tanto los hombres como las mujeres puedan laborar sin ningún tipo de discriminación, pero también sin que se vulnere el cumplimiento de sus responsabilidades en el ámbito de la familia. Es así que, este instrumento jurídico internacional ofrece un conjunto de acciones o políticas relacionadas con la concesión de

licencias, servicios de asistencia social horarios flexibles, modalidades laborales, seguridad social, y otras categorías que en su conjunto tributan con la intencionalidad de armonizar los intereses personales con los familiares (OIT, 1981).

Sin lugar a dudas, fue la Conferencia Mundial sobre las Mujeres celebrada en China, Beijing en el año 1995 la que de forma importante logro desarrollar la necesidad establecer ciertas políticas que permitieran establecer que las mujeres no son las únicas responsables de todas las tareas y obligaciones del ámbito doméstico o familiar. De esta forma, vieron como algo necesario para disminuir la discriminación en contra de la mujer por los roles de género, reconocer acciones que le garantizarán la igualdad de condiciones con los hombres en el mercado laboral.

En este sentido lo que hace esta organización internacional es un llamado a la conciliación entre las diversas responsabilidades que le son atribuidas tanto al hombre como a la mujer. Es así que, la conciliación en el entorno familiar, personal y laboral se erige como una institución que puede ser considerada tal como expusieron Felstead, Jewson, Phizacklea, y Walters (2002) como “la habilidad de los individuos, con independencia de su edad o género, de encontrar un ritmo de vida que les permita combinar su trabajo con otras responsabilidades, actividades o aspiraciones” (p. 57).

En otro sentido la investigadora Martín (2009) refiere que cuando se alude a la noción de conciliación en el ámbito familiar, personal y laboral, se hace referencia a:

(...) un conjunto de acciones sociales, institucionales y empresariales cuyo objetivo es el desarrollo de una sociedad más igualitaria y justa. Es un modo de organizar el entorno laboral que facilita hombres y mujeres la realización del trabajo y de sus responsabilidades personales y familiares (p. 52).

Teniendo en consideración lo que ha sido expuesto hasta el momento, es claro que la conciliación en estos entornos, representa el conjunto de acciones o medidas que son tomadas en favor del padre y la madre de forma tal que les garantice y permita en igualdad de condiciones el disfrute de los diferentes derechos, pero también de las obligaciones y responsabilidades en el ámbito laboral y familiar, de forma tal que puedan armonizar los intereses que surgen en ambos sentidos. Como bien expone la investigadora Alcañiz (2014) la conciliación tiene como finalidad esencial que la mujer no cumpla únicamente con el rol

tradicional de ama de casa o cuidadora de niños, sino que al contrario tanto la responsabilidad del trabajo, ello es de proveer a las necesidades del hogar, como las responsabilidades derivadas del cuidado de la familia y demás actividades familiares, sean compartidas por todos y cada uno de sus miembros, ello es, por ambos géneros. Con la conciliación se pretende quebrantar el rol tradicional tanto del hombre como de la mujer garantizándoles el disfrute pleno de todos y cada uno de los derechos familiares y laborales, así como las responsabilidades derivadas de ambos entornos.

A consideración del Fondo Social Europeo (FSE), según expresa en el documento titulado *La conciliación de la vida laboral, familiar y personal: una estrategia de cambio social*, la conciliación en estos ámbitos se caracteriza por una activa participación tanto de las mujeres como de los hombres en todos y cada uno de los entornos públicos y privados sin que se restrinja ninguno de los derechos que les garantice una calidad de vida adecuada. También estas medidas tanto legales como institucionales que son adoptadas, intentan garantizar la igualdad de oportunidades que tienen ambos grupos. También se refiere al hecho de que por medio de la conciliación, se compatibilizan los intereses y las responsabilidades tanto de la mujer como del hombre, así como la satisfacción de las necesidades de cada uno. Otro elemento que identifica a consideración de esta institución, a la conciliación, es que por medio de ella las partes pueden utilizar su tiempo libre en la realización de las actividades que le convengan sin ningún tipo de restricción, pues se materializa un proceso de revalorización del entorno familiar en el que tanto la mujer como el hombre, tienen los mismos derechos y deberes (FSE, 2012).

Cómo es posible advertir hasta este momento, es claro que la conciliación entendida como el conjunto de políticas que tanto en el orden jurídico como institucional son adoptadas con la finalidad de lograr una igualdad real de oportunidades entre el hombre y la mujer. En este sentido, lo que se busca es romper con los roles de géneros tradicionales y ofrecer a los dos progenitores, la posibilidad de participar de forma activa en el cumplimiento de las responsabilidades y deberes de orden laboral y familiar, así como el disfrute pleno de los derechos en dichos entornos. Aunque ciertamente las políticas derivadas de la conciliación son de gran relevancia, claramente aún es necesario continuar profundizando en ellas, de forma tal

que aseguren una efectiva armonización entre los roles de género necesarios para el pleno disfrute de la igualdad y no discriminación entre mujeres y hombres.

### **2.3.2. Tensiones existentes entre la actividad laboral y la familia que justifican la conciliación**

Uno de los elementos esenciales que justifican la conciliación en el ámbito laboral, familiar y personal, es la distribución diferenciada que se realiza de las tareas de cuidado que tienen lugar entre hombres y mujeres. En este sentido, continúa siendo elevada, el conjunto de responsabilidades de las mujeres en el orden familiar con respecto al hombre. En este sentido, el hecho de que las mujeres dedican mucho más tiempo al cuidado de los niños, ancianos y demás miembros del núcleo familiar, implica una evidencia de la desproporcionalidad en los roles de género que se juega en el ámbito social y familiar entre mujeres y hombres. A esto, es necesario añadir que este tipo de actividades no son remuneradas, lo que implica que la desproporcionalidad en este sentido es mucho mayor.

En este sentido según datos de la OIT, en el mundo las mujeres dedican entre cero y cinco horas diarias a realizar trabajos no remunerados, mientras que los hombres sólo dedican entre cero y dos horas (OIT, 2011). En esta discordancia, incide sin lugar a dudas en los diferentes problemas y circunstancias que se dan en el ámbito social, ambiental y demográfico. Es así que, condiciones como el envejecimiento poblacional y enfermedades de todo tipo, han incidido en el hecho de que la carga del cuidado de estas personas se de sobre la mujer. Unido a ello, también se considera que fenómenos naturales como la sequía y deforestación o las crisis alimentarias que existen en muchas naciones, provocan que las mujeres tengan la labor de recolección de agua y producción de alimentos.

Este conjunto de tensiones que se materializan en el ámbito de la familia y el mercado laboral de las mujeres, se debe en gran medida a la carencia o inexistencia de medidas o políticas públicas estatales que apoyen de forma efectiva y concreta a la mujer, y a la familia. En la amplia mayoría de los países subdesarrollados o en vías de desarrollo, la carencia o ineficacia de los servicios públicos, provocan graves tensiones entre el entorno laboral y familiar de la mujer, afectándola severamente. La carencia de un sistema educacional

adecuado, de políticas públicas de protección y cuidado a los niños entre otras, garantizan en muchas naciones la necesidad de que sea la mujer la que tenga que dedicarse al cuidado del hogar.

Como consecuencia de todas estas situaciones y otras tantas que se pueden dar en los países, se produce indudablemente una tensión entre el entorno familiar y laboral, que no provee un espacio de igualdad y conciliación para las mujeres. Producto de estas tensiones, es claro que la capacidad de socialización de las mujeres se sigue viendo restringido, disminuyendo exponencialmente las oportunidades que éstas tienen para incorporarse de forma efectiva y exitosa al mercado laboral, en las mismas condiciones en la que lo haría un hombre. En este sentido, las académicas Hewlet, Sherbin y Forster (2010) refieren que en la mayoría de los países industrializados, las mujeres que no tienen hijos obtienen mayor cantidad de empleos que aquellas que si los tienen, evidenciándose una proporcionalidad en torno al hecho de que, mientras mayor sea la cantidad de hijos, menores la posibilidad de que puedan ingresar al mercado laboral, evidenciándose claramente la discriminación y el mantenimiento del status de la cultura patriarcal.

Esta misma condición, se materializa en aquellos países no industrializados. En estas naciones las dificultades que se presentan en el orden social, económico y cultural trascienden a la restricción para el acceso al mercado laboral de la amplia mayoría de las mujeres. Según un estudio realizado en Chile por la OIT y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), concluyó que más del 70% de las mujeres que nos encontraban laborando deseaban tener un trabajo en el que se le pagara de forma adecuada, afirmando que no han podido hacerlo porque han tenido que dedicarse al cuidado de su descendencia (OIT-PNUD, 2009).

En este sentido es claro que la carencia de políticas de conciliación del entorno laboral y familiar, provocan graves daños al empoderamiento femenino. Claramente, partiendo de los roles de géneros tradicionales en el que como se ha venido exponiendo hasta el momento implica que el hombre sea considerado como el sujeto proveedor de lugar y la mujer como la cuidadora de este, existe una contradicción absoluta entre lo que se deseaba a partir de la conciliación entre el entorno laboral, familiar y personal, con el principio de igualdad y no

discriminación por razón del género. Es así que, para lograr una verdadera conciliación en todos estos ámbitos, es necesario cambiar la cultura patriarcal existente hasta la actualidad, a partir de la promoción de políticas y experiencias que tributen a ello.

### **2.3.3. Experiencias de conciliación entre el ámbito laboral, familiar y personal**

Diversas son las experiencias que se han logrado a partir de la implementación de políticas orientadas a conciliar el entorno laboral y familiar en muchas naciones. Esta temática ha sido ampliamente estudiada por muchos autores, tales como Alcañiz (2013); Carrasco, Torns y Borderías (2011) y Rivero (2005), quienes han realizado importantes aportes en relación a los mecanismos que pueden ser adoptados para lograr la tan ansiada conciliación en estos entornos. En este sentido, es necesario concebir que el conjunto de políticas sobre la materia, pueden ser de diferentes niveles, tanto nacional, comunitaria o del propio lugar de trabajo en donde la mujer o el hombre puedan llevar a cabo su labor. Sin embargo, fuere cual fuere el nivel en el que se adopten éstas, deben tener como finalidad garantizar el pleno acceso al trabajo para todos y todas, posibilitando en igual medida que se puedan llevar a cabo las responsabilidades y obligaciones que tienen para con la familia y con el empleo.

Unido a ello, es pertinente y necesario entender, que el conjunto de acciones o experiencias que puedan ser concebidas en el ámbito de la conciliación laboral y familiar, deben abordarse desde una perfección integral, de forma tal que cada una de las acciones tengan en cuenta todos los ámbitos en los que se desarrolla la vida de la persona, de forma tal que le garantice el acceso pleno al mercado laboral pero que igualmente provea un entorno para el cumplimiento de los derechos y las obligaciones derivadas del núcleo familiar.

La OIT (2011) a partir de la recolección de varias experiencias a nivel mundial, ha propuesto un conjunto de medidas que puedan materializarse en el ámbito de la conciliación laboral y familiar. Así las cosas, ha formulado un conglomerado de recomendaciones que, a su criterio, pueden garantizar la conciliación en los entornos que han sido analizados hasta el momento. En primer lugar, se refiere a todos los mecanismos y políticas que pudieran ser adoptadas mediante la participación del Estado, a través de la expedición de normativa que de forma eficiente y concreta logre armonizar los intereses, derechos y responsabilidades del

entorno familiar y laboral de los trabajadores con responsabilidades familiares. Siguiendo esta línea, es menester que dichas medidas tengan como destinatarios tanto a hombres como a mujeres, de modo que no sea únicamente la mujer quien pueda conciliar su rol productivo y reproductivo, sino más bien que se establezca una cultura de corresponsabilidad plena.

Es así que, en relación a este primer grupo, se encuentran aquellas experiencias vinculadas con el otorgamiento de licencias. El organismo internacional recomienda que de forma sistemática en cada estado se regule la posibilidad de que la persona trabajadora pueda disfrutar de vacaciones anuales, así como de decidir cuándo desea las mismas (OIT, 2011). Del mismo modo, determina una variedad de licencias que pueden ser reguladas tales como: aquellas destinadas a evitar riesgos durante el periodo de embarazo o de lactancia; las propiamente consideradas licencias de maternidad o paternidad; las licencias debido a un parto múltiple o como consecuencia de la mortalidad materna; la licencia derivada de un acto de adopción de un menor; o, aquellas destinadas a cumplir con el cuidado de dependientes, ante alguna exigencia.

Así las cosas, debe quedar claro que no se trata de compensar el periodo de vacaciones con el de otras licencias. La OIT (2011) expresa que, la capacidad que debe reconocérsele a la mujer y al hombre para elegir el periodo de sus vacaciones anuales, puede constituir un mecanismo de flexibilización importante que derive en acciones conciliatorias entre lo laboral y lo familiar, en el que los progenitores, por ejemplo, pudieran solicitar las vacaciones en un periodo en el que tengan que atender de forma especial a su descendencia. Unido a ello, la OIT recomienda que los países además de las vacaciones, reconozcan una serie de permisos laborales como son las diversas licencias que han sido expuestas en el párrafo anterior, de forma tal que el trabajador pueda disfrutar de los dos derechos laborales: tanto las vacaciones anuales, como las licencias referidas, si así fuere necesario.

De igual manera, este organismo hace referencia a las prestaciones relacionadas con la seguridad social, pudiéndose materializar en políticas que garanticen la asistencia médica en la etapa previa al parto, durante el mismo o en la etapa posterior. Del mismo modo, políticas vinculadas con la exención fiscal o beneficios tributarios, así como la flexibilización en materia de otorgamiento de créditos a los cuidadores de los menores. En este sentido, la OIT

expresa que los gobiernos nacionales, pueden adoptar leyes en las que, por ejemplo, a la madre que se encuentre en gestación, se le exima del pago de determinados impuestos, ello para que dichos ingresos puedan ser destinados a suplir otras necesidades naturales de dicha condición.

Lo anterior, muestra la posibilidad de que estas políticas puedan ser reconocidas a ambos progenitores, puesto que el otorgárseles beneficios fiscales en la reducción o eliminación del pago de tributos durante el periodo de gestación de la mujer, al momento del parto o en un periodo prudente con posterioridad a ello, permite que quienes tienen responsabilidades familiares, destinen sus recursos para satisfacer las necesidades crecientes de sus hijos. Unido a ello, como ya se estableció previamente, parte de las estrategias de conciliación detalladas, también puede ser la garantía de determinados créditos destinados al cuidado de su descendencia. Lo anterior, significa que se deberían flexibilizar los requisitos y formalidades para la concesión de préstamos a favor de los progenitores, que tengan como objetivo único, la contratación de servicios de cuidado infantil, permitiéndoles de este modo, dedicar mayor tiempo al trabajo.

En materia de la temporalidad, en la realización del trabajo y su organización, se recomienda la adopción de políticas vinculadas con la reducción de las jornadas laborales, así como permisos en las horas extraordinarias, garantizando, por ejemplo, que la mujer embarazada, no realice ninguna actividad relacionada con el cuidado y atención de su descendencia, en el horario extraordinario. Unido a ello también deben adoptarse acciones o medidas que tiene como finalidad regular horarios flexibles que permitan de una u otra forma que la persona trabajadora pueda cumplir con sus responsabilidades familiares y laborales. De este modo, la OIT (2011) recomienda que, los permisos otorgados a ambos progenitores para el cuidado y atención de sus hijos sean dentro de la jornada laboral habitual, esto es, dentro de las 8 horas normales. De esta forma, cuando la madre o el padre deban cubrir horas extraordinarias, no se verá afectado este periodo.

Adicionalmente, la OIT (2011) del mismo modo, invita a todas las naciones a adoptar políticas que beneficien a aquellas personas que se encargan de prestar servicio de cuidados a los hijos, este punto se complementa con lo ya esgrimido previamente, por lo que se deben regular e implementar acciones tendentes a garantizar que todos los trabajadores tengan acceso

a la posibilidad de contratar o disfrutar de servicios adecuados y eficientes de protección y educación de los hijos o de otros miembros de la familia que necesiten de especial atención. Por consiguiente, se debe ofrecer la posibilidad de que los cuidados a los niños y niñas puedan ser realizados, no sólo en instituciones creadas al efecto, sino que también a domicilio, en diferentes periodos y horarios, que pudieran oscilar entre antes del horario de escuela y con posterioridad a él.

Es así que, el Estado a través de los organismos de la seguridad social puede crear plazas de trabajo que se relacionen con personal acreditado y capacitado para el cuidado de menores en periodos tempranos de su vida. Cabe recalcar, que la creación de órganos o empresas que se dediquen al cuidado de los niños, garantizaría que los padres puedan decidir contratar a una persona que se dedique al cuidado de su descendencia en determinado horario, hasta que uno de los dos progenitores pueda retomar nuevamente dicha responsabilidad. Es importante puntualizar, la relevancia que tiene el hecho de que sea la seguridad social, el organismo encargado de brindar este servicio, toda vez que, de ser una obligación para el empleador, se limita el derecho de los trabajadores, puesto que implica incurrir en mayores costos laborales para proteger la maternidad y paternidad a cargo de la empresa.

Otro grupo de políticas o experiencias que pudieran implementarse en el ámbito de la conciliación laboral y familiar, pueden ser aquellas, que buscan reducir o eliminar el llamado trabajo no remunerado, que es el que más afecta a la mujer. En este sentido, se hace necesario propender a la plena incorporación de las mujeres a la vida activa del país, todo ello mediante el mejoramiento y el perfeccionamiento de la infraestructura de las ciudades y pueblos, la construcción y desarrollo del sistema educativo y sanitario, y, a través de la implementación de adecuadas políticas de planificación familiar.

En segundo lugar, la OIT (2011) hace mención, a un conjunto de políticas a través de las que puede lograrse de forma exitosa una efectiva conciliación, en donde son los empleadores los principales encargados de garantizar este fin. Así las cosas, en el entorno laboral, es la lucha por el perfeccionamiento de los mecanismos legales e institucionales vinculados con la igualdad de oportunidades y el pleno acceso al empleo tanto de mujeres como de hombres, lo que garantiza de forma efectiva que la familia pueda armonizar sus

intereses y responsabilidades con el entorno laboral. Con ello se destruye la consideración tradicional de que sólo el hombre puede tener mejores oportunidades que la mujer, proveyéndole a ella la posibilidad y las circunstancias adecuadas para desempeñarse de forma exitosa en cualquier tipo de trabajo. Si bien, las acciones que han sido desarrolladas en párrafos anteriores son las que pueden adoptarse desde el entorno legal, estas son las que pueden sustentarse en un ámbito institucional o empresarial y se relacionan mucho más con lo social.

Este conjunto de acciones, tienen lugar desde los centros de trabajo. Implica que debe lograrse una cultura laboral en la que las instituciones empleadoras ofrezcan los mismos derechos a los hombres y a las mujeres, sin distinción de su género, y en virtud de sus capacidades y aptitudes. Es común ver, en ofertas de empleo establecer como requisito el sexo o género, e incluso en muchas plataformas de empleo como en formularios de solicitud, existen casillas con este tipo de distinciones. Ello, desde nuestra consideración, constituye el sostenimiento de la ideología de género, lo que debe ser eliminado desde lo social en las empresas e instituciones. Es así como este conjunto de experiencias invita a los Estados a tomar todas las medidas para lograr en este sentido, una verdadera igualdad que le garantice un empleo digno tanto a hombres como a mujeres, por lo que no hace falta que se reconozcan políticas de conciliación a través de normativa; sino que, nazcan a partir de la iniciativa de la empresa, lo cual tiene amplias ventajas tanto para empleadores como trabajadores, lo cual se verá más adelante.

En tercer lugar, la OIT (2011) se refiere al conjunto de acciones y políticas que pueden ser adoptadas en el ámbito privado, ya mucho más en el entorno doméstico o familiar propiamente dicho. En este sentido, se abordan decisiones que tributen al hecho de que exista un cambio o modificación en la concepción del individuo familiar que debe quedarse al cuidado de los hijos o de aquellos miembros de la familia que necesitan especial atención. De aquí que, pueden ser el padre, la madre, otros miembros de la familia o terceros debidamente contratados para la realización de estas actividades y que, de forma viable les den la posibilidad a los miembros de la familia, tanto al hombre como a la mujer, de laborar y también dedicarse en los tiempos pertinentes a la familia.

Para finalizar, es necesario entender que este conjunto de políticas o experiencias que han sido consideradas, se materializan en tres órdenes, en el legal, en el social y en el privado o familiar. De esta forma, hay que comprender que, si bien es el Estado es el que posee el papel preponderante en lograr una adecuada conciliación laboral y familiar, a través de su normativa, es claro que se necesita del apoyo y consideración de toda la sociedad y de la familia. Es menester, considerar que con la mera promulgación de leyes, no basta para lograr estos fines. Una nación podría tener el ordenamiento jurídico más igualitario entre hombre y mujer, que sí, no se promociona una adecuada educación y capacitación en todos y cada uno de los miembros de la sociedad, dichas normas serían inútiles.

Es así que, para que todas y cada una de estas experiencias fructifiquen, es necesario armonizar los tres entornos, ello es, el sistema legal, la cultura social y la educación familiar. El conjunto de acciones y políticas que deberá llevar a cabo el Estado, debe hacerse de forma coordinada, y una vez más se recalca, la necesaria participación activa de toda la sociedad y la familia. Solo a través de una verdadera cultura de la igualdad se lograría romper con los esquemas tradicionales de género y con ello, implementarse políticas eficientes de conciliación en los entornos laboral y familiar, de modo que se garantice la igualdad de trato y no discriminación de los trabajadores con responsabilidades familiares, en general.

#### **2.3.4. Ventajas de la conciliación entre el ámbito laboral, familiar y personal**

Claramente, la conciliación en el ámbito familiar, laboral y personal posee innegables beneficios. Uno de los más importantes es que con esta institución, desaparecen los roles de géneros tradicionales que obligan o suprimen cualquier tipo de derecho de la mujer en aras de participar activamente en el sostenimiento del hogar y la ubica en igualdad de condiciones con el hombre en torno a los deberes, derechos y responsabilidades en el orden laboral. Así mismo, se permite el quebrantamiento de la falsa vinculación del hombre con su rol de proveedor, permitiéndole una mayor participación en el cuidado de los hijos, de modo que da lugar a la materialización del principio igualdad de trato y no discriminación. Los académicos Sánchez, Cegarra y Cegarra (2014) coinciden en que si la persona, ello es, el trabajador, percibe que en el entorno laboral el empleador se preocupa y ocupa de su salud o bienestar, se originan

fueres lazos de lealtad y sentido de pertenencia con el mismo, cuestión que sin lugar a dudas es parte de la conciliación.

Ahora, las ventajas de la conciliación en estos entornos pueden manifestarse desde diversas aristas. Una de ellas es la que se da en el ámbito de la empresa. En el espacio empresarial, cuando el empleador implementa políticas de conciliación se produce un fenómeno importante que es el progreso o incremento de la cultura laboral. En este sentido, la integración entre los intereses y responsabilidades en el trabajo con los de la familia logra sin duda alguna un paso más para garantizar la igualdad material de los trabajadores, ofreciendo las mismas oportunidades y garantías tanto al hombre como a la mujer.

Otro de los beneficios que se generan en este orden, es que se produce un aumento sustancial de la buena imagen corporativa. Cuando desde la empresa, el empleador tiene la conciencia y cultura suficiente como para implementar políticas conciliatorias en los ámbitos laboral y familiar, es resultado de una preocupación y ocupación de los problemas y dificultades que pueden enfrentar sus empleados en el orden personal, lo que supone un interés por garantizar su bienestar, para que de esa forma rindan más en sus actividades laborales. Ello, sin duda alguna, le garantiza a la empresa el reconocimiento de sus trabajadores y de la sociedad en su conjunto.

Adicionalmente, la conciliación en el entorno laboral y familiar, mejora de forma continua, el ambiente laboral y las relaciones trabajador-trabajador y trabajador-empleador. Como se ha defendido en los párrafos precedentes, el hecho de que la empresa o lugar de trabajo en el que se realiza una función, se preocupe por los problemas personales o familiares de sus trabajadores y adopte políticas internas que ayuden a armonizar los intereses y obligaciones de los trabajadores en todos los entornos, provoca que la persona labore con mucha más confianza y certeza de que, ante una situación inesperada o determinada y planificada, recibirá el apoyo de su empleadora. Lo anterior garantiza la fluidez y concordia del entorno de trabajo.

En base a ello, el trabajador se verá más comprometido con la entidad laboral en la que presta sus servicios, pues sabe que, al poder contar con la misma ante determinadas situaciones, como retribución, tendrá que dar lo mejor de sí como profesional, para que la

empresa tenga resultados satisfactorios que permitan el sostenimiento de la misma. En la misma línea, con la conciliación, se logra la eliminación de las ausencias injustificadas al trabajo. En este sentido, con políticas adecuadas de conciliación, se busca que el trabajador tenga la certeza de que recibirá el apoyo en el entorno laboral por los diversos problemas que podrían generársele en el orden familiar o personal, de forma tal que, ante una circunstancia o situación determinada, la conciliación permitiría que el trabajador no deba buscar excusas o argumentos inválidos y antiéticos para poder ausentarse del trabajo, pues la mera comunicación y justificación adecuada ante la empresa, serían suficientes para obtener los permisos o licencias necesarias.

Otro aspecto en el que se podría beneficiar la empresa, es que, el hecho de poseer e implementar de forma adecuada políticas y medidas de conciliación, generaría un entorno empresarial mucho más ventajoso para la atracción y conservación de los recursos humanos. Es así que, al conocerse por parte de los potenciales empleados, de las medidas que se practica con habitualidad en una empresa en torno a la conciliación de los problemas y dificultades laborales con los personales o familiares, es claro que las personas tendrán mayor afinidad en su interés por laborar en dicho centro. Es así que, las políticas conciliatorias en estos entornos, constituyen también, una estrategia de marketing empresarial que muy bien puede atraer profesionales y trabajadores leales y de gran nivel de preparación, garantizando de esta forma resultados de eficiencia y competitividad innegables.

Así mismo, del análisis que se ha podido hacer sobre la esencia de la conciliación laboral, familiar y personal, ésta también ofrece indudables beneficios para el trabajador. A consideración de autores como Barroso (2015) y Astudillo (2017), uno de los más importantes beneficios es que garantiza una corresponsabilidad en torno a las obligaciones y responsabilidades que tanto la mujer, como el hombre, poseen en la esfera laboral y familiar, de modo que se permite a la mujer un desempeño laboral libre de discriminación por tener responsabilidades familiares, y a su vez al hombre se le permite una mayor participación en el cuidado de los hijos. Es así que, la implementación de medidas de este tipo, provocan un aumento en la motivación y el interés del trabajador por realizar su labor. El hecho de que la persona trabajadora tiene la seguridad de que su presencia en la empresa es valorada y es apreciado por el empleado provoca que el individuo se sienta con mucho más interés por

cumplir con las exigencias de su trabajo, pues se siente motivado a seguir conservando su trabajo.

De igual manera, la conciliación también le garantiza al trabajador la permanencia en un cargo u oficio determinado. Es así que, el empleado puede planificar su tiempo en familia, atendiendo a las políticas conciliatorias de la empresa, de forma tal por ejemplo, que puede prever la condición de embarazo o cuidado de algún miembro cercano de la familia, sabiendo que, al conferírsele la licencia o el permiso para hacerlo, al terminar, mantendrá su puesto laboral y podrá reincorporarse, puesto que se garantiza su estabilidad laboral. El hecho de que, el profesional sepa que por disfrutar de estos beneficios no podrá en riesgo su puesto de trabajo, le otorga seguridad en relación a que sus necesidades se encuentran cubiertas.

Este conjunto de ideas que se han esbozado, constituye de forma general, el conjunto de beneficios o ventajas que puede traer la conciliación del ámbito laboral, familiar y personal. Es claro que son disímiles y variados los beneficios que se pueden obtener de la implementación de estas políticas. El logro de la verdadera y auténtica igualdad entre el hombre y la mujer así como el quebrantamiento de los roles tradicionales de género que se logran por medio de estas políticas, permiten y aconsejan entender que, es realmente relevante que sean consideradas en todos los entornos laborales de cualquier nación.

### **2.3.5. La conciliación y la corresponsabilidad**

Como se ha defendido en párrafos anteriores, una de las principales consecuencias de la conciliación en los entornos laboral, familiar y personal es el logro de una verdadera corresponsabilidad entre el hombre y la mujer, principalmente con relación al conjunto de obligaciones y deberes derivados de la familia. Como tradicionalmente ha sido concebido, los roles de género y la cultura patriarcal, ha generado la consideración, no desaparecida aun, que la mujer debe destinar todo su tiempo o la gran mayoría del mismo, al cuidado de los hijos y de los demás miembros de la familia; mientras que el hombre, debe destinar su tiempo a trabajar y con el resultado de su trabajo, proveer de lo necesario para la subsistencia del hogar.

La conciliación rompe con ese paradigma, con esa forma de entender y comprender las relaciones que se dan en el entorno familiar. Ahora, la corresponsabilidad parental en la

actualidad se erige como una institución de gran importancia para el logro de la igualdad de derecho de la mujer y el hombre, no solo en el entorno familiar, sino también laboral. La corresponsabilidad parental a consideración de la académica Lathrop (2009) garantiza de forma efectiva, que tanto la mujer como el hombre vayan compartiendo de forma progresiva, el conjunto de obligaciones que históricamente le fueron encomendadas a las mujeres en torno al cuidado y atención de los hijos y del hogar.

Ahora, una precisión importante que es necesario hacer, es que el cuidado personal que es compartido tanto por el hombre como por la mujer de un individuo de la familia, es diferente a la llamada corresponsabilidad parental; pues como bien afirma Acuña (2013) mientras el primero se refiere a la organización que se realiza en la familia para la atención especial a uno de sus miembros que padece determinada condición; la corresponsabilidad parental va mucho más allá, pues se vincula más con el género y con la igualdad y no discriminación que debe imperar en el cuidado de los descendientes y otros miembros de la familia, entre el hombre y la mujer.

En este sentido es claro que la corresponsabilidad parental, supone la capacidad concreta y objetiva que posee tanto la madre como el padre, de estar en igualdad de condiciones ante la necesidad de cumplir con sus requerimientos y exigencias derivadas de su condición parental. Implica que, ante la existencia de una situación que amerite el cuidado de un descendiente, la decisión debe sustentarse en otros criterios, pero no en la diferenciación del género y los roles que tradicionalmente son considerados, sino que, al contrario, ambos progenitores tienen las mismas responsabilidades y deberes para con el cuidado de su descendencia.

De esta forma, como bien expone el investigador López (2011) esta institución alude al simple reparto equitativo del conjunto de prerrogativas y obligaciones que poseen los ascendientes con relación a sus descendientes, en todos los ámbitos de la existencia de las relaciones entre padres e hijos Acuña (2013) afirma que la corresponsabilidad parental:

(...) consiste en la participación activa, equitativa y permanente de ambos padres, vivan juntos o separados, en la crianza y educación de sus hijos, que se aplica siempre, cualquiera sea la forma de distribución del cuidado personal de los hijos (simétrica o asimétrica). Mirado desde la óptica de los padres, este principio orienta sobre la forma

de ejercicio por ambos de los regímenes de cuidado personal y de relación con los hijos que se acuerden o establezcan judicialmente, a la vez que es el fin de su ejercicio, pues no se pretende otra cosa que mantener el ejercicio pleno de la paternidad y la maternidad de ambos progenitores aunque estén separados (p. 31)

Ello implica que, la corresponsabilidad de los padres logra articularse a partir de la concreción de un conjunto de políticas que sin duda alguna, destronan los roles de género y apuestan por una igualdad absoluta entre el padre y la madre en materia de atención y cuidado de sus hijos. Es así, que no puede conservarse el estatus de la madre cuidadora y del padre proveedor, de la madre hogareña y del padre trabajador. Es necesario comprender que, las relaciones paternofiliales generan un conjunto de obligaciones para ambos padres. No existe ordenamiento jurídico que distinga sobremanera estas obligaciones. El conjunto de deberes y responsabilidades que se origina con el nacimiento de un menor, surge para ambos progenitores, no para uno en desmedro del otro.

En este sentido, es claro que, la conciliación del entorno laboral con el familiar, garantiza que los progenitores ejerciten en igualdad de condiciones y oportunidades, los mismos derechos y obligaciones derivados de la filiación. Es menester comprender que, como parte de la esencia conciliatoria, es pertinente adoptar decisiones y políticas que se encuentren encaminadas a ofrecer el mismo trato a la mujer y al hombre ante la necesidad de disfrutar de alguna licencia o permiso que tenga como fundamento, la atención o cuidado de un hijo.

Es así que, cuando un ordenamiento jurídico regula que, ante el nacimiento de un menor, la madre podrá disfrutar de tantos días de licencia de maternidad y el padre, una cantidad muy reducida, implica una carencia de comprensión e irrespeto al principio de corresponsabilidad parental. Unido a ello, supone igualmente la conservación de los tradicionales roles de género, pues subyace la idealización concebida de que, la mujer como es la encargada del cuidado del menor, es quien tiene que estar con el recién nacido y por ende es a quien la legislación debe reconocerle mayor cantidad de días en materia de licencia.

Pero además, en esta vulneración, también se hace evidente que el conjunto de derechos del padre también se ven vulnerados. Es claro que, con esta práctica, se atenta contra el conjunto de derechos filiatorios del padre. El progenitor masculino al poseer los mismos derechos que la madre, tiene iguales posibilidades y se le deben reconocer las mismas

oportunidades para disfrutar y participar en el cuidado y atención del hijo. Ello quiere decir que, la corresponsabilidad parental, implica que las políticas de beneficios por razón de la tenencia de un hijo, tienen que reconocer tanto a la madre como al padre, los mismos derechos.

Es común, por ejemplo, que ante la separación de la madre y el padre, incluso los ordenamientos jurídicos en su mayoría favorezcan a la madre para la tenencia del menor. Ello es, a nuestra consideración, vulneración del principio de igualdad de género y de la corresponsabilidad parental. Es por este motivo que, en el orden laboral, la conciliación debe velar por ello. Las políticas que deben implementarse en el orden legal e institucional, deberán estar dirigidas a garantizar la igualdad en el cumplimiento de obligaciones y disfrute de derechos derivados de la maternidad y paternidad en su sentido integral.

No puede tampoco dejarse de lado, el hecho del interés superior del menor. La Corte Constitucional del Ecuador (2015) regula que esta institución debe ser considerada como:

(...) la obligación, por parte de todas las funciones que conforman el Estado, de adoptar las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole, encaminadas a privilegiar prioritariamente los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en procura de alcanzar su desarrollo integral y la evolución del libre desarrollo de su personalidad (p. 21)

Es así que, siguiendo esta línea, es claro que ese desarrollo integral tal como lo expresa la Norma Suprema, se logra a través de un:

Art. 44.- (...) proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

Es claro que, para que al menor pueda proveérsele de una educación adecuada y una estabilidad emocional pertinente, es necesario que cuente con el apoyo y presencia de ambos progenitores, como bien expresa el artículo en cuestión, uno de los pilares que favorecen el desarrollo del menor, es contar con un entorno familiar adecuado, lo que tributa al respeto y garantía de su interés superior. Es por ello que la conciliación en el entorno laboral, al permitir y ofrecerle a ambos progenitores los mismos derechos y oportunidades en cuanto a disfrute de

las licencias y permisos correspondientes, le permite al menor poder sentir y sentirse protegido por sus padres, lo que sin lugar a dudas ayuda a su formación integral.

Como se ha observado hasta el momento, es claro que la conciliación en el entorno laboral, familiar y personal incide de forma contundente con la corresponsabilidad. Son dos instituciones relacionadas una de la otra. Ciertamente una adecuada política de conciliación, proveerá el espacio adecuado para la corresponsabilidad pertinente, pues les garantizará a los dos padres, ejercitar los derechos y cumplir con las obligaciones que poseen en el orden laboral y familiar, lo que implica la búsqueda de un equilibrio entre laborar y tener descendencia.

## **CAPÍTULO III: ANÁLISIS DE LOS DERECHOS LABORALES DERIVADOS POR MATERNIDAD Y PATERNIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL, COMPARADO Y NACIONAL**

Sin duda alguna, en el mundo, la regulación de las cuestiones vinculadas a los derechos laborales que surgen o se originan en la maternidad o paternidad han encontrado un respaldo importante en la mayoría de ordenamientos jurídicos. Como ya se ha planteado, países como España o Colombia poseen un ordenamiento jurídico importante en torno a éstas y jurisprudencia relevante sobre el tema. Esta realidad ha sido la justificación para analizar la normativa y jurisprudencia de ambas naciones, a partir de esto se recogerán los aspectos positivos que permitan realizar un análisis comparativo con la regulación de los derechos laborales derivados de la maternidad y paternidad en nuestro ordenamiento jurídico vigente.

En este sentido, es importante mencionar que en Ecuador se han expedido normas que reconocen el principio de igualdad de trato y no discriminación; así mismo, en la Constitución se reconoce el principio de corresponsabilidad parental. Sin embargo, muy pocas disposiciones normativas, como se verá a lo largo del presente capítulo, tienen como finalidad lograr la equiparación material de las responsabilidades familiares de los progenitores, lo cual obstaculiza la igualdad de oportunidades de hombres y mujeres en el ámbito laboral. Por otro lado, aun cuando, el Estado ecuatoriano ha ratificado el Convenio No. 156 de la Organización Internacional del Trabajo, en adelante OIT, relativo a los trabajadores con responsabilidades familiares, no se ha expedido legislación secundaria que propenda al cumplimiento de los compromisos determinados en dicho instrumento internacional. Como prueba de este rezago en la materia se evidencia la falta de jurisprudencia vinculante, referente al tema de investigación.

### **3.1 Los Derechos laborales derivados de la maternidad y paternidad en el Derecho Internacional: Análisis de los Convenios de la OIT**

Desde la creación de la OIT en el año 1919, una de las principales preocupaciones de esta institución es lograr la equidad de género en el mercado laboral, es por ello que su trabajo

se ha marcado en tres momentos: el primero se centra en proteger a la mujer trabajadora en relación a sus condiciones reproductivas, seguidamente busca desarrollar un mercado laboral que proporcione las mismas oportunidades entre hombres y mujeres sin discriminación alguna, y, finalmente reconoció la necesidad de un reparto del trabajo reproductivo y productivo de los hombres y las mujeres, es por este motivo que actualmente trabaja en medidas que permitan la corresponsabilidad y por consiguiente el reparto equitativo de responsabilidades entre los progenitores.

Así las cosas, con la finalidad de preservar la salud de la madre y el bienestar integral del recién nacido y buscando la conciliación satisfactoria del rol reproductivo y productivo de la mujer, en la sociedad, la OIT ha aprobado diferentes convenios que buscan eliminar las desigualdades en el ámbito laboral a causa de la maternidad y de este modo, promover el principio de igualdad de oportunidad entre hombres y mujeres en esta esfera. Por lo que, ha emitido tres Convenios en distintos años, referentes a la protección de la maternidad, el más reciente de estos es el Convenio No. 183 del año 2000. Los instrumentos en mención, consagran medidas protectoras para las trabajadoras que se encuentran en estado de gestación y para aquellas que han dado a luz recientemente, por lo que se ocupan de la salud de la madre durante el embarazo y en los meses posteriores a la fecha del parto y al periodo de lactancia. Del mismo modo, establecen la prohibición a los empleadores, para dar por terminada la relación laboral durante estos periodos, adicionalmente, en caso de que fuere despedida se garantiza su estabilidad con el reintegro inmediato (OIT, 2014).

Se sabe que la discriminación a la mujer, en el ámbito laboral, por motivo de embarazo, es una problemática que persiste a nivel mundial, aunque la normativa nacional e internacional que regula la materia existe, es por ello que la OIT busca que los Estados que han ratificado el Convenio No. 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación) del año 1958, cuenten con una política nacional que establezca los mecanismos adecuados y eficaces de acuerdo a cada realidad social para erradicar cualquier tipo de discriminación con la finalidad de que todas las personas gocen de las mismas oportunidades en el empleo, y de manera concreta, que los países que hayan ratificado el Convenio No.100 sobre la igualdad de remuneración suscrito en el 1951 incluyan el principio de igual remuneración entre la mano de

obra masculina y femenina por un trabajo de igual valor en su legislación nacional(art. 1) (OIT, 1951).

En complemento a lo anterior, debido a que el Convenio No. 111 no hace particular referencia a la discriminación, que sufren aquellos trabajadores que tienen bajo su dominio el cuidado de personas dependiente (OIT, 1958). Así como también en aras de obtener efectos positivos sobre la igualdad de género en el hogar y en el trabajo; y, debido al incremento del trabajo femenino la OIT se ha visto en la necesidad de regular el trabajo de hombres y mujeres que tienen hijos a su cargo o responsabilidades familiares. En este sentido, en el año 1983 adoptó el Convenio 156 (OIT, 1981).

En el presente apartado es necesario realizar un análisis comparativo entre los ordenamientos jurídicos de Ecuador, España y Colombia, en relación a la ratificación de los siguientes convenios: Convenio No. 100, Convenio No. 111, Convenio No. 183 y Convenio No. 156; así como también es de gran importancia determinar si las normas de estos países guardan armonía con los mismos.

### **3.1.1. Análisis del Convenio No. 100 sobre la igualdad de remuneración**

El Convenio No. 100 fue aprobado por la OIT en el año 1951 con la finalidad de combatir las desigualdades en el ámbito laboral de las mujeres con respecto a los hombres, debido a que históricamente la mano de obra femenina ha sido menos valorada, que la masculina, por lo que este instrumento fue creado para promover y garantizar el principio de igualdad de remuneración para un trabajo de igual valor entre hombres y mujeres. Este principio fundamental, que forma parte transversal del principio macro igualdad de trato y no discriminación, y, a la vez derecho humano, se encuentra consagrado en el artículo 2.1 del Convenio y busca superar la desigualdad de trato entre los trabajadores y trabajadoras en el ámbito económico, que es una de las principales formas de discriminación a las mujeres (art.2) (OIT, 1951).

Los tres países sujetos a comparación han ratificado el presente Convenio en diversas fechas: Ecuador el 11 de marzo de 1957; Colombia el 7 de junio de 1963; y, España el 6 de noviembre de 1967. El artículo 3 de este cuerpo normativo, establece la obligación para

los miembros que hayan ratificado el mismo de adoptar las medidas necesarias y eficaces para promover la evaluación objetiva del empleo. Esta evaluación objetiva, significa que los requisitos que se establezcan para valorar un trabajo deben estar relacionados a factores significativos propios de la labor a desempeñar y no a las características de las personas que los desempeñan. Al respecto la OIT (2006) determina lo siguiente:

Los métodos analíticos de evaluación del puesto de trabajo se refieren al contenido del trabajo, no a las características o habilidades de las personas que lo desempeñan. Estos métodos identifican los factores requeridos para los puestos de trabajo y asignan puntajes a cada uno de ellos, lo que permite determinar el valor numérico de un puesto de trabajo y cuantificar la diferencia en el valor de los mismos. La identificación de los factores debe incluir todas las características relevantes para diferenciar los puestos que se evaluarán, tales como las habilidades adquiridas a través de la educación, capacitación y experiencia; la responsabilidad sobre recursos técnicos, financieros y humanos (p. 11)

Se infiere, que la OIT reconoce la posibilidad de una diferencia salarial entre trabajadores que realizan cierto trabajo siempre que dicha diferenciación no sea en virtud del sexo de las personas, es decir que las diferencias salariales entre hombres y mujeres respondan a factores objetivos como lo son los estudios, la experiencia laboral, entre otros.

Para finalizar, los Códigos que regulan las relaciones laborales en Ecuador, Colombia y España reconocen de manera expresa el principio de igual remuneración para trabajos de igual valor; y, se prohíbe todo tipo de discriminación que impida la igualdad de oportunidades en el mercado laboral; no obstante, la brecha salarial es una problemática que está presente en los tres países, toda vez que no se han regulado los métodos objetivos que permitan determinar el valor del trabajo, así como también no se han superado estereotipos de género que relegan el cuidado de los hijos a las madres, por consiguiente muchos empleadores dan un mayor valor a la mano de obra masculina porque no implica el pago de licencias y permisos que se reconocen a favor de la madre trabajadora.

### **3.1.2. Análisis del Convenio No. 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación)**

El Convenio No.111 referente a la discriminación en el empleo y la ocupación fue ratificado por Ecuador en el año 1962; en España en 1967; y, en Colombia en 1969, y se

encuentra en vigor en los tres países. Para efectos de este Convenio se entiende como discriminación cualquier acto de distinción o preferencia que se origina en relación a la raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional y origen social, que tenga como finalidad menoscabar o anular la igualdad de oportunidades en el ámbito laboral (art. 1) (OIT, 1958). Este Convenio aborda de manera general el problema de discriminación por varios motivos que se presentan a menudo en las relaciones laborales, los cuales se enuncian de manera taxativa sin dar lugar a causas fuera de las enunciadas; es por ello que en años posteriores la OIT suscribió varios convenios y recomendaciones referentes a una determinada causa de discriminación en materia laboral.

Una de las principales finalidades de la OIT ha sido garantizar la igualdad de oportunidades en materia de empleo, es por ello que previo a la suscripción del Convenio NO. 111 ya se habían suscrito varios instrumentos referentes a la igualdad de derechos en favor a ciertas personas que por su condición se encuentran en desventaja en relación a otras, como por ejemplo, los siguientes convenios: referente al reclutamiento de trabajadores indígenas en el año 1936, a los trabajadores migrantes en el año 1939, a la libertad sindical y protección del derecho de sindicalización en los años 1948 y 1949, a la igualdad de remuneración entre las mujeres y los hombres en 1951, entre otros. Este último en virtud de que una de las mayores manifestaciones de discriminación en el mercado laboral ha sido la que se ejerce en contra de la mujer, por su condición biológica de madre.

No obstante, el Convenio No. 111 es de gran importancia en materia de igualdad de oportunidades puesto que consagra uno de los principios rectores del Derecho laboral que es la igualdad de trato y no discriminación, el reconocimiento de este principio en los ordenamientos jurídicos implica que toda la normativa del país tiene que estar en armonía con el mismo, y por lo tanto se deben reconocer los mecanismos adecuados y eficaces que permitan combatir las desventajas que históricamente la sociedad ha impuesto para determinados grupos, por lo que la consecución de la igualdad material en la esfera laboral se ha visto obstaculizada durante tres momentos específicos: en primer lugar, para acceder a un puesto de trabajo, toda vez que, entre tanto, los empleadores establecen parámetros ajenos al cumplimiento de la relación laboral para contratar a un trabajador; segundo, durante el desarrollo de la relación laboral no se otorga las mismas condiciones a todos los trabajadores,

lo cual responde, de la misma manera a motivos de raza, sexo, ideología política, condición socioeconómica, entre otros; y, finalmente en el momento en que se da por terminada la relación laboral, esto hace referencia a la forma de desvinculación de los trabajadores, así como, a la liquidación por la prestación de sus servicios profesionales.

De ahí que, Ecuador, España y Colombia le han dado al principio de igualdad de trato y no discriminación un reconocimiento constitucional, el cual no solo se debe aplicar en las normas que regulan el trabajo sino en todos los espacios de la sociedad, simplificando lo anterior, es un principio de carácter general que debe ser ejercido específicamente por los sujetos que conforman la relación laboral.

### **3.1.3. Análisis del Convenio No. 183 sobre la protección de la maternidad**

El Convenio No. 183 sobre la protección de la maternidad fue aprobado por la OIT en el año 2000 con la finalidad de revisar el Convenio No. 103 del año 1952 y la Recomendación del mismo año que se refieren a la materia; así como también, para propender a la igualdad material de todas las madres que integran el mercado laboral, precautelar su salud durante el estado de gravidez y también la del menor, de acuerdo a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, del año 1989 y por otro lado, se ha tomado en cuenta los cambios generados en la legislación a nivel mundial concerniente a la maternidad (OIT, 2000). Sin lugar a dudas, la protección a la maternidad es un derecho laboral que merece atención prioritaria y que se ampara en diversos instrumentos universales fundamentales de derechos humanos; de igual manera el bienestar infantil, es por ello que la OIT busca la protección integral de los dos factores.

La protección a la maternidad que este Convenio desarrolla a lo largo de sus 21 artículos principalmente, gira en torno a tres aspectos fundamentales: la duración de la licencia de maternidad, que deberá ser de al menos 14 semanas, es decir dos semanas más que lo estipulado en el Convenio de 1952; el valor cuantificable de la prestación por maternidad, el mismo que no podrá ser inferior a dos tercios de las ganancias anteriores de la mujer; y, finalmente, se estipula que las prestaciones por maternidad deberán ser cubiertas por el régimen de seguridad social (OIT, 2000).

Aun cuando, Ecuador, España y Colombia no han ratificado el Convenio No. 183, los sistemas jurídicos de estos países están encaminados a proteger a la trabajadora durante el embarazo, en el parto y después del parto y buscan equilibrar de manera favorable el rol reproductivo y el rol productivo de la mujer en el ámbito laboral. En este sentido, y como se analizará posteriormente, las leyes que regula las relaciones laborales de los países sujetos a comparación, reconocen la licencia de maternidad e inclusive España y Colombia determinan un periodo de dieciséis y dieciocho semanas respectivamente, es decir que éstas superan el tiempo mínimo regulado por la OIT. Por el contrario, el Código de Trabajo de Ecuador reconoce una suspensión remunerada del contrato de trabajo por motivo de maternidad durante un periodo de 12 semanas.

En los tres países la prestación por maternidad está a cargo de la seguridad social y es cuantificable al monto que la madre percibía a la fecha de inicio de esta licencia. En el caso de Colombia y España el subsidio económico por este motivo correrá, en su totalidad por cuenta del régimen de seguridad social mientras que en Ecuador el empleador deberá cubrir el 25% y la seguridad social el 75%. En este punto es necesario hacer mención al criterio esgrimido por la OIT (2014) en el informe político del año 2014, bajo el nombre de *La maternidad y la paternidad en el trabajo*, del cual me permito citar la parte pertinente:

Los estudios revelan que el sistema de responsabilidad del empleador atenta contra los intereses de las trabajadoras: al recaer la carga financiera sobre los empleadores, surge la posibilidad de discriminación contra la mujer. Los empleadores tal vez reticentes a contratar, retener o promover a las mujeres embarazadas o a las mujeres con responsabilidades familiares, o quizás encuentren razones para despedir a las trabajadoras embarazadas para evadir los costos de la sustitución salarial durante la licencia de maternidad u otros costos (posibles o reales) vinculados a su remplazo. En muchos casos, esto sencillamente se traduce en la no contratación de mujeres en edad de ser madres (p. 4)

Por consiguiente, en un sistema en el que el pago de la prestación por licencia de maternidad está a cargo del empleador merma el principio de igualdad de trato y no discriminación en la esfera laboral, debido a que las madres o quienes serán madres no gozan de las mismas oportunidades en comparación con la mano de obra masculina y con las mujeres que no tienen a su cargo responsabilidades familiares o que no se encuentran en edad de ser madres,

Finalmente, en los tres ordenamientos jurídicos se prohíbe la desvinculación de la trabajadora durante el embarazo o asociado a su condición de maternidad, a menos que incurran en una de las causales que habiliten al empleador para terminar la relación laboral de la trabajadora. La finalidad de lo anterior, es hacer efectivo el principio de igualdad de trato y no discriminación, el cual se protege constitucionalmente en los tres países.

#### **3.1.4. Análisis del Convenio No. 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares**

Uno de los principales motivos por los cuales la OIT se vio en la necesidad de aprobar el Convenio No. 156, en el año 1981 fue porque el Convenio sobre la discriminación en el empleo y en la ocupación, como ya se dijo previamente, aborda a la discriminación en las relaciones de trabajo de manera general y no hace referencia a las distinciones que yacen en las responsabilidades familiares. En consecuencia, se evidencia la necesidad de un instrumento que regule, en particular, esta problemática, por lo que en el mismo se determina la obligación que tienen los miembros de la OIT que han ratificado el presente convenio para establecer medidas a favor de los trabajadores en mención, que les permitan mantener un equilibrio entre su vida personal y laboral. Este instrumento es de gran importancia para materializar el principio de igualdad de trato y no discriminación, entre los trabajadores y trabajadoras que tienen bajo su responsabilidad el cuidado de hijos y familiares, así como entre los trabajadores que tienen estos compromisos y aquellos que no.

Si bien, el Convenio está dirigido a los trabajadores que deben cumplir con sus obligaciones familiares, sin distinción de su sexo; no es menos cierto, que uno de sus fines es garantizar la igualdad de oportunidades para las madres que se ha visto limitadas en su carrera profesional al no poder capacitarse por dedicarse al cuidado de sus hijos, toda vez que este problema responde a un reparto tradicional de roles en donde se ha dispuesto el deber de cuidado para la mujer y el de proveer para el hombre.

La consecución de la igualdad material, sin que exista discriminación laboral por este motivo, así como lograr que ambos progenitores compartan responsabilidades de manera equitativa, se obtiene únicamente con cambios culturales significativos, puesto que se debe

modificar el papel del hombre y la mujer en la sociedad y en la familia; siguiendo esta línea, lo que busca la OIT es aumentar la participación de la mujer en la esfera laboral y correlativamente una mayor participación del padre en el cuidado de sus hijos u otras personas dependientes (OIT, 1981).

Por consiguiente, los países deben establecer en sus ordenamientos jurídicos diversos mecanismos que permitan la conciliación entre la vida laboral y familiar, esto es: la licencia de paternidad, permiso por lactancia, licencia parental, excedencia, la obligación de ciertas empresas para construir guarderías y todos aquellos permisos que flexibilicen la jornada laboral por motivo de maternidad o cuidado de dependientes.

Ahora bien, como se analizará a lo largo del presente capítulo la legislación y jurisprudencia del sistema jurídico español propenden a la corresponsabilidad entre ambos progenitores, toda vez que España ratificó el Convenio No. 156 en el año 1985 y por lo tanto a partir de la fecha los derechos de los trabajadores se han regulado en este sentido, de igual manera Ecuador ratificó dicho Convenio en el año 2013; sin embargo, el Código de Trabajo, aunque reconoce la licencia remunerada por paternidad, y así mismo en el año 2016 con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica para la optimización de la jornada laboral y Seguro de Desempleo, se incluyó la licencia sin remuneración para el cuidado de los hijos, se evidencia que aún existe un desmedro al principio de igualdad y no discriminación, puesto que los trabajadores y trabajadoras no gozan de los mismos derechos por el nacimiento de sus hijos (Ecuador, Asamblea Nacional, 2016).

Como muestra de lo anterior, la suspensión de la jornada laboral por 12 semanas posteriores al alumbramiento, solo se reconoce a la madre, y de igual manera el permiso por lactancia, aun cuando ya se determinó que estos períodos no responden propiamente a características biológicas de la madre, salvo un lapso pertinente que posibilite la recuperación post parto; sino más bien, sirven para crear vínculos entre el neonato y los progenitores, adicionalmente no existe jurisprudencia en este sentido.

Finalmente, a pesar de que Colombia no ha ratificado este Convenio, el Código Sustantivo del Trabajo (1950) reconoce al padre una licencia remunerada pero no se regula la licencia parental a favor de los trabajadores con responsabilidades familiares, y, de igual

manera el permiso por lactancia es de titularidad exclusiva para la madre. Sin embargo, en la Sentencia C-005/17, la Corte Constitucional de Colombia, entre tanto, hace referencia al presente Convenio y extiende la protección laboral reforzada a la pareja trabajadora de la mujer no trabajadora que se encuentra en estado de gravidez, lo que implica que el empleador necesita la autorización de la autoridad competente para terminar la relación laboral del padre que tiene la calidad de sostén de la familia, esto a su vez genera un avance en materia de corresponsabilidad e igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (Colombia, Corte Constitucional, 2017).

En conclusión, se evidencia como los primeros instrumentos suscritos por la OIT que buscaban la protección especial de las mujeres trabajadoras, lo hicieron a partir del amparo a su estado de gestación y condición de madre, de modo que dicha situación no sea convertida en un obstáculo para su ejercicio profesional. Sin embargo, el reconocimiento de derechos individuales, permisos por lactancia y otras cuestiones relacionadas a la protección de la trabajadora en estado de gestación, como lo es el encarecimiento de los despidos de la mujer embarazada, se han convertido en causas desalentadoras para la contratación laboral de mujeres, que es contrario a la búsqueda de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Así las cosas, este organismo internacional, se ve en la necesidad de atacar al origen de la desigualdad material entre ambos grupos, el cual yace en el desempeño del trabajo doméstico y en el cuidado de los hijos, que son dos roles que le han sido relegados históricamente a la mujer, es por ello que con la finalidad de generar un cambio en el ámbito doméstico o privado se han suscrito el Convenio No. 156, que propende a la conciliación y por consiguiente a la corresponsabilidad de los progenitores, a través de medidas que modifiquen el papel de la mujer y del hombre en el ámbito público y privado.

## **3.2. Los Derechos Laborales derivados de la maternidad y paternidad en el Derecho Comparado**

### **3.2.1. Análisis del sistema jurídico español**

#### **3.2.1.1. Protección constitucional a la maternidad y paternidad en el régimen jurídico español**

El artículo 1 de la Constitución proclama a España como un Estado social y democrático de Derecho y proclama a la igualdad como valor fundamental del ordenamiento jurídico. Este modelo de Estado constitucional, añade al Estado social de derecho los elementos del Estado democrático, como, por ejemplo: la soberanía popular, la participación ciudadana en todas las esferas de la sociedad, la solidaridad, de modo que el estado sea el garante de las demandas planteadas por los ciudadanos (España, Las Cortes, 1978).

En tal virtud, el artículo 14 de la norma suprema española, al igual que la constitución ecuatoriana se reconoce el principio de igualdad y no discriminación, de modo que los ciudadanos de esta nación no puedan ser discriminado por ninguna condición personal o social y consagra así mismo en el artículo 9.2 la obligatoriedad de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos sean reales y efectivas, lo que se complementa con el artículo 35 del mismo cuerpo normativo que regula al trabajo como el deber y el derecho que tienen todos los españoles sin que en ningún caso pueda hacerse distinción alguna por motivos de sexo, no obstante; pese a la prohibición constitucional expresa existe discriminación en el ámbito laboral y se refleja en la brecha salarial de las mujeres con respecto a los hombres, en un porcentaje del 13%.

Por otro lado, el artículo 39 reconoce la protección social, económica y jurídica que tiene la familia por ser la base de la sociedad; y, son los poderes públicos los encargados de asegurar la protección integral de los hijos, de acuerdo a los Instrumentos Internacionales sobre sus derechos, además determina la obligación que tienen los padres de prestar asistencia a sus hijos en todo orden, sin distinción de su estado civil (Constitución de España, 1978).

### **3.2.1.2. Derechos de conciliación de la vida laboral, personal y familiar y el principio de igualdad y no discriminación en la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva entre Hombres y Mujeres de España**

España con la finalidad de erradicar la discriminación por razón de sexo y conciliar las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres en el año 2007 expidió la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva entre Hombres y Mujeres, en adelante LOIE, cuyo objeto es hacer firme el derecho a la igualdad de trato y de oportunidades especialmente por motivos de maternidad. En efecto, en el artículo 5 se identifica este principio como una modalidad especial en el mercado laboral y aborda: el acceso al puesto de trabajo incluso por cuenta propia la formación y promoción profesional, contratación, el ejercicio del derecho a la afiliación en organizaciones sindicales, la estabilidad, la retribución y las condiciones del despido; y, se perfecciona con el artículo 8 que define a la discriminación por sexo como todo trato desfavorable a las mujeres que tiene como origen el embarazo o la maternidad, este menoscabo en los derechos de las trabajadoras se constituye como un tipo de discriminación directa (España, Cortes Generales, 2007).

La LOIE contempla distintas figuras jurídicas que propenden a compatibilizar el trabajo con las responsabilidades familiares de los trabajadores en los términos de *conciliación de la vida personal, familiar y laboral*, siguiendo esta línea el artículo 44.1 establece que el objetivo de los derechos de conciliación es el fomento de la aceptación equilibrada de las responsabilidades familiares evitando todo tipo de discriminación. Se persiste, por tanto, en promover un mayor grado de corresponsabilidad entre hombres y mujeres en la asunción de las responsabilidades familiares, sin que sea un derecho exclusivo de las mujeres sino de trabajadores y trabajadoras indistintamente en virtud del principio de igual de trato y no discriminación, es por ello que esta ley reformó el Estatuto de los Trabajadores (2015) y la Ley General de la Seguridad Social (2015), generando un progreso en los derechos de conciliación.

La LOIE aborda los derechos de conciliación, pero no enumera dichos derechos partiendo del hecho consumado de que ya son conocidos. Sin embargo, no existe ningún cuerpo normativo en el sistema jurídico español que establezca una enumeración de lo que se consideran derechos de conciliación, de manera que habrá que entender que todas las

disposiciones jurídicas que permitan compatibilizar el trabajo y el cuidado a sus intereses familiares (Aguilera, 2007).

Se entiende que los derechos de conciliación no solamente se limitan a los permisos y licencias relacionadas con el cuidado de hijos e hijas de los trabajadores sino que también al estado de gestación de la trabajadora y la suspensión del contrato después del parto, no solamente desde la protección a la condición biológica de la madre sino también debe entenderse a partir de la igualdad material entre hombres y mujeres, por lo que se puede ultimar que la LOIE da paso a una nueva cultura de corresponsabilidad, que proclama un equilibrio en las responsabilidades derivadas de la maternidad entre los hombres y las mujeres, en donde queda superada la restricción de estos derechos únicamente para las mujeres, por su condición de portadora de vida.

En conclusión, con la expedición de la LOIE España busca la integración del padre en el cuidado de sus descendientes, avanzando hacia la conciliación de la vida laboral, familiar y personal de los trabajadores, independientemente de su sexo, y a su vez se fomenta la corresponsabilidad parental. Es así como el Estado español expidió normativa secundaria y modificó su legislación interna para cumplir con los objetivos del Convenio No. 156 de la OIT, analizado en líneas anteriores.

### **3.2.1.3. Derechos laborales derivados de la maternidad y paternidad contemplados en el Estatuto de los Trabajadores de España**

El Estatuto de los Trabajadores de España, en adelante ET y la Ley General para la Seguridad Social, en adelante LGSS, reconocen a los trabajadores descansos y prestaciones a favor de la maternidad, la paternidad, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar, mismas que se entienden como situaciones protegidas a efectos de la prestación por maternidad. Existe una íntima vinculación entre los derechos laborales derivados de la maternidad y la seguridad social porque los trabajadores podrán gozar de la suspensión del contrato individual de trabajo, que es el principal efecto de la maternidad, así como de los permisos y excedencias contemplados en el ET siempre y cuando se encuentren legalmente afiliados a la seguridad social y que cumplan con el periodo mínimo de

cotizaciones para el caso determinado en la LGSS, es por ello, la necesidad de relacionar las normas laborales que regulan la maternidad con las de seguridad social de la misma materia, a lo largo del presente apartado.

Es necesario recalcar que a diferencia del Código de Trabajo ecuatoriano. El Estatuto de los Trabajadores de España no hace mención sobre el conocimiento formal que tiene que tener el empleador, a través de un certificado médico emitido por un facultativo que acredite el embarazo de la trabajadora para el inicio de la protección a la maternidad.

En torno a la licencia por maternidad el ET regula en su art. 48.4 que la trabajadora podrá hacer uso de este permiso de acuerdo a su conveniencia, así como también, si los dos progenitores trabajan, el padre podrá gozar de una parte determinada e ininterrumpida de este periodo de suspensión, de manera simultánea o conjunta con la madre; salvo en el caso de las seis semanas inmediatamente posteriores al parto que son de titularidad obligatoria y exclusiva de la madre (España, MESS, 2015).

En esta norma también se regula que el padre trabajador tendrá derecho a gozar de la licencia por maternidad no sólo en el supuesto de que la madre opte por cederle su derecho, sino también en el caso que ésta fallezca en el parto o posterior a ello, independientemente si se desempeña o no como trabajadora y si se encuentra afiliada a la Seguridad Social; el padre tendrá derecho a gozar de la totalidad del periodo legalmente establecido, o en su caso de la parte que le restare disfrutar desde la fecha del parto, incluyendo las semanas que la trabajadora habría disfrutado antes del parto.

La LGSS en su art. 178 reconoce un conjunto de requisitos para que los padres puedan disfrutar de la licencia por maternidad, dentro de los que se encuentra el contar con al menos, entre 90 y 180 cotizaciones, a menos que el trabajador que quiere acceder a dicho beneficio sea menor de 21 años (España, MESS, 2015). Unido a ello, para aquellas madres que no tuvieran la cantidad de cotizaciones, la LOIE estableció en su art. 79 que dicho beneficio será garantizado de igual forma por el Estado. Adicionalmente esta norma, establece que en caso de que la madre quiera cederle el derecho derivado de la maternidad al padre, este podrá acceder e incluso, si la madre se incorpora al trabajo y observa que su salud está en riesgo, puede declararse su incapacidad y disfrutar continuadamente de la licencia en conjunto con el

padre, lo que no debe ser interpretado como un gasto doble de la Seguridad Social, sino como un acto de corresponsabilidad parental (art. 48.4) (España, MESS, 2015).

También en cuanto a la licencia de maternidad, en caso de que el niño hubiere nacido con determinados problemas, el art. 48.4 del ET regula que podrá ampliarse el periodo de tiempo de licencia para ambos padres hasta un máximo de trece semanas más de lo regulado (España, MESS, 2015). Adicionalmente, el Real Decreto 504/2007 de fecha 20 de abril de 2007, aprobó una tabla para la valoración de las situaciones de dependencia de los padres, y extiende la protección a la hospitalización del niño, ampliando el periodo por el que los padres pueden disfrutar de este beneficio (España, MTAS, 2007) (España, Corte Generales, 2006).

Otro de los beneficios que se regulan es la licencia por adopción o guarda con fines de adopción o acogimiento. En este sentido el art. 48.5 del ET establece que el trabajador sin importar su sexo tiene derecho a un periodo de dieciséis semanas. Esta licencia producirá sus efectos a partir de la fecha de la sentencia judicial o de la resolución administrativa según corresponda y en el caso que ambos progenitores sean trabajadores podrá ser distribuida a su elección de forma simultánea o sucesiva, siempre y cuando la suma de los periodos de suspensión no exceda las dieciséis semanas (España, MESS, 2015).

Como ya se ha defendido, el sistema jurídico español busca la participación del padre en el cuidado de los hijos, es por este motivo que el art. 48.7 del ET reconoce al progenitor masculino el derecho a disfrutar, de una licencia remunerada de cinco semanas por el nacimiento de su hijo, esta licencia es exclusiva e intransferible del padre trabajador, sin perjuicio de la suspensión compartida por maternidad o adopción. En el caso de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento familiar este derecho le corresponderá solamente a uno de los progenitores, el cual deberá ser a elección de los interesados.

El trabajador podrá gozar de este derecho a partir de la finalización del permiso remunerado de dos días por nacimiento de hijo contemplado en el artículo 37.3 del ET, el cual puede ser mejorado convencionalmente. La suspensión se ejercerá de manera ininterrumpida, salvo la última semana del periodo total de la misma, la cual podrá disfrutar durante los nueve meses posteriores a la fecha del nacimiento de su hijo, la adopción, la guarda con fines de

adopción o el acontecimiento que den origen al derecho, siempre y cuando exista el acuerdo previo con el empleador (España, MESS, 2015).

Otra institución de gran importancia en España, es la llamada excedencia por cuidado de hijos. El ET establece en el art. 46.3 que los trabajadores hombres y mujeres están facultados para dedicar parte de su tiempo al cuidado de sus hijos biológicos, por adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento y a la vez armonizar esto con sus responsabilidades profesionales. Los trabajadores tendrán derecho a gozar de esta licencia parental por un periodo no mayor a tres años, el tiempo en que el trabajador permanezca en excedencia será computable para efectos de antigüedad y adicionalmente tiene el derecho a ser convocado por el empleador para ser partícipe de capacitación y formación profesional (España, MESS, 2015).

También se reconoce el permiso retribuido de lactancia. El ordenamiento jurídico español marca un avance en materia de corresponsabilidad y otorga la titularidad de esta licencia a los trabajadores hombres y mujeres, sin que este sea un derecho individual y exclusivo de la madre, pero solo podrá ser ejercido por uno de los progenitores en el supuesto que ambos sean trabajadores. Este permiso retribuido que tiene origen en el nacimiento de un hijo, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento que los trabajadores tendrán derecho para ausentarse de su puesto de trabajo durante una hora para alimentar a su hijo menor de nueve meses. La duración de este permiso se extenderá proporcionalmente en los casos de parto, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento múltiples (art. 37.4) (España, MESS, 2015).

#### **3.2.1.4. Protección a la mujer embarazada o asociada a su condición de maternidad en España**

El ordenamiento jurídico español contempla la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas, esta institución jurídica se vincula directamente con el principio de igualdad y no discriminación consagrado en el artículo 14 de la Constitución Española, debido a la discriminación por razón de sexo persistente en el ámbito laboral. Así mismo, esta regulación

busca proteger igualmente otros derechos constitucionales, como por ejemplo la protección a los niños y a la familia.

El artículo 53.4 literal b) del ET no exige el previo conocimiento del embarazo por parte empleador que despide a la trabajadora, menos aún la notificación formal o la presentación de un certificado médico emitido por un facultativo de la Seguridad Social que acredite la condición de embarazo, como es el caso de Ecuador. La comunicación del embarazo a un tercero pertenece a la esfera más íntima de la mujer, por lo que median un sinnúmero de razones por las cuales decida conservar fuera del conocimiento de las demás personas.

En este sentido, el ET establece una protección laboral reforzada de las trabajadoras embarazadas ya que supone la condición de embarazo como un hecho físico objetivo para la terminación de la relación laboral, sin que existan actos discriminatorios previos que acrediten que la desvinculación se debe efectivamente a la condición biológica de la mujer, y a su vez dispensa a la trabajadora de demostrar que el empleador tenía conocimiento del embarazo; y, la carga de la prueba recae sobre el empleador, ya que este tiene la obligación de probar que la desvinculación de la trabajadora no tuvo como origen el embarazo de la trabajadora.

El despido será nulo desde el inicio del embarazo hasta el parto de la trabajadora y durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, paternidad, y durante permisos relacionados con la maternidad, así también durante el ejercicio de la excedencia para el cuidado de los hijos.

Así también será nulo el despido de los trabajadores que se reincorporen al puesto de trabajo una vez que haya finalizado la suspensión del contrato por los mismos motivos referentes a la maternidad; siempre y cuando no hubieren transcurrido más de nueve meses desde la fecha del nacimiento, de la adopción, guarda o acogimiento del menor, sin embargo, lo anterior no implica que la trabajadora no podrá ser despedida si incurriera en una falta disciplinaria. La persona que haya sido despedida deberá acudir ante el juez de la materia para que declare la nulidad o eficacia extintiva del despido en el caso que la desvinculación no tenga como motivo el embarazo o el ejercicio de derechos derivados de la maternidad, en el

caso que la autoridad declare nulo el despido, la consecuencia será la readmisión inmediata del trabajador y el pago de los sueldos dejados de percibir (arts. 53-54) (España, MESS, 2015).

El ordenamiento jurídico español otorga a la trabajadora embarazada o al progenitor que ejerza los permisos que goce de los permisos asociados a la maternidad estabilidad laboral absoluta, toda vez que el ET no permite la posibilidad de sustituir el reintegro a cambio de una indemnización económica, es por ello que el empleador tiene la obligación de readmitir a la persona que haya sido despedida a su puesto de trabajo en las mismas condiciones en las que se encontraba antes de producirse el hecho ilícito, además deberá pagar los sueldos dejados de percibir mientras la autoridad competente resolvía la procedencia o la declaratoria de nulidad del despido.

### **3.2.1.5 Análisis jurisprudencial de la Sentencia C-104/09 sobre corresponsabilidad parental en España**

La sentencia C-104/09 suscrita el 30 de septiembre de 2010 por la Segunda Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea resuelve una petición de prejudicialidad realizada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia al considerar que los hechos controvertidos se encuentran en el ámbito de la Directiva 76/207 referente al principio de igualdad de trato y no discriminación para hombres y mujeres en el mercado laboral. El litigio en mención, tiene como origen la solicitud del Sr. Pedro Manuel Roca Álvarez a su empleadora la empresa Sesa Start España ETT, S.A para que le sea reconocido el permiso remunerado para la lactancia de su hijo, el mismo que fue le negado debido a que la madre del menor era trabajadora autónoma y uno de los requisitos imprescindibles que el artículo 37.4 del ET prescribía era que la madre debía desempeñar una actividad por cuenta ajena para tener derecho a dicho permiso; en consecuencia, Roca Álvarez demandó a su empleadora ante el Juzgado de lo Social No. 4 de Coruña, este órgano judicial desestimó la demanda al considerar que el permiso por lactancia es de titularidad exclusiva de las trabajadoras amparadas por el ET (TJUE, 2010).

Roca Álvarez interpuso recurso de suplicación en contra de esta decisión judicial ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, dicho órgano consideró que el permiso en cuestión se ha deslindado de la lactancia natural biológica y ha pasado a ser un tiempo de cuidado y

vinculación de lazos con el hijo recién nacido, por lo que ya no se ubicaría dentro de las excepciones de la Directiva 76/207 que protegen a la maternidad (UE, Consejo, 1976)<sup>5</sup>, por lo que suspendió el procedimiento y planteó la petición prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea referente a la vulneración del principio de igualdad de trato. La sentencia dictada en este proceso de prejudicialidad es de gran importancia.

Lejos de aplicar la normativa antidiscriminatoria contenida en la Directiva referida para determinar si existe discriminación en contra del trabajador por no tener acceso al permiso por lactancia, el TJUE emitió un fallo particularmente novedoso y resolvió el asunto desde el concepto de corresponsabilidad; en este sentido, consideró que el reconocer a la madre trabajadora por cuenta ajena la titularidad exclusiva de este derecho mantiene un reparto tradicional de los roles que ha establecido la sociedad para el cuidado de los hijos, lo que resulta discriminatorio para las mujeres (TJUE, 2010).

A criterio del TJUE la vulneración yace en que el origen de la baja por lactancia se ha desvinculado de las características biológicas de las madres que pudieran dar origen a la lactancia natural, lo cual podría explicar el reconocimiento de este derecho a su favor; sin embargo, en la actualidad este tiempo permite brindar el debido cuidado y alimentación a los hijos, por lo que resulta irrelevante cuál de los progenitores haga uso del mismo, además que la normativa de la materia ha evolucionado y por permiso de lactancia se refiere a la lactancia natural y al amamantamiento.

Por lo tanto no existe factor alguno que imposibilite tanto al padre como a la madre para cumplir con esta responsabilidad familiar en base a su condición de progenitores, además el mismo hecho que el permiso controvertido pueda ser ejercido por el padre o por la madre por cuenta ajena significa que cualquiera de los dos está en capacidad de alimentar y cuidar a su hijo, por lo que mal haríamos al considerar que la finalidad del mismo es proteger a la mujer embarazada y su recuperación durante los meses posteriores al parto, de conformidad con la Directiva 76/207.

---

<sup>5</sup> El artículo 2.3 de la Directiva 76/207 establece: 3. La presente Directiva no obstará las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad (art. 4).

Para finalizar, es menester recalcar que reservar la titularidad del permiso de lactancia a favor de la trabajadora por cuenta ajena era una medida que aparentemente buscaba eliminar las desigualdades existentes entre hombres y mujeres, en el ámbito laboral a través de la conciliación de la esfera laboral y familiar de las madres trabajadoras pero por los motivos expuestos no alcanza una igualdad material entre los dos colectivos, sino más bien, era una medida que discriminaba de manera indirecta a las trabajadoras en general.

Por un lado, el determinar que solo la madre que sea trabajadora por cuenta ajena sea titular de la baja remunerada controvertida; mientras que el padre que ostentaba la misma vinculación laboral, solamente podía gozar del derecho, pero sin ser su titular del mismo contribuía a un reparto tradicional de roles, en el que el hombre solo subsidiariamente tiene que cumplir con el deber del cuidado de los hijos e hijas. En segundo lugar, la regulación del permiso por lactancia, en aquellos términos implicaba, a su vez, que las autónomas se encontraban en desventaja, con relación a las trabajadoras por cuenta ajena, debido a que tenían que restringir sus actividades laborales diarias para dedicarse al cuidado de su hijo ya que no contaban con el apoyo del padre, que únicamente podía gozar del derecho accesoriamente.

Por consiguiente, la consecuencia del fallo emitido por el TJUE fue que el reconocimiento del permiso por lactancia a favor de los trabajadores y trabajadoras por cuenta ajena era una disposición contraria al principio de igualdad de trato y no discriminación contenido en la Directiva 76/207, por lo que el ordenamiento jurídico español se tuvo que adecuar al Derecho comunitario y es por ello que en la actualidad el artículo 37.4 del ET prescribe que el permiso remunerado por lactancia es un derecho individual de los trabajadores, que consiste en la ausencia del puesto de trabajo por una hora, durante los primeros nueve meses de vida de sus hijos.

La modificación de esta norma estatutaria permitió que la titularidad del derecho controvertido sea a favor de ambos progenitores sin la necesidad de la acción subsidiaria de la madre al padre, con lo que permite que el objetivo de la licencia, así como también de la normativa comunitaria e interna, referente a la conciliación del ámbito laboral y familiar sea

haga efectiva y propender a la corresponsabilidad y el reparto adecuado de responsabilidades familiares entre los progenitores.

Concluyendo, es claro que la normativa y la jurisprudencia española, le reconoce al padre un conjunto de derechos individuales derivados de la paternidad que son dignos de admirar. Del análisis que se ha realizado, es clave destacar que en el país ibérico de referencia, obtiene mucho éxito en lograr la equiparación de derechos entre el hombre y la mujer en la tarea de la corresponsabilidad, en el cuidado y crianza de los descendientes. Es meritorio comprender que se logra armonizar en gran medida las cuestiones de género entre ambos progenitores, para dotarlos de igual relevancia en esta fase importante de su existencia.

### **3.3.2. Análisis del sistema jurídico colombiano**

#### **3.3.2.1. Protección constitucional de la maternidad en Colombia**

El artículo 1 de la Constitución Política vigente declara a Colombia como un Estado Social de derecho, es por este motivo que el Estado tiene como obligación principal garantizar e impulsar el desarrollo y las justicias sociales con la finalidad de combatir las desigualdades que existen en la sociedad, a través de mecanismos políticos y económicos (Colombia, Asamblea Nacional Constituyente, 1991). Bajo la configuración de un Estado Social de derecho se ubican los principios del Derecho laboral en un ámbito prevalente debido a que posibilitan la subsistencia y el mejoramiento de la calidad de la vida para el mayor número de la población, que es la clase trabajadora (Barona, 2010).

En consecuencia, se protege constitucionalmente y de manera especial al trabajo, como un derecho fundamental. Así también, la Constitución colombiana, consagra en el artículo 13, como derecho fundamental el derecho a la igualdad, este precepto le obliga al Estado prever mecanismos eficaces y óptimos para garantizar que la igualdad sea real y efectiva y no meramente formal, es por esta razón que el Estado debe adoptar medidas que favorezcan a los grupos que históricamente han sido discriminados. Particularmente, en aras de lograr la igualdad material la Constitución le otorgó protección especial a la maternidad mediante normas constitucionales que tienden a este fin.

Lo anterior, implica que la mujer embarazada es un sujeto de protección especial en el Estado Social de derecho, por lo que sus derechos deben ser reforzados y la garantía de los mismos no depende únicamente del Estado sino de la sociedad en general. Este deber de protección debe estar permanente en todas las esferas de la vida social, pero adquiere mayor importancia en el ámbito laboral, ya que la mujer ha sido víctima de discriminación en las relaciones laborales, a causa de la maternidad a lo largo de la historia. La protección constitucional a la mujer en estado de gravidez yace en la importancia que tiene la vida para el Estado social de derecho, de ahí se deriva toda la normativa protectora a favor de la madre por su condición de portadora de vida (Pabón y Aguirre, 2009).

Así las cosas, el artículo 43 de la Constitución de Colombia consagra el principio de igualdad de trato y no discriminación entre hombres y mujeres, y así también, determina dos obligaciones que tiene el Estado frente a la mujer en estado de gravidez, que son brindarle especial asistencia durante el embarazo y después del parto; y, proporcionar un subsidio en caso de que se encuentre desempleada o desamparada. La protección especial a la que se refiere la norma, implica que el Estado y la sociedad son garantes del bienestar integral de la mujer embarazada en todas las áreas en las que intervenga; siguiendo esta línea, la normativa laboral ha reconocido permisos y licencias para la mujer en estado de gravidez, los cuales le permiten hacer efectivo el fuero de maternidad, que es una institución que busca otorgar estabilidad laboral absoluta a la mujer embarazada y que se extiende durante los tres meses posteriores al parto.

De igual manera, la protección constitucional que existe a favor de la maternidad es consecuencia del papel protagónico que tiene la familia para el sistema jurídico colombiano, se constituye como el núcleo fundamental de la sociedad, en virtud del artículo 42 del mismo cuerpo normativo, que adicionalmente; y, al igual que la Carta fundamental de Ecuador y España busca la corresponsabilidad de los progenitores y el reparto equitativo de los deberes y responsabilidades que implica el tener hijos e hijas (Colombia, Asamblea Nacional Constituyente, 1991).

### **3.3.2.2. Derechos laborales derivados de la maternidad y paternidad contemplados en el Código Sustantivo del Trabajo de Colombia**

Uno de los derechos derivados de la maternidad y paternidad regulados en el Código Sustantivo del Trabajo de Colombia, en adelante CST, es la licencia de maternidad. El art. 236 regula el derecho que tiene toda trabajadora a suspender su contrato de trabajo durante 18 semanas por motivo de parto, con la finalidad de su recuperación biológica y dedicar cuidado a su hijo durante los primeros días de vida. Unido a ello, también reconoce la licencia por paternidad. En este sentido, el art. 236 establece que todo trabajador tendrá derecho a una licencia remunerada de paternidad por ocho días. El único documento que permite al padre hacer uso de esta licencia es el certificado de nacimiento, emitido por el Registro Civil, que deberá ser presentado durante los treinta días posteriores al nacimiento de su hijo. Para que el padre pueda gozar de dicha licencia deberá haber cotizado efectivamente a la Entidad Promotora de Salud (EPS) (art. 236) (Colombia, Congreso, 1950).

Adicionalmente se reconoce la licencia por adopción. El CST establece en el art. 236 numeral 4 que dicha licencia se aplicará en iguales término y condiciones para la madre adoptante o el padre que se quede cuidando al recién nacido sin el apoyo de la progenitora, considerándose como fecha de parto, la fecha de entrega del menor adoptado. Ello también lo reconoce el Código de la Infancia y la Adolescencia en su art. 127 (Colombia, Congreso, 2006).

La norma sustantiva en materia laboral de Colombia, también se pronuncia sobre el permiso de lactancia. En este sentido, el art. 238 reconoce que la trabajadora, que se ha reincorporado a sus actividades laborales, después de hacer uso de su licencia por maternidad, tendrá derecho a dos descansos remunerados, de treinta minutos, durante la jornada de trabajo para alimentar a su hijo recién nacido, este permiso será durante los primeros seis meses de vida del menor y es de titularidad exclusiva de la madre (Colombia, Congreso, 1950).

Un aspecto relevante en torno al principio de estabilidad laboral en este país, es el llamado fuero de maternidad. Los arts. 239 y 240 regulan la imposibilidad del empleador de despedir a ninguna trabajadora, siempre que la justificación sea el embarazo o el periodo de lactancia. En este sentido, si el empleador obtuviere la debida autorización del Inspector del

Trabajo o del Alcalde Municipal, entonces sí podría interrumpirse la relación laboral con la trabajadora, aunque estuviere en periodo de gestación. De este modo, el despido por motivos de embarazo se considerará si la interrupción de la relación laboral tiene lugar cuando la mujer se encuentra en periodo de gestación o dentro de los tres meses posteriores al nacimiento del menor (Colombia, Congreso, 1950).

Puede considerarse de esta forma que el fuero de maternidad es una institución contemplada el CST que comprende garantías específicas que se relacionan con el derecho al trabajo de la mujer embarazada o derivada de su condición de maternidad, frente a actos discriminatorios, y que se materializa a través de la prohibición que tiene el empleador de terminar la relación laboral de manera arbitraria, con la trabajadora sin que exista la autorización previa de la autoridad competente, que acredite que la trabajadora incurrió en una falta o que existe justa causa.

### **3.3.2.3. Análisis jurisprudencial de la sentencia C-005/17 sobre estabilidad laboral reforzada de mujer embarazada o lactante**

La jurisprudencia colombiana ha sido prolífera en la adopción de decisiones en torno al problema de investigación. No obstante, la Sentencia C-005/17 de 18 de enero de 2017 de la Corte Constitucional, es una de las más representativas e importantes, siendo ello el elemento pilar para su análisis. Este fallo se refiere a la estabilidad laboral reforzada de la pareja de una mujer embarazada o lactante no trabajadora. También se pronunció sobre el interés superior del menor recién nacido o del que aún no ha nacido. Hasta el momento en que se adoptó la referida sentencia, diversas han sido las consideraciones en Colombia en torno a la figura del fuero de maternidad. No obstante, no es hasta con el fallo en cuestión, que la institución en si adquiere especial relevancia (Colombia, Corte Constitucional, 2017).

La Corte, mediante una serie de sentencias constitucionales de tutela, había determinado al fuero de maternidad como aquella institución que protege a la mujer, que se encuentra en estado de embarazo o durante los tres meses posteriores al parto, dicha protección consiste en la prohibición de despedir a la trabajadora en estado de gravidez, sin previa autorización de la autoridad competente, toda vez, que existe la presunción de que la

desvinculación que se ha realizado durante este periodo tiene como causa el embarazo y por tanto constituye un acto discriminatorio, por lo que el empleador tiene la obligación de probar la existencia de una justa causa o indemnizar en legal y debido forma a la trabajadora.

En consecuencia, el fuero de maternidad se ha configurado como un mecanismo para garantizar los derechos laborales de la madre y el interés superior del recién nacido o que está por nacer, derechos que sea reconocen en la Constitución Política. Sin embargo, esta protección no se prolongaba a la madre no trabajadora que dependía económicamente de su pareja que sí mantenía un vínculo laboral y que era titular de los derechos que nacen de esta relación jurídica, como por ejemplo el régimen de seguridad social.

Es así que, con el propósito de ajustar dicha protección a otros fundamentos constitucionales como la protección de la unidad familiar, la atención y asistencia al estado de maternidad y el interés prevalente y superior de los niños y niñas, reconocidos en la Constitución y en una serie de tratados internacionales<sup>6</sup> ratificados por el Estado colombiano, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del numeral 1 del artículo 239 y del numeral 1 del artículo 240 del Decreto Ley 2663 de 1950 (Código Sustantivo del Trabajo), en el entendido que la prohibición de despido y la exigencia de permiso para llevarlo a cabo, se extienden al(la) trabajador(a) que tenga la condición de cónyuge, compañero(a) permanente o pareja de la mujer en período de embarazo o lactancia, que sea beneficiaria de aquel(la) (Colombia, Corte Constitucional, 2017). Es importante recalcar que dicha protección se extiende únicamente a la pareja de la mujer en estado de gravidez, que ostente la calidad de cotizante del sistema de seguridad social.

Para resolver, si era factible la extensión del fuero de maternidad a la pareja de la mujer no trabajadora, a través de la declaratoria de exequibilidad condicionada de las normas señaladas, la Corte analizó varios factores: en un primer momento, los fundamentos de la protección constitucional a la maternidad y la lactancia; luego la conciliación entre vida

---

<sup>6</sup> La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. (Arts. 11, 12, numeral 2); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 26); la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Arts. 1 y 24); el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Arts. 2 y 6-9); el Pacto de San Salvador (Arts. 3 y 6); la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) aprobada en 1919; Convenio 111 de la OIT de 1958 (Art. 1.1); el Convenio 156 de la OITT de 1981 (Art. 3) entre otros.

familiar, personal, laboral en el camino hacia la igualdad entre trabajadores y trabajadoras; tercero, la configuración de la omisión legislativa relativa; y, finalmente, la valoración de los cargos de la demanda) (Colombia, Corte Constitucional, 2017).

En relación al primer punto, la Corte estableció que la protección a la mujer en estado de gravidez tiene reconocimiento en el ordenamiento jurídico constitucional de Colombia. Siguiendo esta línea, el primer fundamento yace en el artículo 43 de la norma fundamental, que consagra la protección a la mujer embarazada, durante el parto y después del parto a cargo del Estado, por lo que este artículo regula dos obligaciones simultáneas: la protección especial que goza la mujer embarazada y lactante, sin que sea un requisito la existencia de una relación laboral, y el deber que tiene el Estado de otorgar un subsidio para la mujer desamparada o desempleada.

Así mismo, esta protección se fundamenta en diversos tratados internacionales de la materia tales como: la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, las obligaciones para los miembros, establecidas en la Constitución de la OIT suscrita en 1919, y el Convenio No. 111 sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación (Colombia, Corte Constitucional, 2017).

El segundo fundamento es la protección que tiene la mujer embarazada y lactante en el ámbito laboral, que se conoce como fuero de maternidad “El fin de la protección en este caso es impedir la discriminación constituida por el despido, la terminación o la no renovación del contrato de trabajo por causa o con ocasión del embarazo o la lactancia” (Colombia, Corte Constitucional, 2017, p. 22). A partir de esto, se infiere que el fuero de maternidad busca garantizar la igualdad de oportunidad entre hombres y mujeres, por lo que propende a erradicar la discriminación en razón del sexo, ya que una de las manifestaciones más reiterada de discriminación sexual es el despido intempestivo de la mujer en estado de gravidez.

El tercer fundamento, se origina en la condición de la mujer como gestadora de vida, esto en virtud que el ordenamiento jurídico constitucional de Colombia califica a la vida como un bien jurídico, que merece especial protección. La Corte asocia esta protección con el interés superior del niño y por tanto tiene como finalidad garantizar la alimentación y el cuidado del

menor, sin que la madre sufra discriminación en la esfera laboral por cumplir con estos fines. Finalmente, la protección a la mujer en estado de gravidez es consecuencia de la relevancia que tiene la familia en el ordenamiento jurídico colombiano (Colombia, Corte Constitucional, 2017).

Por otro lado, en relación a la conciliación de la vida familiar, laboral y personal, de conformidad con la Convención sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) (1979), el artículo 3 del Convenio núm. 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares y la Recomendación 156 de la OIT (1981), la Corte determinó lo siguiente:

En el estado actual del Derecho del trabajo, las medidas orientadas a promover la conciliación de trabajo y vida familiar están íntimamente relacionadas con la expansión del principio de igualdad de trato y de no discriminación, y con la efectiva igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el plano laboral, toda vez que el acceso y permanencia de las mujeres en el mercado de trabajo depende, en gran medida, de la implementación de estas estrategias (Colombia, Corte Constitucional, 2017, p. 28)

Lo anterior, en relación a la evolución de las normas que regulan las relaciones laborales sobre la integración de la mujer en el mercado laboral, en la que la doctrina ha identificado cuatro fases: la primera gira en torno a la conciliación del rol reproductivo y productivo de la mujer, a partir de lo que el derecho laboral regulaba permisos a favor de la madre que le permitan conciliar el ámbito laboral y familiar, es decir que el deber de cuidado familiar se reservaba exclusivamente para la mujer, por lo que no era necesario el reconocimiento de derechos de conciliación a favor del padre.

En un segundo momento, se reconoce el derecho del padre para hacer uso de parte de la licencia por maternidad, lo que implica el reconocimiento de una posición subordinada y accesoria del padre en el cuidado de los hijos; la tercera etapa evolutiva se identifica por la titularidad neutra de los derechos de conciliación, ya sean hombres o mujeres, sin distinción del sexo, toda vez que se reconoce un modelo familiar en donde ambos progenitores proporcionan el sustento económico, es por ello que se reconocen permisos individuales de maternidad y paternidad (Colombia, Corte Constitucional, 2017, p. 29). En complemento a lo

anterior, se reconoce una cuarta etapa en la evolución del derecho laboral, que se regula en los siguientes términos:

Etapa más evolutiva en el cambio de roles de hombres y mujeres en el plano familiar y laboral, se espera que, al margen de la ley y como consecuencia de su efectividad, se genere un cambio cultural que implique la materialización y puesta en práctica de las medidas de conciliación y la superación de los clásicos modelos de reparto de responsabilidades familiares que marginan al hombre en el cuidado y atención de sus hijos (Colombia, Corte Constitucional, 2017, p. 29)

A partir del criterio desarrollado por la Corte sobre la la conciliación entre vida familiar, personal, laboral en el camino hacia la igualdad entre trabajadores y trabajadoras, es necesario modificar el rol del hombre y la mujer respecto a la sociedad y a la familia, de modo que se pueda alcanzar la igualdad plena entre estos colectivos. Siguiendo esta línea, la conciliación de la esfera laboral y familiar sin distinción de sexo constituye un elemento determinante para lograr la igualdad de oportunidades en el trabajo entre hombres y mujeres, además que permite un reparto justo de las obligaciones familiares, y, así también, se precautela el interés superior del niño, toda vez que es necesaria la participación de ambos progenitores para el cuidado de sus hijos durante los primeros días de vida.

En consecuencia, no es posible que la protección laboral a favor de la mujer embarazada o lactante se limite a establecer mecanismos que permitan su mayor participación el mercado laboral o a sancionar los despidos discriminatorios, sino más bien se debe propender a una mayor participación del hombre en el campo familiar, a favor del reconocimiento de derechos específicos.

Respecto al cumplimiento de los requisitos para la procedencia del control de constitucional por omisión legislativa, la Corte determinó, entre tanto, que la trabajadora en estado de gravidez y el trabajador cuya pareja no trabajadora se encuentre en periodo de embarazo o lactancia, merecen un trato análogo en virtud de tres argumentos: en primer lugar, la estabilidad laboral reforzada va más allá de evitar la discriminación por este motivo “Esta protección desarrolla además el imperativo constitucional de brindar de manera general y objetiva protección a la mujer embarazada y lactante a cargo del Estado”(Colombia, Corte

Constitucional, 2017, p. 38), lo que implica una protección a la madre de carácter general y no solamente en el marco de una relación laboral.

Adicionalmente, busca proteger la vida, la familia y el interés superior del niño. En este sentido, los fines desarrollados se cumplen tanto en la situación de la madre trabajadora como en el de la madre no trabajadora. En segundo lugar, el ordenamiento jurídico de Colombia reconoce la igualdad material entre hombres y mujeres y prohíbe de manera categórica cualquier acto discriminatorio. Así como también hace hincapié en la protección reforzada que tienen los niños y niñas. En tercer lugar, la normativa nacional e internacional propende a la conciliación y armonización del trabajo con la vida familiar, es por ello que se reconocen derechos específicos a favor del padre (Colombia, Corte Constitucional, 2017).

Por otro lado, la Corte determinó que no existen motivos con respaldo constitucional que justifiquen la exclusión del padre que sostiene el hogar de la protección laboral prevista en los artículos 230 y 240 del Código Sustantivo del Trabajo, toda vez que la protección laboral reforzada, como ya se dijo previamente, está encaminada a garantizar el derecho a la vida, la unidad familiar y el interés superior del niño; y, la extensión a la pareja que sostiene el hogar busca la equidad de género.

Así mismo el extender la protección no implica un perjuicio en las finanzas del sector empresarial, como la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio del Trabajo erradamente estableció, esto en virtud, a que la consecuencia pecuniaria se da en el caso de incumplimiento de las normas por parte del empleador, más no en las normas que regulan dicha protección. Seguidamente, el limitar la protección laboral reforzada de la mujer embarazada o lactante, a evitar la discriminación laboral por este motivo, origina una protección recortada e incompleta debido a que dicha protección trasciende este ámbito y busca salvaguardar la familia, la vida y el interés superior del niño, por lo que incrementa la inequidad de género debido a que consagra una perspectiva basada en roles adscritos por la sociedad (Colombia, Corte Constitucional, 2017).

La falta de justificación de la exclusión de la pareja de la madre no trabajadora que se encuentra en estado de embarazo o en periodo de lactancia, conlleva al menoscabo del principio constitucional de igualdad, toda vez que se encuentra en una situación análoga a la

de la madre que tiene un vínculo laboral, toda vez que las personas enfrentan el advenimiento de un nuevo integrante a la familia, en este sentido la Corte estableció la siguiente:

Se trata de situaciones equiparables en las que resultan igualmente relevantes las finalidades constitucionales que se reconocen a la protección laboral reforzada, como son la especial asistencia y protección que el Estado debe a la maternidad, la protección de la unidad familiar y la salvaguarda del interés superior del niño o niña que está por nacer, o que acaba de nacer (Colombia, Corte Constitucional, 2017, p. 41)

Así también, la corresponsabilidad entre los progenitores, mediante la extensión de la protección laboral reforzada permite que la contratación laboral se base en requisitos objetivos y que garantice la igualdad de oportunidades entre los hombres y mujeres, lo anterior, debido a que se desfocaliza a la mujer como la única titular del fuero de maternidad (Colombia, Corte Constitucional, 2017).

Finalmente, al existir todos los requisitos para fijar el fundamento del control constitucional de una norma por omisión legislativa relativa, la Corte decidió que todos los fundamentos, que dieron origen a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada y durante los tres meses posteriores al parto, se verifican tanto en el caso de la mujer trabajadora, en estado de gravidez como en la de su pareja, que mantiene una relación laboral, y que ostenta el rol de sostén familiar, por lo que declaró la exequibilidad condicionada del número 1 del artículo 239 y 240 del Código Sustantivo de Trabajo (Colombia, Corte Constitucional, 2017).

Habiendo realizado este exhaustivo análisis de la sentencia en sí, es claro que la Corte Constitucional colombiana marcó una pauta de especial relevancia en torno a este tema. No obstante, desde nuestra consideración, la Corte ha fallado en un punto importante y que igual propende a la discriminación y vulneración del principio de igualdad. Como muy bien se ha defendido por dicho órgano a lo largo de su fallo, se debe garantizar la estabilidad laboral de la pareja de la mujer que se encuentre en estado de gestación o lactante, siempre que no se encuentre trabajando. Ello quiere decir que, el pronunciamiento de los jueces solo protege a través del principio de estabilidad laboral, al hombre de mujer que no labore, pero y ¿qué pasaría con la pareja de una mujer trabajadora?

En este sentido se puede establecer que la Corte Constitucional al realizar esta distinción, está vulnerando el principio de igualdad y no discriminación, pues solamente protege a través del reconocimiento de la estabilidad, al hombre cuya pareja no se encuentre trabajando, y hasta cierto punto es correcto, no se está disconforme con dicho pronunciamiento, pero ello sin duda alguna deja la puerta abierta para que, el hombre cuya pareja se encuentre embarazada o lactando y además trabaje, para que pueda ser despedido al no ser protegido por el principio de estabilidad laboral.

Es claro que a partir de los análisis que se realizan en la sentencia, existe una modalidad relativa en Colombia, pues la flexibilidad y criterios en torno al reconocimiento y la garantía de la estabilidad, proveen protección al hombre solo cuando su pareja no labora, discriminando a aquellos en los que sus convivientes o esposas, si lo hacen. No obstante todo esto que se ha analizado, es claro que el fallo en cuestión es de gran importancia, porque analiza con suficiencia la naturaleza, esencia y contenido de la estabilidad laboral y su repercusión para el trabajador, la familia y sociedad, lo que sin lugar a dudas es, meritorio.

Unido a ello, es claro que en Colombia la normativa jurídica protege al hombre siempre que este sea el que provee a la mujer. Es así como, los derechos derivados de la paternidad no se le conceden al hombre como un derecho individual, sino como un conjunto de permisos que tributan al bienestar de la mujer. En este sentido, su bien es cierto que Colombia posee, con respecto al Ecuador un ordenamiento legal y jurisprudencia mucho más acabada, aun no logra establecer acciones jurídicas tendentes a lograr una equidad de género y corresponsabilidad entre los progenitores ante el nacimiento de un menor.

### **3.3. Análisis del sistema jurídico ecuatoriano**

#### **3.3.1. Protección constitucional a la maternidad en Ecuador**

La Constitución del 2008 define a Ecuador como un Estado Constitucional de derechos y justicia lo que implica la superación de la construcción de estado social de derecho realizada por la Constitución de 1998, así como este lo fue del simple Estado soberano, el cual únicamente se caracterizaba por las prohibiciones y limitaciones al poder público estatal para de esta manera garantizar los derechos individuales; mientras que la finalidad del Estado

social de derecho es la satisfacción de los derechos sociales a través de obligaciones del poder público, este Estado se caracterizó por la discrecionalidad y la carencia de garantías para exigir las prestaciones que satisfagan los derechos sociales de los ecuatorianos, es un modelo estatal que reconoce los mismos pero no los garantiza. El Estado constitucional de derechos y justicia crea una construcción social de garantías que la constitución preordena para la protección de los derechos fundamentales (Zavala, 2011).

En este sentido, el numeral 2 del artículo 11 de la Constitución del 2008 reconoce el principio de igualdad y no discriminación, y prohíbe todo tipo de trato diferenciado, que tenga como objeto menoscabar el ejercicio de los derechos de las personas, por motivos de etnia, identidad cultural, edad, género, orientación sexual, religión, ideología, entre otros, así como también determina la obligación que tiene el estado de adoptar acciones afirmativas que promuevan la igualdad real (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008).

El artículo referido es claro y prohíbe la discriminación, por cualquiera de las razones invocadas, en todos los ámbitos de la vida cotidiana. Una de las principales causas de discriminación en el mercado laboral es la maternidad, es por ello que la Constitución determina que el Estado deberá garantizar a las mujeres embarazadas y durante el periodo de lactancia los siguientes derechos:

Art. 43.- 1) No ser discriminadas por su condición biológica en los ámbitos educativo, social y laboral.2) La gratuidad de los servicios de salud materna.3). La protección prioritaria y cuidado de su salud integral y de su vida durante el embarazo, parto y posparto; y; 4) Disponer de las facilidades necesarias para su recuperación después del embarazo y durante el periodo de lactancia (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

La Constitución reconoce a las mujeres embarazadas como un grupo de atención prioritaria por lo que el Estado tiene la obligación de garantizar su bienestar integral en todas las esferas sociales. Uno de los ámbitos más importantes en donde el poder público debe intervenir es en el mercado laboral ya que, como se vio en el capítulo anterior, los empleadores prescinden de la contratación de mujeres en estado de gestación por representar mayores costos laborales, así como también la maternidad implica una de las principales causas para la existencia de la brecha salarial entre hombres y mujeres. En la actualidad se

propende a eliminar la discriminación de las mujeres embarazadas en este ámbito por lo que el código del trabajo la protege de manera especial al reconocer derechos propios para las madres trabajadoras durante el embarazo, el periodo de maternidad y lactancia, los cuales se hace efectivos a través de obligaciones que se determinan para los empleadores.

Por otro lado, el artículo 69 de la Constitución consagra la corresponsabilidad entre los progenitores, a través de un equilibrio en el ámbito laboral y familiar de los hombres y las mujeres, es por ello que, en el Código de Trabajo se incorporó la licencia parental sin remuneración para el cuidado de los hijos (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008).

### **3.3.2. Derechos laborales derivados de la maternidad y paternidad contemplados en el Código del Trabajo de Ecuador**

La mujer embarazada que se encuentra en una relación laboral de dependencia con su empleador, es decir que presta sus servicios lícitos y personales por haber celebrado un contrato individual de trabajo, goza de protección especial por el ordenamiento jurídico durante su estado de gestación y un año posterior al parto. Este resguardo inicia con la presentación del certificado médico, emitido por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (en adelante IEES) que acredite el embarazo de la trabajadora, en otras palabras, el amparo a la mujer embarazada comienza cuando el empleador tiene certeza y conocimiento pleno de su estado.

Uno de los beneficios o derechos derivados de esa condición, es la licencia de maternidad. Según dispone el art. 152 del Código del Trabajo, la madre trabajadora tendrá derecho a la suspensión del contrato de trabajo por un periodo de doce semanas por el nacimiento de su hijo o hija, este permiso se extiende por diez días adicionales en el caso de nacimientos múltiples. La remuneración total de esta licencia está a cargo del empleador y del IEES; el empleador tiene la obligación de cancelar mensualmente el valor correspondiente al 25% del salario que percibe la trabajadora y el IEES a su vez deberá cubrir el 75% del salario a través de un subsidio en dinero. Es así, como se garantiza el derecho de la trabajadora a la recuperación del parto, el cuidado del recién nacido, las adecuadas condiciones económicas y su reincorporación al puesto de trabajo, por otro lado la trabajadora correlativamente tiene la

obligación de presentar el certificado médico, otorgado por el IESS para justificar su inasistencia, en el que deberá constar la fecha en la que se produjo el parto (Ecuador, Congreso Nacional, 2005).

Pero en conjunto con la madre, el padre también puede disfrutar de la licencia de paternidad. El progenitor masculino tendrá derecho a percibir este beneficio durante el periodo de diez días posteriores al nacimiento del menor si fuera parto normal y por quince días si fuere por cesárea. Esta licencia se extenderá ocho días más si el niño hubiere nacido prematuro o necesitare cuidados especiales. Ante el fallecimiento de la madre durante el parto o con posterioridad, el padre podrá disfrutar de la totalidad de la licencia art. 152 (Ecuador, Congreso Nacional, 2005).

También el ordenamiento jurídico ecuatoriano regula la licencia por adopción. El artículo 152 del Código del Trabajo, reconoce el derecho que tienen los trabajadores sin distinción de sexo, que hayan adoptado un niño o niña, para gozar de una licencia remunerada por el periodo de quince días. En este sentido desde nuestra consideración, se vulnera el principio de igualdad y no discriminación, porque no se confiere el mismo término para los padres biológicos que para los adoptantes, lo que también se extiende al menor adoptado, quien no podrá recibir los mismos cuidados en el tiempo que el menor nacido biológicamente de una pareja.

De gran importancia fue la reforma que realizó en el año 2016 la Ley Orgánica para la promoción del trabajo juvenil, regulación excepcional de la jornada de trabajo, cesantía y seguro de desempleo (2016) al Código del Trabajo, al incorporar un precepto innumerado al art. 152, regulando la licencia o permiso sin remuneración para el cuidado de los hijos. Esta licencia tiene el carácter de opcional y voluntaria por lo tanto no es remunerada y el plazo de duración podrá ser hasta por nueve meses, el tiempo que se haga uso de la misma se computará para efectos de la antigüedad de la trabajadora o del trabajador; y, además el régimen de seguridad social tiene la obligación de prestar atención médica.

Los trabajadores que hagan uso de este permiso no podrán ser despedidos intempestivamente por este acontecimiento, en caso contrario se considerará como despido ineficaz. La protección a la estabilidad laboral amparará al padre o madre de familia mientras

dure la licencia y se extenderá tras la reincorporación del trabajador a su puesto de trabajo. Los padres adoptivos también podrán hacer uso del permiso, en los mismos términos.

Otro de los derechos laborales derivados de la maternidad o paternidad en el Ecuador, es la llamada licencia con sueldo para el tratamiento médico de sus hijos. En este sentido, el art. 152 del Código del Trabajo establece que el padre y la madre tendrán derecho a una licencia remunerada de 25 días para dedicarse al cuidado y tratamiento de los hijos e hijas que padezcan una enfermedad terminal o degenerativa o que se encuentren hospitalizados a causa de patologías. Esta licencia podrá ser gozada en forma conjunta o alterna por el trabajador o por la trabajadora. Los progenitores que hagan uso de la misma tienen la obligación de justificar la inasistencia al trabajo mediante un certificado médico que acredite el cuadro clínico del menor, así como el respectivo certificado de hospitalización (Ecuador, Congreso Nacional, 2005).

Otro de los derechos reconocidos en el ordenamiento ecuatoriano, es el permiso de lactancia. El artículo 155 del Código del Trabajo, establece que la jornada laboral de la trabajadora lactante en los primeros doce meses después del alumbramiento será de seis horas, teniendo ello en consideración dos horas para los procesos de lactancia al menor. En tal virtud, se puede observar que la titularidad del derecho ostenta únicamente la madre, desconociendo los cambios de los modelos familiares y de la sociedad en general, lo que significa que en la actualidad la alimentación de los niños menores a un año no solo es a través de lactancia materna biológica, sino que esta ha sido reemplazada en gran manera y que no solamente existe el modelo tradicional de familia.

### **3.3.3. Protección a la mujer embarazada o asociada a su condición de maternidad**

El ordenamiento jurídico ecuatoriano en los últimos años se ha focalizado en eliminar la discriminación laboral de la mujer embarazada por lo que le ampara con estabilidad laboral absoluta durante su estado de gestación, mientras se encuentre en el periodo de maternidad y también en el curso de la licencia voluntaria sin remuneración para el cuidado de los hijos e hijas. Al tenor del artículo 153 del Código de Trabajo el empleador no podrá dar por terminado el contrato de trabajo de la mujer embarazada o reemplazarla definitivamente o

cambiarla de ocupación, salvo que incurra en las causales del artículo 172, en caso de producirse estos actos ilícitos la mujer tendrá derecho a solicitar al juez de la materia para que declare ineficaz el despido y por tanto disponga su reintegro inmediato al puesto de trabajo en las mismas condiciones en las que se encontraba antes de su desvinculación.

A partir del presente artículo se puede determinar que el alcance de la protección laboral a la mujer embarazada o asociada a su condición de maternidad es la prohibición de ser despedida intempestivamente, lo que conlleva el reconocimiento de un sistema de estabilidad laboral absoluta en donde toda terminación ilícita y arbitraria de la relación laboral por voluntad única del empleador se considerará nula y por lo tanto se debe garantizar el reintegro de la trabajadora asumiendo que la relación laboral nunca se interrumpió.

La Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar (2015) reformó el Código de Trabajo e incluyó la institución del despido ineficaz en el artículo 195.1 y la define como el despido intempestivo de trabajadoras embarazadas o durante las doce semanas posteriores al parto. La trabajadora en el término máximo de treinta días del hecho ilícito deberá deducir su acción ante el juez de trabajo, si la demanda es aceptada y se declara la ineficacia, se entenderá que la relación laboral no se ha interrumpido y el juez deberá ordenar el pago de las remuneraciones pendientes con el diez por ciento (10%) de recargo, por otro lado existe la posibilidad de que la trabajadora decida no continuar con la relación laboral aunque el juez haya declarado la ineficacia del despido, en este supuesto recibirá una indemnización equivalente a un año de la última remuneración además de la que le corresponde por despido intempestivo y en caso de que el empleador se negare a reincorporar a la trabajadora pese a que el juez aceptó la demanda podrá ser sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años (Ecuador, Congreso Nacional, 2005).

Se vislumbran dos problemáticas en cuanto al alcance del despido ineficaz de la trabajadora que se encuentra en estado de gestación o durante la suspensión de su contrato de trabajo por motivo de maternidad. En primer lugar el artículo 153 determina que la protección a la trabajadora yace en el reintegro inmediato a su puesto de trabajo y no contempla ninguna otra alternativa para extinguir la obligación del empleador, es decir la madre goza de estabilidad laboral absoluta; sin embargo, el artículo 195.3 contempla la posibilidad de que el

empleador se negare a mantener en sus funciones a la trabajadora aun cuando, el despido haya sido declarado como ineficaz.

En este caso podrá ser sancionado por el delito de incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente, lo que implica que la sanción penal tiene carácter de facultativo y no obligatorio, y, por otro lado, al contemplar la decisión de la madre de no continuar con la relación laboral a cambio del pago de una indemnización se reconoce un sistema de estabilidad laboral relativa y no absoluta como proclama el artículo 153. El Código prevé esta elección debido al trato discriminatorio y a las represalias de las que puede ser víctima la trabajadora una vez que sea reintegrada a su puesto de trabajo.

### **3.4. Aspectos que se deben considerar para promover la protección laboral reforzada y la conciliación laboral y familiar en Ecuador**

Toda propuesta para resolver un problema social no es tarea fácil. Es necesario tener en consideración las exigencias y formalidades legales, políticas, culturales, económicas, que en su conjunto justifican y validan la implementación de las medidas que se pueden aplicar. Teniendo en consideración, todos y cada uno de los problemas que se han analizado a lo largo de la presente investigación, se está en posición de establecer algunas ideas generales que pudieran garantizar la implementación de políticas que aseguren una protección laboral reforzada en el Ecuador como consecuencia de la condición de la maternidad y paternidad.

En este sentido, es claro que, tomando lo más acertado de la doctrina y la normativa que se ha analizado, se ha logrado reunir desde nuestra perspectiva lo más avanzado en torno a la garantía del principio laboral igualdad de trato entre hombres y mujeres. Lo anterior, a partir de la conciliación que puede lograrse en los entornos laboral, familiar y personal. Es así, que a partir de la implementación de medidas concretas, se lograría mejorar el entorno en el que se desarrollan las actividades de los miembros de la familia sin que para ello tengan que, mantenerse los roles tradicionales de género.

Cualquier acción debe erigirse como un conjunto de políticas y medidas que pueden ser adoptadas en el ámbito ecuatoriano, para proteger el entorno laboral o reforzarlo, de forma tal que a través de la conciliación de los ámbitos laboral, familiar y personal, se logre una

verdadera inserción e igualdad de derechos y oportunidades entre la mujer y el hombre. Teniendo en cuenta ello, es que estas acciones tendrán una aplicación en todo el territorio nacional.

Los beneficiarios de este conjunto de acciones, en un primer momento, serían las madres y padres trabajadores. Como quiera que, lo que se busca con la protección laboral reforzada a la maternidad muy bien pudiera también extenderse a la paternidad, y con ello la regulación de la conciliación ante las diferentes dificultades que pueden originarse para los trabajadores con responsabilidades familiares, es claro que lo que se intenta es garantizar en su máxima expresión el principio de igualdad de trato y no discriminación en el mercado laboral.

Por ello, al establecerse la posibilidad de que se puedan conciliar el conjunto de responsabilidades, deberes y derechos de las personas en estos entornos, garantizaría que tanto el padre como la madre ecuatoriana, pudieran ostentar un equilibrio entre las diferentes dificultades que enfrenta la familia actual, tales como el embarazo así como el cuidado y protección de hijos menores hubo otros miembros de la familia que necesitan especiales cuidados y las responsabilidades laborales.

Así mismo, a consideración de la investigadora también se beneficiaría el ordenamiento legal nacional. Al contar con un conjunto concreto de políticas y medidas de reforzamiento y protección en el ámbito laboral derivado de la maternidad y la paternidad, así como preceptos vinculados con la conciliación en estos entornos, indudablemente el sistema jurídico ecuatoriano, toda vez, que daría un paso más para lograr la efectiva garantía de la igualdad y no discriminación por razones del género, cuestión que aún es necesario continuar perfeccionando en el país.

Es necesario tener en consideración que con la promulgación de la Constitución del Ecuador del 2008, el país comenzó una etapa importante regida por los principios de un Estado constitucional de derechos y justicia social. Ello impone la obligación a los ciudadanos y al Estado principalmente, de garantizar sin ningún tipo de obstáculo el cumplimiento de los derechos consagrados en la norma suprema. Ello tributaria sin duda alguna, a lograr un Estado de mayor justicia en toda la sociedad ecuatoriana. Teniendo en consideración que la ley fundamental nacional reconoce un conglomerado de derechos que están se encuentran

estrechamente vinculados con la investigación, tales como: el acceso al trabajo, el bienestar integral de las mujeres embarazadas y de los niños y niñas, y especialmente prohíbe la discriminación por cualquier motivo, de modo que consagra el principio igualdad de trato y no discriminación en todos los entornos. Por consiguiente, es claro que ello se erige como el antecedente constitucional fundamental por medio del cual se puede justificar esta propuesta.

Como se ha podido evidenciar, en el Ecuador aún persisten las desigualdades de género tanto para la mujer como para el hombre en el entorno laboral y familiar, continúan existiendo las desigualdades en la posibilidad de acceder a mejores trabajos e iguales remuneraciones de la mujer con respecto al hombre, puesto que actualmente la mujer sigue siendo vista como la cuidadora de los miembros de la familia y protectora de hogar mientras que su contraparte continúa siendo reafirmada en la postura de proveedora de la familia. Con la propuesta que se plantea se intenta dar un paso más hacia la eliminación de estos roles tradicionales de género en el país, buscando la conciliación entre los intereses y dificultades que enfrentan los individuos tanto en el orden laboral como en el familiar, como sustento para desarrollar el principio de igualdad.

En este sentido, es claro que las disposiciones constitucionales, se encuentra en la cúspide de la pirámide jerárquica normativa. Ello implica que, cada una de las autoridades nacionales, tiene la obligación de fundamentar sus actos en los derechos e instituciones contenidas en la Constitución. Así, también se les impone a los gobernantes de todos los niveles, adoptar las decisiones pertinentes para asegurar que cada uno de los derechos y mandatos establecidos en la Constitución, sean garantizados en la realidad nacional.

Los derechos constitucionales tienen como finalidad la garantía de una vida digna para los ciudadanos. Cada uno de ellos obedece a una máxima de asegurar que, cada persona sin ningún tipo de discriminación o criterio alterno, pueda ejercer un conjunto de prerrogativas y disfrutar de los beneficios que derivan de su condición humana. De esta forma, los textos constitucionales contemporáneos, se han visto en la necesidad de reconocer derechos particulares a grupos de individuos que por su condición especial de vulnerabilidad, necesitan de un tratamiento especial.

Ahora, teniendo en consideración las problemáticas que han sido analizadas en torno a la deficiente protección laboral reforzada derivada de la paternidad en el Ecuador, así como la carencia de políticas de conciliación en el ámbito laboral, familiar y personal, se hace necesario proponer un conjunto de medidas y acciones que tributen a la garantía de éstas.

Las políticas que podrían implementarse en el Ecuador para garantizar la protección laboral reforzada a partir de la conciliación en los entornos referidos previamente, pueden darse en diversos órdenes tal y como a continuación se presenta:

En primer lugar, es necesaria la existencia de flexibilidad del horario de trabajo, esto implica que si el hombre o la mujer se enfrentan a una situación como el embarazo, nacimiento del bebé o periodo de lactancia, puedan disfrutar de una normativa jurídica que le garantice dedicarse al cuidado y protección de su descendencia. Es necesario que tanto la madre trabajadora o el padre, tengan como derecho individual, reconocido en el Código del Trabajo, a la reducción de su horario diario, para poder dedicarse a las tareas de cuidado de la descendencia en el primer año de vida. También debe possibilitarse que los trabajadores puedan destinar parte de su horario laboral a realizar otro tipo de actividades como presentación y recogida de sus hijos en las escuelas, tiempo destinado a comidas, actividades de disfrute, todo lo cual tributa igualmente al interés superior del menor.

Segundo, es necesario que exista la posibilidad de reconocerse la continuidad de la jornada laboral, esto implica que la jornada laboral diaria de ocho horas, previo consideración del empleador y los trabajadores, se pueden establecer jornadas prolongadas en las que las personas deben trabajar de forma incesante por un periodo de tiempo en la semana para disfrutar posteriormente de otras jornadas libres que puedan dedicar a la realización y cumplimiento de responsabilidades familiares.

En tercer lugar, se debe prever la planificación de las vacaciones anuales y que no sea el empleador quien determina en base a la cantidad de horas trabajadas durante el período, el otorgamiento de las vacaciones en las fechas que no siempre responden a los intereses del trabajador o la trabajadora. De esta forma, debe reconocerse la posibilidad tanto al padre como a la madre de decidir, siempre con el cumplimiento previo del tiempo establecido por la

normativa ecuatoriana las fechas en las que puede disfrutar de sus vacaciones, esto le ofrecería mayor flexibilidad y garantía ante el cuidado y prestación de servicios de atención a sus hijos.

De la misma manera, se puede reconocer un horario de trabajo comprimido, esta medida permitiría que, previo acuerdo entre el empleador y el trabajador, este último pueda laborar por más horas de las establecidas para una jornada, garantizándole la posibilidad de reducir en otros momentos su tiempo de trabajo, pudiéndolo destinar al cuidado y a la protección de su descendencia. Lo que se haría es acumular horas laborales, de forma tal que le exima al trabajador la necesidad de hacerlo en otros momentos. Es necesario recalcar, que lo anterior debe ser planificado y organizado en atención a la actividad que se realiza en cada ámbito laboral.

Otra estrategia de conciliación es el empleo de las Tecnologías de la información y comunicación (TICS). En general, éstas constituyen actualmente una necesidad de todas las empresas y de manera particular puede usarse para lograr el equilibrio en el entorno laboral y familiar, toda vez, que muchas funciones de las que realizan los trabajadores no necesitan su presencia física en la empresa, pudiendo realizarse a través de modalidades como el teletrabajo, la videoconferencia e incluso la metodología e-learning. Ello posibilitaría que, en muchas profesiones, la madre y padre trabajador puedan realizar sus funciones desde el hogar y a la vez dedicarse al cuidado de su descendencia.

Así mismo, la ampliación de las licencias de maternidad y paternidad, constituyen un pilar fundamental para la efectiva conciliación de la vida familiar y laboral, lo anterior se refiere a la diferencia sustancial entre la licencia de maternidad y paternidad. En un primer momento, sería necesario equiparar los tiempos concedidos tanto a la madre como el padre ante este hecho, como garantía para el principio de igualdad, de modo que tanto el padre como la madre puedan participar efectivamente en el cuidado de sus descendientes, durante sus primeros días de vida. Del mismo modo, como se ha establecido previamente, la reducción de la jornada laboral por lactancia, ya sea deslindado de su origen biológico que es la lactancia natural, por tanto es necesario que se reconozca esto como un derecho laboral individual de los progenitores, más no como un derecho propio de la madre trabajadora.

Así también, otra medida es la implantación de centros infantiles en los establecimientos laborales, esta es una medida de gran relevancia y que se reconoce por el Código del Trabajo pero que igualmente no se cumplen en Ecuador, e implica el establecimiento, dentro del propio sector laboral, de guarderías encargadas de garantizar y proteger a los descendientes menores de los trabajadores. Así las cosas, se puede determinar que esta medida no se cumple ya que implica que el empleador incurra en mayores gastos, por lo que es necesario que el Estado ecuatoriano sea el encargado de crear centros infantiles en las empresas empleadoras, tomando en consideración el número de trabajadores con los que cuenta cada una. Lo anterior facilitaría la posibilidad a los empleados y empleadores, de no tener que reducir las jornadas laborales ni extender las licencias o permiso de maternidad y paternidad, pues en el propio centro donde trabaja la madre o el padre, estaría su descendiente, y la cercanía le propiciaría mayor accesibilidad y facilidad para darle la atención necesaria, especialmente las relacionadas con la lactancia.

Otra política para la conciliación es el apoyo financiero del empleador. Una medida que puede ser considerada es que, ante el nacimiento y periodo de lactancia de un trabajador, el empleador garantice la ayuda financiera para que, en lugar de la madre y padre, el cuidado y atención al menor sea realizado por otro individuo que se encuentre capacitado y debidamente autorizado para realizar esta función. De esta forma el empleador conservaría a la persona laborando y por ende tributándole a la empresa, y el trabajador podría seguir haciéndolo y percibiendo la remuneración, sin tener que pagar porque alguien le preste los debidos cuidados a su descendencia.

Finalmente, es menester la capacitación sobre la conciliación laboral y familiar tanto los trabajadores como a los empleadores, toda vez que, para la adopción y ejercicio de las medidas desarrolladas previamente, es necesario que exista una cultura sobre el tema, y por consiguiente que se entienda que a las responsabilidades familiares como una obligación de ambos padres y no solo de la mujer. Es así como, a través de un programa de sensibilización se lograría comprender por parte de todos los involucrados, la necesidad, así como los beneficios de adoptar decisiones de este tipo.

Este conjunto de medidas proveen el espacio suficiente para proteger laboralmente y reforzar las garantías en este entorno aquellos trabajadores que se enfrenten al fenómeno de la maternidad o la paternidad. Es necesario concebir las con necesidad y pertinencia, e incluirse en el ordenamiento jurídico ecuatoriano a partir del análisis de los beneficios que han sido expuestos a lo largo de la investigación y que sin duda alguna garantizan un mejoramiento o en el principio de igualdad entre el hombre y la mujer. Sin duda alguna es necesario comprender, que la conciliación laboral, familiar y laboral favorece tanto al empleador como el trabajador, siendo necesario concientizar sobre esta realidad, sólo así lograremos en el Ecuador una verdadera igualdad de género y protección laboral reforzada derivada de la maternidad y del hombre de todos los ciudadanos.

## CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Del presente trabajo de investigación se concluye y se recomienda lo siguiente:

- El principio de estabilidad laboral ofrece seguridad a los trabajadores en la relación laboral. La garantía de permanencia que presupone dicha categoría ofrece al empleado, la posibilidad de ejercitar determinados derechos, principalmente los derivados de la filiación, así como las responsabilidades que ésta genera, con la certeza de que, conservan su puesto de trabajo.

Aunque los ordenamientos jurídicos reconocen dicho principio, de una u otra forma, lo ideal sería que las leyes laborales de cada nación, ofrezcan un lugar relevante para el mismo, de forma tal que el trabajador ante las diversas situaciones que pueden presentársele como son, la maternidad y la paternidad puedan cumplir con las exigencias de la corresponsabilidad parental para con su descendencia, y a la vez, sostener su trabajo.

- Como parte de los principios rectores del Derecho laboral, la igualdad de trato y no discriminación se erige como uno de los más relevantes. Es así que, las políticas destinadas a lograr la materialización de este principio en el entorno del trabajo, constituyen un reto de las sociedades contemporáneas.

En este sentido, es pertinente que para lograr un efectivo goce de dicho principio, se establezcan normas laborales que garanticen de forma adecuada, el reparto equitativo de las responsabilidades familiares y personales entre los hombres y las mujeres y por tanto un régimen de corresponsabilidad parental, de modo que los trabajadores en general gocen de igualdad de oportunidades en el ámbito laboral.

- Existe la necesidad de armonizar los derechos y responsabilidades que se originan en la filiación, con las actividades laborales, en este sentido la conciliación de los entornos laboral y familiar, constituye un mecanismo de especial relevancia.

Es por este motivo, necesario que el ordenamiento jurídico ecuatoriano reconozca las licencias de maternidad y paternidad o parental; aquellas para evitar riesgos de salud en el periodo de gestación; la licencia por adopción, para la prestación de servicios y cuidados por periodos extensos de tiempo; las exenciones fiscales y tributarias; la ayuda crediticia para el cuidado de hijos por terceros; el establecimiento de horarios y jornadas flexibles, para los trabajadores con responsabilidades familiares, de modo que puedan cumplir con su tarea de cuidar a su descendencia y a la vez, laborar.

- Se ha podido concluir que efectivamente, otros ordenamientos jurídicos y el Derecho Internacional, se ha preocupado por igualar la condición de mujer trabajadora a la del hombre. En este sentido, instrumentos internacionales han sido aprobados para buscar igualdad de remuneración, trato igualitario, prohibición de discriminación, atención a la maternidad, ayuda a los trabajadores con responsabilidades dentro de la familia, los que se unen para dotar a las naciones, de un sustento jurídico internacional basto. La protección a la maternidad y la garantía de no discriminación por este motivo ha trascendido a un nivel que propende a que, no solamente, sea la mujer la encargada del cuidado de los dependientes, sino que también el hombre sea participe en el cumplimiento de las responsabilidades familiares.

En base a ello, es necesario que Ecuador incluya dentro de su legislación laboral, la conciliación en los entornos familiar y laboral, garantizando con ello el cumplimiento tanto de la madre como del padre, de los derechos y obligaciones que tienen en estos ámbitos y por consiguiente la eliminación de todo trato discriminatorio a la mujer por su condición de madre.

- Ecuador, aunque ha ratificado varios instrumentos internacionales relacionados con la igualdad y no discriminación de la mujer trabajadora, en la realidad no se ha logrado mucho, toda vez que la corresponsabilidad parental no se ha instituido en el país, por lo tanto, aun cuando, la mujer ha sido incluida en el mercado laboral, sigue siendo relegada al cumplimiento de responsabilidades familiares, y del mismo modo el hombre sigue siendo considerado proveedor, razón por la cual no participa de manera efectiva en cuidado de los hijos. En este sentido, aunque se han reconocido derechos derivados de la maternidad a favor de las trabajadoras, y el consecuente encarecimiento del despido cuando se encuentran en estado de gestación, esto únicamente les ha permitido conciliar su doble función productiva y reproductiva, y en muchas oportunidades ha servido para limitar su contratación laboral, es decir no se evidencia la materialización del principio igualdad de trato y no discriminación, en las relaciones laborales, ni para los hombres ni para las mujeres.

A partir de ello, es indiscutible la necesidad de incorporar políticas nacionales de conciliación de la vida familiar y laboral, de los trabajadores con responsabilidades familiares, en general, de forma tal que se logre armonizar de mejor forma los derechos y responsabilidades de la madre y padre con respecto al trabajo. Solo así, se lograría de forma importante, la tan ansiada igualdad material en el cumplimiento de las obligaciones para con la familia y con el trabajo, tanto del hombre como de la mujer.

## BIBLIOGRAFÍA

- Acuña, M. (2013). El principio de corresponsabilidad parental. *Revista de Derecho. Universidad Católica del Norte*, 20(2), 21-59.
- Aguiló, J. (2010). *Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la Constitución. El Canon Neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Alcañiz, M. (2013). Estrategias de conciliación y segmentación social: la doble desigualdad. *Sociología. Problemas e prácticas*(73), 35-58.
- Alcañiz, M. (2014). *La conciliación de la vida laboral y familiar en la Universitat Jaume I*. Castelló de la Plana: Universitat Jaume I.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Astudillo, P. (2017). *Guía para la intervención en conciliación trabajo-familia*. Santiago de Chile: Instituto de Salud Pública.
- Ávila, R. F. (2011). *El neoconstitucionalismo transformador: el Estado y el Derecho en la Constitución de 2008*. Quito: Abya Yala/Universidad Politécnica Salesiana/Universidad Andina Simón Bolívar/Fundación Rosa Luxemburg.
- Barroso, F. (2015). *La conciliación de la vida familiar, laboral y personal: Un enfoque multidisciplinar*. Logroño: Universidad de La Rioja.
- Caamaño, E. (2010). Mujer y trabajo: origen y ocaso del modelo del padre proveedor y la madre cuidadora. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*(34), 179-209.
- Cabanellas, G. (1989). *Tratado de Derecho Laboral*. Buenos Aires: Heliasta S.R.L.

- Cabeza, J. (2012). La discriminación retributiva por razón de sexo como paradigma de discriminación sistémica. *Lan Harremanak*(25), 79-98.
- Carrasco, C., Borderías, C., & Torns, T. (2011). *El trabajo de cuidados. Historia, teoría y políticas*. Madrid: Catarata.
- Colombia, Asamblea Nacional Constituyente. (13 de 06 de 1991). *Constitución Política*. Obtenido de Gaceta Constitucional No. 116: <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/Constitucion-Politica-Colombia-1991.pdf>.
- Colombia, Congreso. (05 de 08 de 1950). *Código Sustantivo del Trabajo* . Obtenido de Diario Oficial 27622: <http://www.mintrabajo.gov.co/normatividad/leyes-y-decretos-ley/codigo-sustantivo-del-trabajo>.
- Colombia, Congreso. (08 de 11 de 2006). *Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley No. 1098)*. Obtenido de <https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/codigoinfancialey1098.pdf>.
- Colombia, Corte Constitucional, Expediente D-1606 (Sentencia C-470/97 25 de 09 de 1997).
- Colombia, Corte Constitucional, Expediente T-2.361.117 (Sentencia SU070/13 13 de 02 de 2013).
- Colombia, Corte Constitucional, Expedientes T-4031539, T-4033418, T-4033839, T-4035749, T-4043423, T-4044178, T-4045089, T-4032850, T-4032700 (Sentencia No. T-041/14 31 de 01 de 2014).
- Colombia, Corte Constitucional, Expediente D-11474 (Sentencia C-005/17 18 de 01 de 2017).
- Colombia, DANE. (2017). *Gran Encuesta Integrada de Hogares - GEIH - 2016*. Bogotá: Departamento Administrativo Nacional de Estadística.
- Cook, R., & Cusak, S. (2009). *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*. (A. Parra, Trad.) Pennsylvania: University of Pennsylvania.
- De la Cueva, M. (1980). *El nuevo derecho mexicano del trabajo* (6ª ed.). México: Porrúa.

Despido Intempestivo, Juicio No. 43-2008 (Corte Nacional de Justicia. Sala de lo laboral de Ecuador 14 de marzo de 2012).

Ecuador INEC. (2018). *Discriminación salarial por género en el sector formal en Ecuador usando registros administrativos*. Quito: INEC.

Ecuador, Asamblea Constituyente. (20 de 10 de 2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Recuperado el 15 de 01 de 2017, de Registro Oficial No. 449: [http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion\\_de\\_bolsillo.pdf](http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf).

Ecuador, Asamblea Nacional. (12 de 05 de 2015). *Código Orgánico General de Procesos*. Obtenido de Registro Oficial Suplemento No. 506: <http://www.funcionjudicial.gob.ec/pdf/CODIGO%20ORGANICO%20GENERAL%20DE%20PROCESOS.pdf>.

Ecuador, Asamblea Nacional. (14 de 04 de 2015). *Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar*. Obtenido de Registro Oficial, Tercer Suplemento, No. 483: <http://www.trabajo.gob.ec/wp-content/uploads/2015/03/LEY-ORGANICA-PARA-LA-JUSTICIA-LABORAL-Y-RECONOCIMIENTO-DEL-TRABAJO-EN-EL-HOGAR.pdf>.

Ecuador, Asamblea Nacional. (28 de 03 de 2016). *Ley Orgánica para la Promoción del Trabajo Juvenil, Regulación excepcional de la Jornada de Trabajo, Cesantía y Seguro de Desempleo*. Obtenido de Gaceta Oficial, Suplemento, No. 720: [https://oig.cepal.org/sites/default/files/2016\\_ecu.pdf](https://oig.cepal.org/sites/default/files/2016_ecu.pdf).

Ecuador, Congreso Nacional. (24 de 03 de 2004). *Ley de Casación*. Obtenido de Registro Oficial, Suplemento, No. 299: [https://www.aduana.gob.ec/files/pro/leg/tra/2016/mar/a2\\_Ley\\_Casacion.pdf](https://www.aduana.gob.ec/files/pro/leg/tra/2016/mar/a2_Ley_Casacion.pdf).

Ecuador, Congreso Nacional. (18 de 10 de 2005). *Código del Trabajo*. Obtenido de Registro Oficial Suplemento No. 167: [http://cnel.gob.ec/lotaip/links\\_a2/codigo\\_trabajo.pdf](http://cnel.gob.ec/lotaip/links_a2/codigo_trabajo.pdf).

Ecuador, Corte Constitucional, Casos Nos. 000S-0S-IC y 0009-0S-IC (Sentencia Interpretativa No. 002-08-SI-CC 10 de 12 de 2008).

Ecuador, Corte Constitucional, Caso No. 0331-12-EP (Sentencia No. 064-15-SEP-CC 11 de 03 de 2015).

Ecuador, Corte Constitucional, Caso No. 0858-10-EP (Sentencia No. 122-16-SEP-CC 20 de 04 de 2016).

Ecuador, Corte Constitucional, Caso No. 1086-104-EP (Sentencia No. 017-17-SEP-CC 18 de 01 de 2017).

Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Juicio No. 43-2008 (Resolución 14 de 03 de 2012).

España, Corte Generales. (14 de 12 de 2006). *Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situaciones de dependencia*. Obtenido de Boletín Oficial del Estado núm. 299: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-21990-consolidado.pdf>.

España, Cortes Generales. (22 de 03 de 2007). *Ley Orgánica núm. 3 para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*. Obtenido de Boletín Oficial del Estado núm. 71: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2007/BOE-A-2007-6115-consolidado.pdf>.

España, INE. (2018). *Encuesta Anual de Estructura Salarial*. Madrid: Instituto Nacional de Estadística.

España, Las Cortes. (31 de 10 de 1978). *Constitución española*. Obtenido de Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado: <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>.

España, MESS. (23 de 10 de 2015). *Ley del Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo núm. 2)*. Obtenido de Boletín Oficial del Estado núm. 255 (Ministerio de Empleo y Seguridad Social): <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-11430-consolidado.pdf>.

España, MESS. (30 de 10 de 2015). *Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo núm. 8)*. Obtenido de Boletín Oficial del Estado núm. 261 (Ministerio de Empleo y Seguridad Social): <https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-11724-consolidado.pdf>.

- España, MTAS. (20 de 04 de 2007). *Real Decreto núm. 504 por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia*. Obtenido de Boletín Oficial del Estado núm. 96 (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales): <https://www.boe.es/boe/dias/2007/04/21/pdfs/A17646-17685.pdf>.
- España, Tribunal Constitucional, Caso No. 44/1982 (Sentencia No. 75 03 de 08 de 1983).
- España, Tribunal Constitucional, Caso No. 154-2008 (Sentencia No. 72 08 de 04 de 2013).
- Felstead, A., Jewson, N., Phizacklea, A., & Walters, S. (2002). Oportunidades para trabajar en casa en el contexto del equilibrio trabajo-vida. *Human Resource Management Journal*, 12(1), 55-76.
- FSE. (2012). *La conciliación de la vida laboral, familiar y personal: una estrategia de cambio social*. Obtenido de <http://www.fundacionmujeres.es/img/Document/3283/documento.pdf>.
- Gatti, Á. (2015). *Derecho del Trabajo. Manual de las relaciones individuales*. Buenos Aires: B. de F.
- Herraiz, M. d. (2008). *El Despido Nulo: Causas y Efectos (A propósito de la Jurisprudencia)*. Navarra: Arazandi.
- Hewlett, S. A., Sherbin, L., & Forster, D. (2010). Caminos de salida y de entrada: Mantener a las mujeres con talento en el camino al éxito. *Harvard Business Review*, 88(6), 25-52.
- Lathrop, F. (2009). Custodia Compartida y corresponsabilidad parental. Aproximaciones jurídicas y sociológicas. *Diario La Ley*(7206), 1-56.
- López, R. (2011). Recientes criterios legislativos y jurisprudenciales sobre la custodia compartida. En R. Rodríguez, *Experiencias jurídicas e indentidades femeninas* (págs. 270-306). Madrid: Dykinson.
- Loscertales, F. (2011). La construcción social del género. En R. Mancinas, *La mujer en el espejo mediático: sexo, género y comunicación* (págs. 7-26). Sevilla: Asociación Universitaria Comunicación y Cultura.

- Marín, F. J. (2015). La estabilidad laboral: aspectos y procedimientos en la LOTTT. *Cuestiones Jurídicas*, IX(2), 11-27.
- Martín, P. (2009). La cuestión de la conciliación en España. En M. d. Martínez, *Género y conciliación de la vida familiar y laboral. Un análisis psicosocial* (págs. 45-76). Murcia: Universidad de Murcia.
- Meik, M. (2010). El derecho fundamental al trabajo y la protección contra el despido arbitrario (Nulidad y reincorporación). En L. E. Ramírez, *Relaciones laborales. Una visión unificadora* (págs. 285-324). Buenos Aires: B. de F.
- Molina, O. (2013). Controbutción del Derecho europeo a la lucha contra la discriminación retributiva: su especial incidencia en el caso español. *European Scientific Journal*, 9(1), 262-283.
- Montoya, A. (2016). *Guía para la incorporación de la perspectiva de género en la defensa de las mujeres indiciadas*. México: Universidad Autónoma de México.
- Nogueira, M. (2011). El principio de igualdad y no discriminación en las relaciones laborales: perspectiva constitucional reciente. *Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales*(25), 19-52.
- OIT. (29 de 06 de 1951). *Convencio 100 sobre igualdad de remuneración*. Obtenido de Adoptado en Ginebra. 34<sup>a</sup> reunión CIT: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C100](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C100).
- OIT. (29 de 06 de 1951). *Convenio No. 100 sobre guarda de remuneración*. Obtenido de Adoptado en Ginebra. 34<sup>a</sup> reunión CIT: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312245:NO](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312245:NO).
- OIT. (28 de 06 de 1952). *Convencio núm 103 sobre la protección de la maternidad*. Obtenido de Adoptado en Ginebra. 35<sup>a</sup> reunión CIT:

[https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C103](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C103).

OIT. (25 de 06 de 1958). *Convenio 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación)*. Obtenido de Adoptado en Ginebra. 42ª reunión CIT: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C111](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C111).

OIT. (25 de 06 de 1958). *Convenio No. 111 sus sobre la discriminación (empleo y ocupación)*. Obtenido de Adoptado en Ginebra. 42ª reunión CIT: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C111](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C111).

OIT. (23 de 06 de 1981). *Convenio 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares*. Obtenido de Adoptado en Ginebra. 67ª reunión CIT : [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:::NO:12100:P12100\\_ILO\\_CODE:C156:NO](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C156:NO).

OIT. (23 de 06 de 1981). *Convenio No. 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares*. Obtenido de Adoptado en Ginebra. 67ª reunión CIT: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C156](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C156).

OIT. (23 de 06 de 1981). *Recomendación núm. 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares*. Obtenido de Adoptada en Ginebra. 67ª reunión CIT: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:R165](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R165).

OIT. (15 de 06 de 2000). *Convenio 183 sobre la protección de la maternidad*. Obtenido de Adoptado en Ginebra. 88ª reunión CIT: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:::NO:12100:P12100\\_ILO\\_CODE:C183:NO](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:::NO:12100:P12100_ILO_CODE:C183:NO).

OIT. (2006). *Promoviendo la Igualdad de Género. Convenios de la OIT y los derechos laborales de las mujeres*. Ginebra: OIT.

- OIT. (11 de 2011). *Conciliación el trabajo y la vida familiar*. Obtenido de Ginebra. 312.<sup>a</sup> reunión: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_163643.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_163643.pdf).
- OIT. (2014). *La maternidad y la paternidad en el trabajo. La legislación y la práctica en el mundo*. Ginebra: ILO.
- OIT. (2018). *La brecha salarial en América Latina*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.
- OIT. (2018). *World Employment AND Social Outlook: Trends 2018*. Ginebra: OIT.
- OIT-PNUD. (2009). *Trabajo y familia: hacia nueva forma de conciliación con corresponsabilidad social*. Santiago de Chile: OIT-PNUD.
- Olavarría, J. (2000). De la identidad a la política: masculinidades y políticas públicas. Auge y ocaso de la familia nuclear patriarcal en el siglo XX. En J. Olavarría, & R. Parrini, *Masculinidad/es. Identidad, sexualidad y familia. Primer Encuentro de Estudios de Masculinidad* (págs. 11-28). Santiago de Chile: FLACSO Chile/Universidad Academia de Humanismo Cristiano/Red de Masculinidad.
- ONU, Asamblea General. (10 de 12 de 1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Obtenido de Adoptada y proclamada en su resolución 217 A (III): [https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/spn.pdf](https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf).
- ONU, Asamblea General. (16 de 12 de 1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Obtenido de Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión en su resolución 2200 A (XXI): <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>.
- ONU, Asamblea General. (18 de 12 de 1979). *Convención sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer*. Obtenido de Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, en su resolución 34/180: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>.

- ONU, Asamblea General. (18 de 12 de 1979). *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. Obtenido de Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión en su resolución 34/180: [https://www.unicef.org/panama/spanish/MujeresCo\\_web.pdf](https://www.unicef.org/panama/spanish/MujeresCo_web.pdf).
- OUA, Asamblea. (27 de 07 de 1981). *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul)*. Obtenido de Aprobada durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana (OUA), Nairobi: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1297.pdf?view=1>.
- Pabón, A. P., & Aguirre, J. (2009). La protección jurisprudencial a la maternidad en Colombia. *Diálogos de Saberes: investigaciones y ciencias sociales*(31), 263-282.
- Palomeque, M. C., & Álvarez, J. M. (2014). *Derecho del Trabajo* (22ª ed.). Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- Pérez, B. (1983). *Derecho del trabajo*. Buenos Aires: Depalma.
- Pérez, J. (2004). *Estabilidad en el empleo*. Madrid: Trotta.
- Pons, E. (2015). *Igualdad retributiva y garantías contra la discriminación por razón de género: Una aproximación constitucional*. Madrid: Bomarzo.
- Quito, Concejo Metropolitano. (10 de 05 de 2001). *Ordenanza No. 051 sobre Discapacidades*. Obtenido de [http://www7.quito.gob.ec/mdmq\\_ordenanzas/Ordenanzas/ORDENANZAS%20A%C3%91OS%20ANTERIORES/ORDM-051%20-%20DISCAPACIDADES.pdf](http://www7.quito.gob.ec/mdmq_ordenanzas/Ordenanzas/ORDENANZAS%20A%C3%91OS%20ANTERIORES/ORDM-051%20-%20DISCAPACIDADES.pdf).
- Rivas, A. M., & Rodríguez, M. J. (2008). *Mujeres y hombres en conflicto. Trabajo, familia y desigualdades de género*. Madrid: Hoac.
- Rivero, Á. (2005). *Conciliación de la vida familiar y laboral: situación actual, necesidades y demandas*. Madrid: Instituto de la Mujer.
- Robalino, I. (2006). *Manual de Derecho del Trabajo*. Quito: Fundación Antonio Quevedo.

- Rojas, A. (2003). Fuero de Maternidad. Garantía a la estabilidad laboral. *Revista de Derecho*(19), 126-141.
- Sánchez, M. E., Cegarra, D., & Cegarra, J. G. (2014). *Conciliación en la PYME: Una ventaja competitiva*. Obtenido de [http://ajuntament.barcelona.cat/tempsicures/sites/default/files/guia\\_conciliacion\\_en\\_pymes.pdf](http://ajuntament.barcelona.cat/tempsicures/sites/default/files/guia_conciliacion_en_pymes.pdf).
- Sotelo, I. (2010). *El estado social: antecedentes, origen, desarrollo y declive*. Madrid: Trotta.
- Steuding, H. (2005). *Mitología griega y romana*. Buenos Aires: Quadrata.
- TJUE, C-104/09 (Sentencia (Tribunal de Justicia de la Unión Europea Sala Segunda) 30 de 09 de 2010).
- Trujillo, F. (2015). *Previsiones en materia de igualdad de género en la negociación colectiva empresarial (2007/2015)*. León: Asociación Española de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.
- Trujillo, J. C. (2008). *Derecho del Trabajo* (2ª ed., Vol. I). Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
- UE, Consejo. (09 de 02 de 1976). *Directiva 76/207/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de .* Obtenido de Consejo Unión Europea: <http://civil.udg.es/epclp/texts/es/76-207.htm>.
- UNICEF. (31 de 08 de 2018). *Día Internacional de la Alfabetización, 8 de septiembre de 2018*. Obtenido de <https://es.unesco.org/news/dia-internacional-alfabetizacion-8-septiembre-2018>.
- Vásquez, J. (2007). *Derecho laboral práctico y el Juicio Oral*. Quito: Cevallos Editora Jurídica.
- Zavala, J. (2011). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Guayaquil: Edilex S.A.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

DECLARACIÓN y AUTORIZACIÓN

Yo, GISSELA VALERIA USHIÑA PARDO C.I. 172419337-8 autora del trabajo de graduación titulado: “Protección laboral reforzada derivada de la maternidad y su extensión al padre”, previa a la obtención del título profesional de ABOGADA en la Facultad de Jurisprudencia:

- 1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.
- 2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de Universidad.

Quito, 01 de marzo de 2019



Gissela Valeria Ushiña Pardo  
C.I. 172419337-8


**REPÚBLICA DEL ECUADOR**  
 DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL,  
 IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN

CÉDULA DE CIUDADANÍA  
 APELLIDOS Y NOMBRES  
 USHINA PARDO  
 GISSELA VALERIA  
 LUGAR DE NACIMIENTO  
 PICHINCHA  
 QUITO  
 CHIMBACALLE  
 FECHA DE NACIMIENTO 1995-09-03  
 NACIONALIDAD ECUATORIANA  
 SEXO MUJER  
 ESTADO CIVIL SOLTERO

No. 172419337-8




INSTRUCCIÓN SUPERIOR  
 APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE  
 USHIÑA CADENA SEGUNDO MANUEL  
 APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE  
 PARDO CARRILLO NIEVES TERESA  
 LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN  
 QUITO  
 2018-12-04  
 FECHA DE EXPIRACIÓN  
 2028-12-04

PROFESIÓN / OCUPACIÓN  
 ESTUDIANTE

V3343V2442


 001834847


 DIRECTOR GENERAL


 FIRMA DEL CEDULADO




**REPÚBLICA DEL ECUADOR**  
 CERTIFICADO DE VOTACIÓN, DUPLICADO,  
 EXENCIÓN O PAGO DE MULTA

Consulta Popular y Referéndum 2018  
 172419337-8 010 - 0326

USHIÑA PARDO GISSELA VALERIA  
 PICHINCHA QUITO  
 PUENGASI PUENGASI  
 USE: 0

DELEGACION PROVINCIAL DE PICHINCHA - 02010  
 5931857 14/09/2018 13:04:27  
IMP. IGM. 08-18 04