



INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES
LA UNIVERSIDAD DE POSGRADO DEL ESTADO

REPÚBLICA DEL ECUADOR

INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES
LA UNIVERSIDAD DE POSGRADOS DEL ESTADO

Maestría en Derecho con mención en Estudios Judiciales

ARTÍCULO CIENTÍFICO:

**PROTECCIÓN A MUJERES EMBARAZADAS CONTRATADAS
POR SERVICIOS OCASIONALES AL AMPARO DE LA LOSEP
DURANTE LOS AÑOS 2014 Y 2015 EN LAS PROVINCIAS DE
LOJA Y ZAMORA CHINCHIPE**

Autor: Yorcky Anatoly Calva Suárez
Director: Dra. Sorily Carolina Figuera Vargas

Quito, Noviembre de 2017



INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES
LA UNIVERSIDAD DE POSGRADO DEL ESTADO

SECRETARÍA
GENERAL

No.171- 2017.

ACTA DE GRADO

En la ciudad de Quito, a los quince día del mes de diciembre del año dos mil diecisiete, **YORKY ANATOLY CALVA SUÁREZ**, portador de la cédula de ciudadanía: 1104441264, **EGRESADO DE LA MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN ESTUDIOS JUDICIALES 2016-2018**, se presentó a la exposición y defensa oral de su Artículo Científico, con el tema: **“PROTECCIÓN A MUJERES EMBARAZADAS CONTRATADAS POR SERVICIOS OCACIONALES AL AMPARO DE LA LOSEP DURANTE LOS AÑOS 2014 Y 2015 EN LAS PROVINCIAS DE LOJA Y ZAMORA CHINCHIPE”**, dando así cumplimiento al requisito, previo a la obtención del título de **MAGÍSTER EN DERECHO CON MENCIÓN EN ESTUDIOS JUDICIALES**.

Habiendo obtenido las siguientes notas:

| | |
|------------------------------|------|
| Promedio Académico: | 9.21 |
| Artículo científico escrito: | 8.50 |
| Artículo científico oral: | 7.50 |

Nota Final Promedio: 8.60

En consecuencia, **YORKY ANATOLY CALVA SUÁREZ**, se ha hecho acreedor al título mencionado.

Para constancia firman:

Dr. Antonio Salamanca
MIEMBRO

Mgs. Emiliano Mosquera
MIEMBRO

Abg. José Luis Jaramillo
Director de Secretaría General

INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES
LA UNIVERSIDAD DE POSGRADO DEL ESTADO

SECRETARÍA
GENERAL

Av. Río Amazonas N37 - 271 y Villalengua | Quito - Ecuador | Telf. (+593 2) 382-9900 | www.iaen.edu.ec

De conformidad con la facultad
prevista en el estatuto del IAEN
CERTIFICO que la presente es fiel
copia del original

INSTITUTO
DE ALTOS ESTUDIOS
NACIONALES
LA UNIVERSIDAD
DE POSGRADO
DEL ESTADO

Fojas 1/1.....

Fecha 29/12/2017

Secretaría General

AUTORÍA

Yo, Yorky Anatoly Calva Suárez, máster, con cédula de ciudadanía 1104441264, declaro que las ideas, juicios, valoraciones, interpretaciones, consultas bibliográficas, definiciones y conceptualizaciones expuestas en el presente trabajo, así como los procedimientos y herramientas utilizadas en la investigación, son de absoluta responsabilidad del autor del trabajo de titulación. Asimismo, me acojo a los reglamentos internos de la universidad correspondientes a los temas de honestidad académica.

Quito, Noviembre de 2017



.....
Yorky Anatoly Calva Suárez
CC. 1104441264

AUTORIZACIÓN DE PUBLICACIÓN

Autorizo al Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN) la publicación de este trabajo de titulación, de su bibliografía y anexos, como artículo en publicaciones para lectura seleccionada o fuente de investigación, siempre dando a conocer el nombre del autor y respetando la propiedad intelectual del mismo.

Quito, 23 de Noviembre de 2017



YORKY ANATOLY CALVA SUÁREZ

CC. 1104441264

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| Título..... | 6 |
| Resumen..... | 6 |
| Abstract..... | 6 |
| Introducción..... | 8 |
| Protección a mujeres embarazadas contratadas por servicios ocasionales al amparo de la LOSEP durante los años 2014 y 2015 en las provincias de Loja y Zamora Chinchipe | |
| I. Contextualización del problema objeto de estudio en el ámbito territorial delimitado | 10 |
| 1.1.- Presentación del ámbito territorial de la investigación..... | 10 |
| 1.2.- Situación laboral de la mujer en las provincias de Loja y Zamora Chinchipe..... | 13 |
| 1.3.- Análisis de casos judicializados en Loja y Zamora Chinchipe en los años 2014 y 2015..... | 15 |
| II. Valoración crítica de la protección de los derechos de mujeres embarazadas...19 | |
| 2.1.- Vulneración de derechos a causa de la terminación unilateral del contrato de servicios ocasionales en la LOSEP aplicada a mujeres embarazadas..... | 23 |
| 2.2.- Jurisprudencia colombiana y boliviana sobre protección laboral reforzada a mujeres embarazadas..... | 30 |
| 2.3. Análisis de la Sentencia 309-16-SEP-CC..... | 33 |
| Conclusiones..... | 37 |
| Fuentes Bibliográficas..... | 39 |

Título

Protección a mujeres embarazadas contratadas por servicios ocasionales al amparo de la LOSEP durante los años 2014 y 2015 en las provincias de Loja y Zamora Chinchipe

Resumen

En el presente artículo nos centraremos en evidenciar los mecanismos de protección que ha desarrollado la propia constitución ecuatoriana en favor de las mujeres embarazadas, desde la óptica de la dignidad humana, enfoques de género, igualdad, no discriminación y los derechos laborales.

De forma específica se aborda la relación laboral al amparo de la LOSEP por medio del contrato de servicios ocasionales y la violación de derechos suscitada por la decisión de terminación unilateral de forma anticipada del contrato hacia las mujeres embarazadas siendo un grupo de atención prioritaria.

El análisis del tema propuesto no estaría completo sin analizar casos judicializados que reflejen la problemática analizada, de modo que podamos evidenciar si en las decisiones judiciales (de garantías jurisdiccionales o justicia ordinaria) se consideran y proyectan enfoques de género en favor de las mujeres embarazadas.

Palabras claves: trabajo, mujer embarazada, contrato de servicios ocasionales, enfoque de género.

Abstract

In this article we will focus on highlighting the mechanisms of protection that the Ecuadorian constitution has developed in favor of pregnant women, from the point of view of human dignity, approaches to gender, equality, non-discrimination and labor rights.

Specifically, the employment relationship under the LOSEP is dealt with through the contract for occasional services and the violation of rights caused by the decision of unilateral termination in advance of the contract towards pregnant women being a priority attention group.

The analysis of the proposed topic would not be complete without analyzing judicial cases that reflect the problematic analyzed, so that we can highlight whether judicial decisions (judicial guarantees or ordinary justice) consider and project gender approaches in favor of pregnant women

Keywords: work, pregnant woman, occasional services contract, gender approach.

Introducción

El presente trabajo de investigación se refiere a la protección (o la falta de ella, hace poco) de las mujeres embarazadas vinculadas al servicio público mediante contrato de servicios ocasionales, frente a la potestad administrativa de terminación unilateral del contrato.

Esta problemática ha sido planteada ante la posible vulneración de derechos de un grupo de atención prioritaria. En los casos de terminación unilateral de los contratos de servicios ocasionales, en el servicio público aplicados a mujeres embarazadas, se evidencia que el ejercicio de las facultades exorbitantes del Estado puede reflejarse en actos arbitrarios y vulneradores de derechos.

El problema objeto de estudio es abordado a través del modo socio-jurisprudencial. La recolección de datos se realizó a través de las técnicas propias del enfoque cualitativo, principalmente a través de la revisión de los expedientes judiciales correspondientes a los casos que han sido judicializados en las provincias de Loja y Zamora Chinchipe.

El desarrollo del presente trabajo incluye en primera instancia una contextualización del problema objeto de estudio en el ámbito territorial delimitado para esta investigación iniciando por presentar datos que le permitan al lector tener una idea de la realidad de cada una de las provincias vinculadas a esta trabajo y sobre todo de la situación de la mujer y su protección en el ámbito laboral; presentamos así, el análisis de los casos judicializados en Loja y Zamora Chinchipe respecto de mujeres que fueron desvinculadas del servicio público sin considerar su estado de gestación.

Los casos judicializados en las Provincias de Zamora Chinchipe y Loja entre los años 2014 y 2015 son analizados de forma que se pueda establecer puntos críticos respecto de la protección de derechos de grupos de atención prioritaria de forma general, y de las mujeres embarazadas de forma particular, en la ausencia de enfoques de género en la toma de decisiones judiciales.

Seguidamente, presentamos al lector una valoración crítica de la protección de los derechos de mujeres embarazadas vinculadas al servicio público por contrato de servicios ocasionales en la LOSEP, en la que se incluye una breve prospectiva de la situación de la

mujer en nuestro país; Continuamos en este apartado resaltando de posibles vulneraciones de derechos a causa de la terminación unilateral del contrato de servicios ocasionales en la LOSEP aplicada a mujeres embarazadas.

Sin pretender realizar un estudio pormenorizado de la jurisprudencia constitucional de Bolivia y Colombia, se analizan decisiones adoptadas por sus altas cortes en materia constitucional respecto del problema planteado en el presente trabajo investigativo, lo que nos permitirá contar con una visión contrastada de la forma en que ha sido abordado y resuelto el problema de la protección laboral para la mujer embarazada y su núcleo familiar.

Es importante resaltar la actuación de la Corte Constitucional ecuatoriana en beneficio de este grupo de atención prioritaria a través de su Sentencia 309-16-SEP-CC, la misma que será analizada, no solo desde el resultado visible en la construcción de reglas jurisprudenciales de protección de las mujeres embarazadas en el ámbito laboral regulado por el LOSEP, sino desde los razonamientos y argumentos aportados por los jueces constitucionales.

Finalmente, se plantean las conclusiones a las que el autor ha llegado después del análisis del problema objeto de estudio.

Protección a mujeres embarazadas contratadas por servicios ocasionales al amparo de la LOSEP durante los años 2014 y 2015 en las provincias de Loja y Zamora Chinchipe

I. Contextualización del problema objeto de estudio en el ámbito territorial delimitado

Preciso en destacar que, el objeto de estudio es la protección laboral de la mujer embarazada vinculada al servicio público mediante contrato de servicios ocasionales, al amparo de la Ley Orgánica de Servicio Público y su reglamento.

Es necesario, señalar que para la ejecución de esta investigación se ha delimitado el objeto de estudio tanto en el ámbito territorial como el temporal, tomando en cuenta consideraciones de factibilidad como la jurisdicción del Tribunal Contenciosos Administrativo con sede en Loja, en la que se conoce y resuelve entre otros asuntos, reclamaciones de servidores públicos de las provincias de Loja y Zamora Chinchipe; esto por cuanto una de las principales fuentes de información han sido los expedientes judiciales de esta judicatura.

Recordemos que los procesos contencioso administrativos, no serán la única fuente de información, sino que, se han considerado expedientes de garantías jurisdiccionales, puntualmente acciones de protección, presentadas en las provincias de Loja y Zamora Chinchipe, para conocer la forma en la que los jueces constitucionales han abordado el problema de la falta o insuficiente protección de la mujer embarazada como grupo de atención prioritaria, respecto de sus derechos laborales dentro del servicio público.

Respecto de la delimitación temporal, se ha considerado los años 2014 y 2015, observando que en este último año se introdujo en el Código del Trabajo la figura del despido ineficaz, agregado por el artículo 35 de la Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 483 de 20 de Abril del 2015.

Es decir, encontramos propuestas claras en materia laboral para proteger a un grupo de atención prioritaria como son las mujeres embarazadas, sin embargo, estos mecanismos de protección no se amplían a todas las formas de vinculación en relación de dependencia, especialmente al referirnos al servicio público.

1.1.- Presentación del ámbito territorial de la investigación.

Considero de suma importancia en el presente trabajo, dar a conocer al lector breves características de la circunscripción territorial en la cual se ha delimitado esta investigación; por lo que nos enfocamos en dos provincias del sur del país, Loja y Zamora Chinchipe, correspondiendo a las más australes de las provincias de la región Sierra y Amazonía respectivamente.

Para conocer un poco más a estas provincias y en especial sus características relacionadas al objeto de estudio, acudimos a los datos proporcionados por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos INEC; como por ejemplo, según el censo de población y vivienda en Ecuador del año 2010, entre las provincias de Zamora Chinchipe y Loja se reúne 540.342 habitantes, que se distribuyen de la siguiente manera:

Cuadro Nro. 1

| Número de habitantes por provincia | Hombres | Mujeres | Total |
|---|----------------|----------------|----------------|
| Zamora Chinchipe | 47.452 | 43.924 | 91.376 |
| Loja | 220.794 | 228.172 | 448.966 |
| TOTAL | 268.246 | 272.096 | 540.342 |

Elaboración: Propia del Autor

Fuente: INEC. Censo de Población y Vivienda 2010

Correspondiendo una mayor población femenina al hablar en conjunto de las dos provincias, no obstante precisamos que, en el caso de Loja la población femenina alcanza un 50.8%, mientras que Zamora Chinchipe reporta un 48.1%.

Los vínculos entre estas provincias; que en los años sesenta conformaban la provincia de Loja integrando los territorios de las actuales provincias de Loja, El Oro y Zamora Chinchipe; se han mantenido incluso hasta la actualidad ya que integran la zona 7, respecto de la división nacional con fines administrativos, por lo que encontramos coordinaciones Zonales de las diferentes dependencias gubernamentales pertenecientes a la función ejecutiva con jurisdicción en las provincias de Loja, Zamora Chinchipe y El Oro .

Respecto de la administración de justicia actualmente, cada provincia mantiene su autonomía por lo que cuentan con sus propias delegaciones provinciales del Consejo de la Judicatura como órgano de administración de la Función Judicial, siendo así, cada provincia cuenta con sus propios juzgados, tribunales penales y salas provinciales. Sin embargo, la excepción es la materia contenciosa administrativa y tributaria, de competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario con sede en el cantón Loja con jurisdicción en las provincias de Loja y Zamora Chinchipe.

Jurisdicción similar a la determinada para la Dirección Regional 4 de la Procuraduría General del Estado, con un ámbito de acción en las provincias de Loja y Zamora Chinchipe; desde su creación en el año de 1928, durante el gobierno del lojano Isidro Ayora Cueva, mediante Decreto Supremo nro. 188, la Procuraduría General del Estado han ido evolucionando hasta consolidarse como un organismo técnico jurídico encargado de la representación judicial y el patrocinio del Estado, la asesoría legal, la absolución de consultas jurídicas y el control legal de la contratación pública.

De conformidad a las atribuciones y facultades establecidas por la Constitución y la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, esta institución de control cuenta con la Dirección Nacional de Patrocinio la misma que cumple con uno de los procesos misionales más amplios e importantes en razón del volumen procesal y la variedad de materias en las que interviene el Estado dentro de los procesos judiciales ya sea como actor o demandado.

1.2.- Situación laboral de la mujer en las provincias de Loja y Zamora Chinchipe.

El Ecuador de antaño, mantuvo una estructura social dominada por los hombres a costa de la sumisión y exclusión de las mujeres de toda participación social, política y económica; Así por ejemplo, antes de la revolucionaria incursión de Matilde Hidalgo de Procel¹ las mujeres no podían ejercer el derecho al sufragio, ni tenían acceso a la educación superior, ni podían ejercer oficios o profesiones que históricamente fueron reservados para hombres, esto incluye obviamente el mundo jurídico.

En la actualidad, los esquemas se han roto respecto de la inclusión de la mujer en toda forma de trabajo y profesión, así por ejemplo, Isabel María Josefina Robalino Bolle la primera mujer en obtener el título de abogada en la Universidad Central del Ecuador.

Podríamos citar muchos otros ejemplos de la destacada participación de la mujer no solo en el campo ocupacional público o privado, sino además de la academia, la política, la cultura y muchos otros espacios, recordemos a Rosalía Artega, primera Presidente del Ecuador; Gabriela Rivadeneira, primera Presidente de la Asamblea Nacional; Isabel Noboa, prominente empresaria.

A nivel local, las provincias de Loja y Zamora Chinchipe no son la excepción respecto de la inclusión de las mujeres en la actividad laboral siendo amplia su participación en la iniciativa privada y en actividades relacionadas con la administración pública, respecto de cargos de elección popular podemos señalar que nos han representado como legisladoras nacionales, como concejeras provinciales, en los cantones como concejales, y miembros de juntas parroquiales; sin embargo las alcaldías han mantenido una hegemonía masculina siendo las únicas excepciones los cantones lojanos de Zapotillo y Catamayo en donde por primera vez se cuenta con una mujer a la cabeza del Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal.

La actividad de la Mujer, respecto de las profesiones también ha sido notoria en especial en carreras comúnmente destinadas a los hombres como ingenierías, derecho, medicina,

¹ Matilde Hidalgo Navarro de Procel (Loja, 1889 - 1974) feminista, primera mujer ecuatoriana en obtener un doctorado en medicina, en ejercer su derecho al sufragio y en ocupar cargos de elección popular en Ecuador.

veterinaria, asimismo, las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional han abiertos sus puertas para que las mujeres sean parte de estas instituciones, no solo como miembros de tropa sino también como oficiales.

Para adentrarnos en nuestro objeto de estudio, considero relevante señalar en el contexto del presente trabajo, que las mujeres en edad reproductiva, considerándose un rango de edad de 15 a 49 años oscilan en 111.419 mujeres en la provincia de Loja, y, 20.993 mujeres en la provincia de Zamora Chinchipe; Es decir, 132.412 mujeres de Loja y Zamora Chinchipe constituyen potenciales víctimas de discriminación laboral sea por su género o por condiciones relacionadas a la gestación o maternidad. Este segmento de la población femenina representa el 24.5% de la población total de las provincias de Loja y Zamora Chinchipe.

La provincia de Loja contabiliza 27.119 personas con trabajo remunerado relacionado con la administración pública, de los cuales, 11.1678 son mujeres. Respecto de la provincia de Zamora Chinchipe se determina que 6.550 personas poseen un trabajo remunerado dentro de la administración pública; de ellos 2.501 son mujeres. En total 14.179 mujeres en las provincias de Loja y Zamora Chinchipe tienen un trabajo en relación de dependencia con el Estado, constituyéndose esta porción poblacional la que se relaciona con el problema y objeto de estudio planteado en la presente investigación.

Llama la atención, que según datos proporcionados por el INEC, tanto en la provincia de Loja como en Zamora Chinchipe son las mujeres quienes tienen un mayor porcentaje de afiliación y aportación al Seguro General, en proporción a la población ocupada que incluye trabajo autónomo y asalariado.

Cuadro Nro. 2

| Porcentaje de Aporte al IESS Seguro General | Hombres | Mujeres |
|--|---------|---------|
| Zamora Chinchipe | 16.9% | 23.8% |
| Loja | 19.3% | 30.1% |

Elaboración: Propia del Autor

Fuente: INEC. Censo de Población y Vivienda 2010

1.3.- Análisis de casos judicializados en Loja y Zamora Chinchipe en los años 2014 y 2015.

El estudio de casos respecto de la problemática propuesta se circunscribe a conflictos que han sido judicializados, es decir llevados a conocimiento y resolución de los jueces competentes, ya sea en vía ordinaria en sede judicial como acción subjetiva ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo o activando una garantía jurisdiccional.

No se incluye en este estudio, reclamaciones en sede administrativa ante el Ministerio del Trabajo, ya que no existen casos registrados en dicha dependencia, conforme se desprende de la información proporcionada por el Director Regional de Trabajo y Servicio Público de Loja, que mediante oficio Nro. MDT-DRTSPL-2017-0692-M, de fecha 10 de mayo de 2017, manifiesta que durante el año 2014 la Unidad de Gestión del Servicio Público no registra ningún ingreso de denuncia por contratos de servicios ocasionales.

Asimismo, informa que durante el año 2015 se registran cinco casos de denuncias por terminación de contratos de servicios ocasionales de los cuales tres fueron presentados por mujeres, sin embargo ninguno de ellos está relacionado con un estado de embarazo.

En el presente trabajo de investigación se ha considerado los tres procesos iniciados entre los años 2014 y 2015 en Loja y Zamora Chinchipe por mujeres embarazadas a quienes se les aplicó la terminación unilateral del contrato de servicios ocasionales en diferentes instituciones; dos de los casos fueron impugnados mediante acción de protección y uno por la vía contencioso administrativa.

Sobre las acciones de protección, tomando uno de los casos analizados², la accionante, una joven profesional, ingresó al servicio público bajo la modalidad de servicios ocasionales con un plazo de duración de un año (del 01 de enero al 31 de diciembre de 2015), sin embargo, por decisión de la máxima autoridad se le notifica la terminación del vínculo contractual el 31 de agosto de 2015, cuando contaba con ocho meses de

² Acción de Protección nro. 11282-2015-01027 de la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Loja.

embarazo. Mientras se encontraba desempleada, el 22 de septiembre de 2015 se produjo el nacimiento de su hijo.

A través de la acción de protección se plantea como pretensión que en sentencia se declare la vulneración de sus derechos constitucionales a no ser discriminada, al trabajo, estabilidad laboral, salud, dignidad humana y los derechos indirectos de su recién nacido; y, que se disponga el reintegro inmediato a su funciones, se repare el daño causado y la violación de sus derechos; se ordene el pago de todos los haberes que por ley le corresponde desde el día en que fue notificada con la terminación de su contrato.

Entre los argumentos que sustentaban las acciones protección se encontraba el contenido del Convenio sobre la Protección de la Maternidad 2000, que determina de forma específica la protección a la mujer embarazada para evitar su discriminación en el ámbito laboral mientras estén embarazadas, durante la licencia o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que determine la legislación nacional para el nacimiento del hijo y durante la lactancia. La carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia corresponde al empleador.

En atención al derecho a la igualdad y no discriminación, trabajo y atención prioritaria a los grupos vulnerables como son las mujeres embarazadas y las niñas, niños y adolescentes, las accionantes impugnaron su desvinculación en estado de gestación exigiendo la atención prioritaria como grupo en condición de vulnerabilidad y condiciones que le aseguren al niño en su vientre un nivel de vida que le permita acceder a la salud, alimentación, un desarrollo de calidad y una vida digna.

En sus resoluciones, los jueces de primer nivel rechazaron la acción por considerar que existe una vía ordinaria para impugnar el acto, es decir ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, y, que la controversia se trata de un asunto de mera legalidad, criterio que fue ratificado por los jueces provinciales.

En la sentencia de segunda instancia del caso analizado, la Corte Provincial de Justicia de Loja³ expuso

[...] a la fecha que ha sido notificada con la terminación del contrato de servicios ocasionales, se encontraba en estado de gestación, lo que es incuestionable conforme al certificado médico y formulario de nacido vivo, que obran a fs. 3 y 2 respectivamente del proceso; y, que por tanto por su estado de gravidez, estaba contemplada entre las personas de doble vulnerabilidad y tenía protección reforzada del Estado lo que no admite duda alguna (Corte Provincial de Justicia de Loja, Proceso Nro. 11282-2015-01027, 2015).

El juzgador reconoce que la accionante se encuentra en condición de vulnerabilidad, sin embargo ese reconocimiento no es suficiente ya que finalmente se resuelve aceptando la idea de que existe una vía ordinaria (contencioso administrativa) para que la accionante acuda a exigir sus derechos; igualmente, sustenta su decisión afirmando que el problema tratado es un asunto de mera legalidad.

Sobre la impugnación en sede judicial ante el Tribunal Contencioso Administrativo, en el caso de la acción subjetiva o de pleno derecho, esta tampoco surtió el efecto deseado, ya que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario de Loja rechazó la demanda argumentando que la terminación unilateral del contrato de servicios ocasionales es una potestad concedida por la Ley a la autoridad nominadora, de modo que se declaró la legalidad del memorando con el que se desvinculó a la accionante en aplicación de la causal f) del art. 146 del Reglamento a la LOSEP, con la única justificación de que la LOSEP en su art 58, en concordancia con los art. 143 y 145 de su Reglamento establecen dicha potestad.

Se evidencia en los fallos tanto de las acciones de protección como de la acción subjetiva, la falta de identificación y aplicación de enfoques de género para resolver los casos propuestos, ya que los juzgadores no se detuvieron a determinar la existencia de relaciones de poder asimétricas en contextos de desigualdad estructural basados en el sexo (Guía para la aplicación sistemática e informática del modelo de incorporación de la

³ No nos detendremos en el análisis de la sentencia de primera instancia por cuanto el sr. juez simplemente a transcrito las intervenciones de las partes durante la audiencia pública, sin realizar valoraciones de fondo y finalmente declarar la improcedencia de la acción de protección.

perspectiva de género en las sentencias: 17), en la forma como lo ha formulado la Comisión Permanente de Género y Acceso a la Justicia.

La Corte Constitucional ha hecho frente a esta realidad analizando el problema planteado y generando un precedente jurisprudencial a través de su Sentencia 309-16-SEP-CC. Al parecer esta sentencia constituye un gran avance en la construcción de una sociedad más justa, igualitaria y libre de discriminación.

II. Valoración crítica de la protección de los derechos de mujeres embarazadas

Para iniciar debemos tener presente que el desarrollo de la humanidad se ha fraguado en base a dicotomías y jerarquizaciones sociales que han subvalorado y discriminado a la mujer de forma generalizada, estas diferenciaciones según refiere Miguel Pérez (2014) han evolucionado a lo largo del tiempo, y se han modificado las estructuras sociales a través de fenómenos como la incorporación de la mujer a la actividad remunerada, reconocimiento de derechos políticos, accesos a la educación y planificación familiar (10).

La diferencia de género y discriminación de la mujer es una historia “resultado de muchos siglos de ideología dominada por los hombres” (Castellanos, 1991: 4). Una historia en la que se han “afianzando prejuicios o estereotipos respecto de hombres y de mujeres” (Cajas, 2011: 2). Pero también es una historia de lucha constante por alcanzar una verdadera igualdad.

Con la Constitución de 2008, el Ecuador se estatuye como “una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*; una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

No se trata de una simple declaración de buena voluntad de parte del constituyente, sino que se establece como una guía sobre la cual un nuevo Estado se construye para dar relevancia a la persona, como fin último del quehacer estatal.

De la protección de las personas, y de los esfuerzos por cristalizar una igualdad material, nace del reconocimiento de las diferencias que conforman nuestra población; no solo de aquella pluralidad cultural y multiétnica que enriquecen a nuestro país, sino además de visibilizar y reconocer a grupos históricamente excluidos, marginados y discriminados.

Así, el constituyente ha establecido grupos de atención prioritaria⁴ entre los que se incluye a las mujeres embarazadas, junto con los adultos mayores, niñas, niños y adolescentes, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad. (Constitución de la República del Ecuador 2008. Art. 35).

Uno de los grandes avances propuestos por nuestra Constitución es que equipara en una misma jerarquía a todo el catálogo de derechos al señalar “todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 11 numeral 6).

Resulta evidente entonces que el Estado ecuatoriano ha implementado verdaderos mecanismos para asegurar la equidad e igualdad material, así lo explica Andrea Cajas (2011) al referirse a “una serie de principios y mecanismos para la realización efectiva de la igualdad” (1) producto de procesos históricos de discriminación y exclusión, conjugados con procesos de lucha social y reivindicación de derechos.

Además, podemos resaltar la importancia de incorporar “enfoques de género” (Cajas, 2011: 6) en la construcción de planes y programas que el estado debe adoptar para procurar no solamente una representación paritaria de hombres y mujeres en puestos de dirección, sino que debe entenderse como una obligación estatal de actuar activamente para crear condiciones que permitan garantizar los derechos y principios constitucionales en favor de todos los grupos sobre quienes persisten las desigualdades, la discriminación, la exclusión e incluso la violencia.

Alda Facio cuestiona la imposición social de diferencias sexuales ya que esta diferenciación o sexualización social se basa en destacar desigualdades que permitan la dominación de unos y la sumisión de otros

[...] la diferencia mutua entre hombres y mujeres se concibió como la diferencia de las mujeres con respecto a los hombres cuando los primeros tomaron el poder y se

⁴ Realmente esto no ha constituido innovación alguna, recordemos que en la constitución de 1998 ya existían con la única diferencia en su denominación como grupos vulnerables, sin embargo se incluye además una condición de doble vulnerabilidad. Básicamente el texto del art. 37 de la Constitución de Montecristi reproduce el mismo contenido del art. 47 de la Constitución de 1998.

erigieron en el modelo de lo humano. Desde entonces, la diferencia sexual ha significado desigualdad legal en perjuicio de las mujeres (Facio, s.f.: 1).

Esta diferenciación sexual de la sociedad y de los roles también se traslada al campo jurídico, estableciéndose como una ciencia destinada al género masculino y concebida como una categoría masculina y racional distinta a la supuesta naturaleza femenina irracional.

En contraposición a esta idea del derecho, Olsen (1990) por una parte concuerda con la necesidad de que el derecho se fundamente en la razón, que sea objetivo y universal, sin embargo, denuncia los modos en los que fracasa en esta aspiración cuando se ocupa de las mujeres; estas denuncias feministas señalan que no puede concebirse una ley como racional si aquella niega lesiona o restringe derechos de las mujeres; por lo tanto son leyes irracionales, subjetivas y no universales (10).

Los grupos feministas acusan al derecho de ser opresivo hacia las mujeres en cuanto se mantiene el dominio masculino y la vigencia de normas masculinas creadas para perpetuar el modelo patriarcal, en este sentido “la desigualdad y la discriminación constituyen una compleja problemática que puede y debe ser abordada desde una multiplicidad de enfoques, siendo el derecho apenas una forma de concebir esta realidad” (Caicedo, 2001: prólogo).

Nuestra idiosincrasia estereotipada según el modelo patriarcal nos hace pensar a hombres y mujeres por igual; que referirse a vulnerabilidad debe ser relacionado con las mujeres, es decir con el sexo débil como fue definida la mujer en el derecho romano.

La naturaleza de las mujeres no concuerda con aquella apreciación de inferioridad, debilidad o vulnerabilidad de las mujeres. Nace esta creencia tal vez en los cuentos de hadas en los que la princesa debía ser salvada por un valiente príncipe. Lo cierto es que esa concepción se ha mantenido a lo largo del tiempo hasta nuestros días.

Inclusive, las religiones monoteístas han influido en el asentamiento de la ideología patriarcal, y nuestro país no es esquivo a esta realidad con una sociedad mayoritariamente católica⁵ y con otros grupos religiosos que comparten raíces cristianas, evangélicas

[...] las religiones monoteístas generan una sociedad aún más patriarcal. La creencia en un solo dios, masculino y todo poderoso, hizo que las mujeres desaparecieran de los templos y de los ritos y sacrificios religiosos, espacios en el que habían gozado de cierto protagonismo en culturas anteriores. Los símbolos asociados a lo femenino se fueron degradando y paulatinamente se fueron asociando al mal, a la decadencia y al pecado. Siendo Eva la máxima representación del pecado [...] la semántica de la esclavitud al hablar de la mujer en el matrimonio católico no es una excepción en su referencia a las mujeres sino que se vincula con ideas centrales acerca de la posición femenina. Incluso con la virgen María encontramos desde un primer momento la actitud de sumisión y sometimiento las primeras palabras que hizo públicamente son. He aquí la esclava del señor (Pérez, 2014: 19-20).

En las relaciones cotidianas se equipara a las mujeres de forma general con las personas en situación de extrema pobreza, los niños, y otros grupos humanos excluidos, grupos a los que sería obvia en cierto sentido reconocer su situación de desventaja.

Rodríguez Vignoli (2001) nos ayuda a entender que la vulnerabilidad es en definitiva la debilidad para enfrentar las situaciones de la vida cotidiana de una forma satisfactoria (18); encontramos en el ámbito laboral un buen ejemplo de los mecanismos incorporados para la protección de los grupos vulnerables de atención prioritaria, así el Código del Trabajo prohíbe el trabajo infantil, y se ha incluido el despido ineficaz para el caso de las mujeres embarazadas.

Estas regulaciones de protección se establecen en las relaciones laborales normadas por el Código del Trabajo sin embargo no se ha trasladado esas mismas protecciones en el caso de las mujeres embarazadas y el contrato de servicios ocasionales dentro del servicio público amparadas por la LOSEP y su Reglamento.

La incursión de la mujer en el campo laboral remunerado guarda tendencias principales de localización en las ramas de actividad asociadas tradicionalmente a los roles y actividades asumidas y aceptadas tradicionalmente como femeninos. Amparo Armas reconoce un importante incremento “en las dos últimas décadas [...] en Ecuador, para el

⁵ Según datos del INEC el 80% de los ecuatorianos son católicos

caso de la PEA femenina, el empleo público puede llegar a significar hasta más de un 15% en determinados grupos de edad” (Armas Dávila, 2008: 13).

En el caso especial de las mujeres y los movimientos feministas, una de las banderas de lucha es sin duda los derechos laborales; bajo esta perspectiva y adentrándonos en nuestro objeto de estudio es pertinente recordar las palabras de Luigi Ferrajoli que manifiesta: “todo el campo del derecho del trabajo y más aún el del derecho administrativo deberían tener en cuenta las diferencias de sexo, no ciertamente para privilegiar a uno de los dos géneros, sino para respetarles a ambos” (Ferrajoli, 2010: 178).

Comprendemos la importancia de la jurisprudencia como “instrumento clave para el reconocimiento y ampliación de los derechos laborales de las mujeres, así como para el desmantelamiento de una serie de prejuicios” (Mendoza, 2015: 281), en este escenario la jurisprudencia⁶ ha sido el mecanismo más eficaz para compatibilizar las normas de la LOSEP con la constitución y los instrumentos internacionales de protección a las mujeres embarazadas en el ámbito laboral.

2.1.- Vulneración de derechos a causa de la terminación unilateral del contrato de servicios ocasionales en la LOSEP aplicada a mujeres embarazadas.

El problema central planteado en el presente trabajo de investigación corresponde a la facultad administrativa para dar por terminado de forma unilateral y anticipada un contrato de servicios ocasionales en aplicación del artículo 58 quinto inciso de la Ley Orgánica de Servicio Público y art. 146 literal f) del Reglamento a la Ley Orgánica de Servicio Público en contra de la mujer embarazada.

Este hecho refleja, a criterio del autor, no solo el imperio de una ideología patriarcal, sino además un bajo compromiso por incluir enfoques de género en las decisiones judiciales inclusive en aquellas favorables respecto de los derechos de las mujeres embarazadas

⁶ La Corte Constitucional a través de la sentencia 309-2016SEP-CC ha resuelto la inconstitucionalidad condicionada de aplicar la terminación unilateral del contrato de servicios ocasionales a las mujeres embarazadas.

como grupos de atención prioritaria, ya que más bien la protección parecería estar dirigida a precautelar el interés superior del niño.

Si bien es cierto se han conseguido importantes reformas laborales para proteger a las mujeres trabajadoras, incluyendo la figura del despido ineficaz para las mujeres embarazadas dentro el Código del Trabajo, esa misma atención no ha incluido el servicio público, es decir, a las servidoras públicas amparadas por la LOSEP y su Reglamento, específicamente vinculadas por contrato de servicios ocasionales.

Según lo que establece el art. 58 de la Ley Orgánica del Servicio Público, un contrato de servicios ocasionales es una forma de vinculación al servicio público que reúne ciertas características que lo hacen una figura de excepción. Se diferencia de los contratos civiles por servicios profesionales en cuanto adquieren los derechos, beneficios y obligaciones como cualquier servidor público, con limitaciones específicas como el acceso a licencias y comisiones de servicios.

Un problema detectado en el presente trabajo se enmarca en la contradicción entre la obligación constitucional de motivar los actos de la administración pública, con la posibilidad de utilizar la terminación unilateral como causal de terminación del contrato de servicios ocasionales, sin que se requiera requisito previo adicional, más que la sola voluntad de la autoridad y la invocación de los artículos 58 de la LOSEP y 146 de su Reglamento General.

Esto supone una vulneración al debido proceso en el principio de motivación y la falta de aplicación del principio *pro homine* establecido en la Constitución de Montecristi⁷ al referirse al ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.

Resulta importante precisar que en casos particulares esta violación de preceptos constitucionales se agrava aún más, cuando se ven involucrados en la separación del servicio público por la terminación unilateral del contrato de servicios ocasionales personas que son parte de los grupos de atención prioritaria, como por ejemplo mujeres

⁷ La Constitución de la República del Ecuador 2008 establece el principio *pro homine* en su Art. 11 numeral 5 al expresar que: “En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.”

embarazadas, y se inobserva la prohibición constitucional de despido de la mujer embarazada; este es nuestro objeto de estudio.

Con esta causal, se estaría violentando de forma general el principio constitucional de motivación establecido en el art. 76 numeral 7) literal l) de la Constitución de Montecristi, que, en palabras de la Corte Constitucional, constituye “una garantía del derecho constitucional al debido proceso que debe encontrarse presente en todas las resoluciones expedidas por las autoridades públicas, puesto que de esta forma, se evita la arbitrariedad y se consagra un control ciudadano respecto de todas las decisiones que se emita” (Corte Constitucional del Ecuador, 229-15-SEP-CC, 2015).

Al respecto de la terminación unilateral, la Corte Constitucional del Ecuador, a través de la Sentencia 258-15-SEP-CC, del 12 de agosto de 2015, establece la constitucionalidad condicionada de la causal contenida en el literal f) del Art. 146 del Reglamento a la LOSEP.

Determina de forma específica que la aplicación de la causal mencionada hacia personas con discapacidad es inconstitucional; pero no se considera que los grupos de atención prioritaria no lo conforman únicamente las personas con discapacidad sino que es más amplio y abarca a adultos mayores, mujeres embarazadas, personas privadas de libertad, personas con enfermedades catastróficas o de alta complejidad, personas en situación de riesgo, víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos grupos humanos que también acceden al servicio público mediante contrato de servicios ocasionales.

Si bien es cierto no toda la actuación de la administración pública puede estar reglada de forma exhaustiva y minuciosa, esta obedece a principios generales de la administración pública y los principios establecidos en la constitución; recordemos que con la Asamblea Nacional Constituyente de Montecristi el Ecuador apostó por construir “una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Preámbulo).

Tampoco es necesario que cada norma en la que se establece un proceso o procedimiento específicamente contemple todas las garantías básicas pues estas ya se encuentran

determinadas en la constitución, de modo que la autoridad en el desarrollo de estos nuevos procesos o procedimientos tiene la obligación de observar la norma constitucional, que según el art. 426 es de directa aplicación, aún de oficio.

El cambio de paradigma hacia un Estado de Derechos ha implicado un nuevo significado respecto de los derechos individuales, de su garantía y protección por parte del Estado; no obstante, es importante resaltar una reflexión expresada por Ramiro Ávila: "el estado es natural adversario del individuo por su potencial capacidad para abusar de los derechos" (Ávila Santamaría, 2012: 15). El Estado se reviste de facultades exorbitantes, potestades y competencias; mientras que las personas o los administrados tienen derechos fundamentales, principios y garantías para reaccionar ante el abuso estatal.

La supuesta justificación para la terminación unilateral de los contratos ocasionales se encuentra en el artículo 58 de la Ley Orgánica de Servicio Público (LOSEP), que en su inciso quinto establece: "este tipo de contratos, por su naturaleza, de ninguna manera representará estabilidad laboral en el mismo, ni derecho adquirido para la emisión de un nombramiento permanente, pudiendo darse por terminado en cualquier momento" (Ley Orgánica de Servicio Público, 2010, art. 58).

La ley no establece requisito o formalidad alguna para la procedibilidad de la terminación unilateral de los contratos ocasionales, lo que se ve de alguna forma respaldado por el contenido del art. 143 del Reglamento a la Ley Orgánica de Servicio Público que establece: "por su naturaleza, este tipo de contratos no genera estabilidad laboral alguna, [...] no ingresarán a la carrera del servicio público mientras dure la relación contractual..." (Reglamento a la Ley Orgánica de Servicio Público, 2011, art. 143).

Según la concepción de Alexy, recogida por Ramiro Ávila, los principios (como el debido proceso) son mandatos de optimización que establece un imperativo que debe cumplirse acorde a las diferentes circunstancias fácticas y jurídicas para cubrirlos al máximo "si consideramos que este principio es un mandato de optimización y que es un objetivo que se tiene obligación de alcanzar, debemos mirar la forma de potenciarlo" (Ávila Santamaría, 2012: 9).

Uno de los principios propios del derecho administrativo que ha sido constitucionalizado es el debido proceso y dentro de éste la obligación y derecho de obtener una resolución debidamente motivada. Pero ¿qué debemos entender por motivación?

Para despejar esta interrogante recurriremos a la Corte Constitucional que al respecto se ha pronunciado en múltiples fallos, como por ejemplo la Sentencia 106-16-SEP-CC del 6 de abril de 2016, en la que se establecen tres requisitos que permiten determinar si las decisiones de autoridad pública, se encuentran debidamente motivados o no, siendo ellos: razonabilidad, lógica y comprensibilidad (Corte Constitucional del Ecuador, 106-16-SEP-CC, 2016).

Con la Sentencia No. 044-13-SEP-CC esta Corte Constitucional explica de forma sencilla que la motivación constituye en sí una explicación de porqué del acto o resolución y su razón de ser. Por lo tanto, debe considerarse a esta garantía como una formalidad sustancial cuya ausencia, insuficiencia, error o falsedad afecta al acto o resolución y en consecuencia lo torna nulo.

La obligación de motivar las resoluciones implica un ejercicio racional; según Michel Taruffo (s/f) la motivación es un discurso justificativo constituido por argumentos racionales que incluyen aspectos de carácter retórico-persuasivo, sin embargo se reduce a la justificar las decisiones sobre bases racionales (37).

En definitiva, todo acto de la administración pública debe contar con la debida motivación, no solamente expresar o enumerar las normas de las que, la administración se cree asistido, sino que se debe explicar la relación entre los hechos y la pertinencia de la aplicación de la norma, sin olvidar que es deber de los servidores públicos procurar la aplicación de las normas y su interpretación que favorezcan el efectivo goce de los derechos.

En el presente caso, si bien la norma no establece la necesidad de cumplir con requisitos previos para la terminación unilateral del contrato de servicios ocasionales, debemos señalar que existe el principio constitucional que requiere una debida motivación de las actuaciones de la administración pública, principio que no es letra muerta pues, como se

ha señalado, la propia Corte Constitucional ha establecido los criterios y parámetros que debe reunir la motivación adecuada de las actuaciones públicas.

No obstante, el Procurador General del Estado, mediante el oficio 18438 de fecha 14 de agosto de 2014, en ejercicio de sus facultades constitucionalmente establecidas, ha dictado su pronunciamiento vinculante en absolución de consulta, refiriéndose a la motivación de esta manera

[...] es procedente la terminación unilateral⁸ por voluntad de la entidad contratante, [...] la cual siempre debe basarse en el interés público. Lo dicho, sin perjuicio de la necesidad de motivar la resolución del órgano administrativo, en cumplimiento del precepto constitucional de la letra l) del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador (Procuraduría General del Estado, 2014) (subrayado propio).

Comprendemos entonces, que aun cuando la norma conceda potestades discrecionales a la autoridad para actuaciones específicas, se debe observar la obligación de motivar la decisión.

Lo mismo sucede en la terminación unilateral de los contratos ocasionales, que deben contar con la debida motivación que justifique la adopción de tal decisión, más aún cuando se aplica en contra de grupos de atención prioritaria, más allá de la efectiva protección reforzada que el Estado debe brindarles, como ya lo ha hecho al declarar la inconstitucionalidad del literal f) del Artículo 146 del Reglamento a la LOSEP, cuando se aplica hacia personas con discapacidad; o en el caso la prohibición de despido a mujeres embarazadas en Código del Trabajo.

Para adentrarnos en el análisis del caso planteado debemos iniciar precisando que los contratos de servicios ocasionales, amparados por la Ley Orgánica de Servicio Público, se configuran como una de las formas más inestables y precarias de relación laboral, considerando que su terminación puede darse en cualquier momento de forma unilateral sin requerirse ninguna formalidad.

⁸ La consulta absuelta, versa sobre terminación unilateral de contratos de seguros, sin embargo es importante destacar que pese a ser una atribución legal se debe respetar y observar ineludiblemente la obligación constitucional de motivación.

Así lo establece el art. 146 literal f) del Reglamento a la Ley Orgánica de Servicio Público que señala como una forma de terminar los contratos de servicios ocasionales la “terminación unilateral del contrato por parte de la autoridad nominadora, sin que fuere necesario otro requisito previo” (Reglamento a la Ley Orgánica de Servicio Público. Art. 146).

La norma citada no restablece distinción en su aplicación, ni aunque se trate de grupos de atención prioritaria, de esta manera, se otorga potestades discrecionales a las autoridades que llevan a la arbitrariedad y a una flagrante vulneración de derechos como el trabajo, debido proceso, el derecho a la defensa, la motivación y la protección preferente y prioritaria que merecen los grupos vulnerables especialmente al tratar de mujeres embarazadas como ocurre en el caso planteado en el presente trabajo.

El enunciado constitucional que determina como máximo deber del Estado proteger los derechos (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 11,9) cobra sentido únicamente cuando el poder estatal se constituye en un verdadero garante de los derechos establecidos en la constitución, a través de las políticas públicas, de las garantías normativas y un adecuado desarrollo jurisprudencial derivado de las garantías jurisdiccionales.

La OIT a través del Convenio sobre la Protección de la Maternidad 2000, determina de forma específica protección a la mujer embarazada y evitar su discriminación en el ámbito laboral al prohibir expresamente a los empleadores que despidan a mujeres que estén embarazadas e incluso si se encuentran durante la licencia por maternidad que regule la legislación interna.

Ante esta realidad, podemos advertir que las servidoras públicas embarazadas vinculadas bajo la modalidad de servicios ocasionales cuentan con la protección en el ámbito laboral a través de la constitución y un instrumento internacional. Precisamente por su condición de vulnerabilidad se exige que el Estado adopte medidas de protección, adaptando nuestra legislación a las normas constitucionales en protección de los derechos, en este caso de las mujeres embarazadas dentro del servicio público, así como lo ha hecho con la

reforma al Código del Trabajo, para impedir el despido por embarazo estableciendo el despido ineficaz. (Código del Trabajo. Art 195.1).

2.2.- Jurisprudencia colombiana y boliviana sobre protección laboral reforzada a mujeres embarazadas.

En Bolivia⁹ se ha reforzado la protección a las mujeres embarazadas en el ámbito laboral, no solo para las mujeres sino que van más allá y se protege en definitiva la subsistencia del grupo familiar, reconociendo que la vulnerabilidad del recién nacido se extiende a todos los miembros.

Por lo tanto, es deber del Estado garantizar la protección del derecho a la estabilidad laboral hasta un año posterior al parto, e inclusive extendiendo dicha protección al progenitor, de modo que evidencia un afán de garantizar el goce de los derechos de forma interrelacionada ya que se pretende atender no solo derechos laborales sino además el derecho a la salud, seguridad social, alimentación, tanto de los progenitores como del neonato y del menor cuando se produce su nacimiento.

El Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia en su sentencia 0651-2016-S3 de fecha 07 de junio de 2016, respecto del derecho a la estabilidad laboral señala:

la estabilidad laboral es un derecho constitucional cuya vulneración afecta a otros derechos elementales, [...] en estos casos no sólo se halla involucrado el derecho al trabajo, sino otros derechos elementales como la subsistencia y a la vida misma de la persona, ya que cuando se afecta el derecho al trabajo a través de un despido injustificado, no sólo se afecta a la persona individual, sino a todo el grupo familiar que depende de un trabajador o trabajadora por cuanto implícitamente se atenta contra la subsistencia de sus hijos o dependientes, de ahí que el derecho al trabajo constituye uno de los principales derechos humanos.

Asimismo, el Tribunal Constitucional Boliviano al referirse a la estabilidad laboral reforzada extendida a los padres, señala en su sentencia CSP 0735-2013 que el derecho a

⁹ En el caso boliviano el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia ha mantenido el criterio de protección reforzada para la mujer embarazada y todo el grupo familiar dictado por ejemplo las sentencias Nro. 0344-2016-S1 de fecha 16 de marzo de 2016; 0211-2016-S2 de fecha 14 de marzo de 2016; y, 0651-2016-S3 de fecha 07 de junio de 2016.

la estabilidad o inamovilidad laboral reforzada de los padres hasta que la hija o el hijo cumpla un año de edad, esta protección según expone el Tribunal Constitucional se traduce en dos garantías:

- i. Protección de la maternidad por parte del Estado, ya que se propende a la protección de la mujer trabajadora frente a actos de discriminación por su embarazo, número de hijos; se observa además que esta discriminación también se produce hacia los hombres; esta garantía evita la movilidad laboral, la cesación de beneficios de seguridad social y prestaciones familiares ante circunstancias que pongan en riesgo la salud e incluso la vida tanto de la madre cuando está en el periodo de la maternidad, así como de la hija o hijo, y en el caso de los hombres, cuando es sujeto de discriminación por el número de hijas o hijos, con afectación directa en la maternidad de su pareja.
- ii. Protección de la hija o hijo, por parte del Estado respecto de sus necesidades más apremiantes hasta que alcance el año de edad, lo que implica una serie de derecho y beneficios como la continuidad de asistencia de seguridad social, resguardo de su salud e inclusive de su vida, así como de toda asignación familiar prevista en la ley; esta garantía opera ante la sola verificación, de la existencia de un vínculo laboral y que la mujer (en su condición de trabajadora o pareja del hombre trabajador) se encuentra en estado de embarazo, sin que la omisión de la trabajadora o trabajador sujeto de protección en el previo aviso al empleador del estado de embarazo o de la existencia de un hijo o hija menor a un año, no puede mermar su protección.

Estas garantías, a su vez imponen deberes de acción y abstención a los empleadores en el marco de la relación laboral:

- i) Prohibición de desvinculación laboral de la mujer trabajadora en estado de embarazo hasta que la hija o hijo cumpla un año edad.
- ii) Prohibición de desvinculación laboral del hombre trabajador cuando su pareja, independientemente de su estado civil, estuviere en estado de embarazo, hasta que la hija o hijo cumpla un año de edad.

- iii) Prohibición de transferencia o cambio de puesto de trabajo, del progenitor (hombre o mujer), hasta que la hija o hijo cumpla un año de edad; salvo que sea más beneficiosa;
- iv) Obligación del empleador, de garantizar la inamovilidad laboral del progenitor, así exista un proceso de reestructuración administrativa, reasignándole a otra función que no implique disminución salarial ni jerarquía.
- v) Obligación del empleador a continuar pagando las prestaciones familiares (subsidio pre y post natal) a favor de la mujer en estado de embarazo y de la niña o niño hasta un año de edad, pese a ya no estar vinculados laboralmente cualesquiera de los progenitores, debido a su destitución a causa de un previo proceso por faltas cometidas en el ejercicio de sus funciones.

Caso similar se puede apreciar en Colombia, en donde la Corte Constitucional ha establecido como derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada aplicable a todo vínculo laboral¹⁰.

En el caso de la sentencia T-793-05 la Corte Constitucional colombiana establece presupuestos de procedencia de la acción de tutela de forma excepcional para proteger los derechos fundamentales de la mujer embarazada derivados de la estabilidad laboral reforzada, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- i. Desvinculación durante la gestación o en periodo de lactancia.
- ii. Que el empleador conozca del estado de embarazo con anterioridad a la desvinculación. Es decir la trabajadora debe informar al empleador sobre su estado de embarazo salvo que este sea notorio.
- iii. Que la desvinculación se produzca sin cumplir los requisitos legales.
- iv. Que la desvinculación sea por causa del embarazo y no por causas objetivas que lo justifiquen.
- v. Que se amenace con el mínimo vital de la madre e hijo.

¹⁰ La Corte Constitucional de Colombia al tratar acerca de la protección laboral a las mujeres embarazadas ha dictado entre otras las sentencias las Nro. T-793-05 y T-889-14.

Estos requerimientos, exigidos en Colombia son también aplicados en materia laboral en el Ecuador, la Corte Nacional de Justicia ecuatoriana mediante la sentencia 06-2016 del 28 de septiembre de 2016, establece el siguiente precedente jurisprudencial obligatorio, en materia laboral:

Para que sean aplicables las garantías a la mujer en estado de gestación contempladas en el artículo 154 del Código del Trabajo, es necesario que se haya notificado previamente al empleador haciendo conocer esa condición, mediante el certificado otorgado por un profesional del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, y a falta de éste, por otro facultativo; salvo que el estado de embarazo de la demandante sea notorio; o que exista prueba fehaciente que demuestre que el empleador conocía por algún otro medio del estado de gestación de la trabajadora”.

A diferencia de lo establecido en Colombia, en nuestro caso no se permite bajo ninguna circunstancia que el empleador pueda despedir a una mujer embarazada, para ello se ha establecido garantías como el despido ineficaz; sin embargo la ley que regula las relaciones de dependencia en el servicio público no ha contemplado esta posibilidad de protección a la mujer embarazada.

En estos países se evidencian decisiones judiciales de sus altas cortes con perspectivas de género en los términos y consideraciones expuestas por la Secretaría Técnica de la Comisión Permanente de Género y Acceso a la Justicia, comprendiendo que juzgar con perspectiva de género implica hacer realidad el derecho a la igualdad, respondiendo a la obligación constitucional y convencional de combatir la discriminación en un caso concreto de situaciones asimétricas de poder.

2.3.- Análisis de la Sentencia 309-16-SEP-CC.

El caso 1927-11 EP que dio origen a la Sentencia 309-16-SEP-CC, objeto del presente trabajo, llega a conocimiento de la Corte Constitucional por la interposición de la acción extraordinaria de protección planteada por la accionante dentro de una acción de protección. La accionante laboraba bajo la modalidad de contrato de servicios ocasionales

sucesivos por más de tres años y medio¹¹, luego de los que según refiere en su demanda fue destituida mientras se encontraba en estado de gestación.

La accionante es notificada el 10 de enero de 2011, dándole a conocer que su contrato no sería renovado, para aquella fecha se encontraba en su vigésima novena semana de embarazo. La ex-servidora propone la acción de protección por la vulneración de su derecho al trabajo y prohibición de discriminación a la mujer embarazada.

En primera instancia se admite la acción de protección; sin embargo, la Segunda Sala Penal de la Corte Provincial de Manabí resuelve revocar la sentencia de primer nivel e inadmite la acción de protección, por considerar que la actuación de la entidad accionada no vulnera derechos ya que no se ha probado que la desvinculación de la accionante sea producto de su estado de gravidez.

La acción extraordinaria de protección se plantea por la vulneración del derecho a la seguridad jurídica. Según expresa la accionante, con la revocatoria de la sentencia de primer nivel se tolera que el Estado vulnere el derecho al trabajo por la inobservancia de las disposiciones que prohíben la discriminación a la mujer embarazada, y la protección especial por ser un grupo de atención prioritaria, lo que además atentaría contra el derecho a una vida digna y la igualdad.

En sus consideraciones, la Corte Constitucional analiza el caso desde la apreciación de la seguridad jurídica y la prohibición de despido de mujeres embarazadas. Finalmente, declara la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación, así como el debido proceso en la obligación de motivación; y, la seguridad jurídica. Consecuentemente se acepta la acción extraordinaria de protección.

La Corte Constitucional, en aplicación de sus facultades declara la constitucionalidad condicionada del art. 58 de la LOSEP, a fin de incluir a las mujeres embarazadas en las excepciones para la contratación por servicios ocasionales por encima del límite establecido. Asimismo, se declara la constitucionalidad condicionada del art. 146 del

* Acápito desarrollado y ampliado en base al ensayo presentado en la materia de Argumentación Jurídica en la Maestría de Derecho con mención en Estudios Judiciales 2016-2017. Instituto de Altos Estudios Nacionales.

¹¹ La relación laboral entre la accionante y la institución accionada inicio el 27 de Agosto de 2007 y terminó el 31 de Diciembre de 2010, según consta de la demanda y de los documentos agregados al proceso.

Reglamento a la LOSEP, determinando la imposibilidad de aplicar la terminación unilateral del contrato de servicios ocasionales como causal de terminación establecida en el literal f) del mencionado artículo.

La accionante exige una interpretación que permita proteger de forma efectiva sus derechos, sin embargo intenta forzar los hechos y los distorsiona¹². Fundamenta sus pretensiones desde una visión teleológica siempre desde la relación de vigencia y validez de la norma. Por el contrario, las instituciones estatales buscan obtener una decisión basada en interpretaciones literales de las normas, para ello exigen la comprensión de conceptos y figuras jurídicas de forma estricta, es decir, desde una concepción positivista normativista.

En su sentencia, la Corte Constitucional analiza el caso observando el problema jurídico planteado desde una interpretación de proporcionalidad que se traduce en una decisión orientada a efectivizar el ejercicio de los derechos de un grupo de atención prioritaria, adoptando medidas necesarias e idóneas para construir una línea jurisprudencial general no solamente para el caso específico.

Como *ratio decidendi* se puede apreciar que la Corte Constitucional interpreta que la prohibición de despido de la mujer embarazada no puede limitarse a la interrupción anticipada de la relación laboral, sino que dicha prohibición incluye toda forma en la que se dé por terminada la relación laboral de una mujer embarazada.

Además, señala que la misma Corte Constitucional se ha pronunciado anteriormente respecto determinando que la aplicación de la terminación unilateral anticipada del contrato de servicios ocasionales de la LOSEP hacia las personas con discapacidad es una vulneración a sus derechos.

Se utiliza un ejercicio hermenéutico y argumentos por analogía, ya que ambos grupos (mujeres embarazadas y personas con discapacidad) han sido establecidos como grupos de atención prioritaria, y por lo tanto necesitan medidas de protección contra la

¹² La accionante utiliza los términos despido o destitución como sinónimos, para calificar su desvinculación de la institución. En realidad su contrato culminó por cumplimiento del plazo contractual, sin que haya sido renovado por impedimento de orden legal. Confusión conceptual de las instituciones jurídicas que es despejada por la Corte Constitucional

discriminación. No se ha realizado una simple subsunción, sino que existe un verdadero ejercicio crítico valorativo de los alcances de la norma más allá de su vigencia y validez.

Siguiendo el esquema propuesto por Toulmin para la presentación y análisis de argumentaciones, la pretensión o el bien jurídico que se protege con esta sentencia es la seguridad jurídica y la igualdad material. Como garantías se toma la prohibición de discriminación y la atención prioritaria a grupos vulnerables. El respaldo a dichas garantías lo encontraríamos en las normas constitucionales invocadas especialmente en los artículos 66, 76, 82; y, 332. Para completar el esquema se advierte que la condición de refutación que las entidades públicas plantearon fue que la accionante no fue despedida sino que su contrato había cumplido su plazo.

La lógica inductiva plasmada desde el análisis del caso concreto permite estructurar una sentencia que crea derecho objetivo, es decir; las apreciaciones, consideraciones y resoluciones adoptadas no son exclusivas para el caso en particular sino que tienen un efecto *erga homnes*.

La decisión responde de forma efectiva a los problemas jurídicos establecidos por la Corte Constitucional, utilizando sus propios precedentes jurisprudenciales para definir por ejemplo la igualdad, no discriminación y la seguridad jurídica; que han sido desarrollados con anterioridad en diversos pronunciamientos de la misma Corte Constitucional y que se reafirman con la emisión de la Sentencia 072-17- SEP-CC mediante la que otorga protección a las mujeres embarazadas y en lactancia para evitar en estos casos la supresión de puestos y partidas presupuestarias.

Sin embargo, es imprescindible precisar que pese a las muy buenas intenciones de la Corte Constitucional por asegurar a los grupos de atención prioritaria condiciones óptimas para el ejercicio de sus derechos, debemos reflexionar si estas protecciones pueden resultar contraproducentes; ya que en el ámbito laboral los empleadores podrían prescindir de forma total de contratar a mujeres; es decir, se protegería a quienes se encuentran en el campo laboral público pero podría suscitarse un efecto contrario para las mujeres que pretenden ingresar al servicio público.

Conclusiones

1. Ha existido una gran contradicción entre las obligaciones del estado establecidas en la Constitución para proteger su cumplimiento, la obligación de motivar las decisiones de la administración pública, y, el ejercicio pleno de los derechos de los grupos de atención prioritaria, de forma particular de las mujeres embarazadas, frente a las prácticas administrativas cargadas de discrecionalidad e incluso arbitrariedad para terminar de forma unilateral una relación contractual por servicios ocasionales al amparo de la LOSEP y su Reglamento.
2. Las normas infra-constitucionales no pueden aplicarse alejándose y desconociendo el contenido de los principios constitucionalmente reconocidos. En la terminación unilateral de los contratos de servicios ocasionales la administración pública inobserva principios básicos del debido proceso como la motivación, al aplicarse con la sola invocación de la causal f) del Art. 146 del Reglamento a la LOSEP y el Art. 58 de la LOSEP sin que exista una relación entre los hechos y el derecho. Lo que evidentemente atenta contra los derechos constitucionales de los administrados.
3. Resulta lógico esperar que toda autoridad, sea administrativa o judicial, realice una aplicación directa de la constitución, más aun tratándose de proteger y garantizar los derechos de los administrados cuando se trata de procesos que deciden sobre derechos y obligaciones de grupos de atención prioritaria, en particular de mujeres embarazadas. Es el Estado quien tiene la obligación de propiciar cambios favorables a la equidad, igualdad y la justicia entre hombres y mujeres para establecer políticas y mecanismos orientados a identificar y eliminar procesos discriminatorios, de exclusión, y violación de derechos.
4. La administración pública, para efectivizar el goce de los derechos tanto de los funcionarios y servidores, como de los usuarios externos, no puede perder de vista el cumplimiento de los principios generales de la administración pública y los principios constitucionales del servicio público, a fin de erradicar toda forma de discriminación. Para ello es menester incluir enfoques de género para resolver

procesos administrativos o judiciales, de forma especial cuando en las relaciones de poder asimétricas por sexo, género, orientación o preferencia sexual, se involucran a grupos de atención prioritaria.

5. De la revisión de los expedientes judiciales se puede establecer que existen limitaciones respecto de litigación a través de garantías jurisdiccionales, específicamente mediante las acciones de protección, lo que entorpece la exigibilidad de los derechos por la inadecuada proposición del problema que ocasiona la violación de derechos para presentarlo como un tema de estricto orden constitucional. Considero importante destacar este detalle, puesto que de lo contrario aparecería implícita la idea de que la administración de justicia carece de sensibilidad y compromiso social para proteger y exigir el cumplimiento de los derechos, afirmación que no sería justa ya que existen variables que deben ser consideradas además del resultado obtenido en un proceso judicial.
6. La Corte Constitucional, a través de sus sentencias, no protege simplemente a las mujeres embarazadas en sus derechos laborales, sino que se encuentra implícita en su decisión la protección y garantía de los derechos del niño (interés superior del menor), lo que se evidencia al extender la protección más allá del periodo de embarazo incluyendo además el periodo de lactancia; y mucho más importante es que los razonamientos utilizados pueden extenderse a todos los grupos de atención prioritaria en relación de dependencia.

Fuentes Bibliográficas

- Abramo, L. (Editor). (2006). Trabajo decente y equidad de género en América Latina. Santiago-Chile: Organización Internacional del Trabajo.
- Armas Dávila, A. (2008). Empleo Público en Ecuador: una Mirada desde el Género. Quito-Ecuador: CONAMU / FES- ILDIS / ISP / SENRES.
- Ávila Santamaria, R. (2012). *En defensa del Neoconstitucionalismo Transformador: Los debates y los argumentos*. Recuperado el 30/04/2016 de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2922/1/%C3%81vila,%20R-CON-004-En%20defensa.pdf>
- Barberá, E. y Ramos López, A. (2004). *Liderazgo y Discriminación de Género*. Recuperado el 30/04/2016 de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=997845>
- Bernal Carrera, G. (2011). *Reconocimiento formal, Discriminación real: los derechos de las mujeres en Ecuador en 2011*. Recuperado el 06/05/2016 de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3650/1/DH-Inf-2011-Bernal-Reconocimiento.pdf>
- Bravo Izquierdo, C. (2016). *Tratado de Derecho Constitucional*. Cuenca: Ediciones CARPOL.
- Caicedo Tapia, D. y Porras Velasco, A. (2010). “Prologo” En *Igualdad y No discriminación el reto de la diversidad*. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.
- Cançado Trindade, A. (2008). “La ampliación del contenido material del ius cogens”. En Comité Jurídico de la Organización de Estados Americanos OEA: *Aspectos Jurídicos del Desarrollo Regional. XXXIV Curso de Derecho Internacional*. Santiago de Chile: 1-16.
- Castellanos, G. (1991). *¿Por qué somos el segundo sexo? Genealogía de una idea social*. Cali-Colombia: Centro Editorial Universidad del Valle.
- Cevallos Zambrano, I. (2009). *La acción de protección ordinaria formalidad y admisibilidad en el Ecuador*. Tesis de maestría no publicada. Disertación Doctoral no publicada, Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.

- Cobo, R. (2012). “Hacia una nueva política sexual”. En EUNOMÍA Revista de Cultura de la Legalidad. Nro. 2. Pp. 239-243.
- De Sousa Santos, B. (2010). “Desigualdad, exclusión y globalización: hacia la construcción multicultural de la igualdad y la diferencia1”. En Caicedo Tapia, D. y Porras Velasco, A. (editores) *Igualdad y No discriminación el reto de la diversidad*. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos humanos y Cultos. Pp. 3-52.
- Durán, L. (2009). “Presentación”. En Movimiento de mujeres, Agenda de las Mujeres para la nueva Constitución. *Constitucionalismo y emancipación desde la perspectiva del movimiento de mujeres*. Recuperado el 06/04/2016 de <http://repositorio.uasb.edu.ec>
- Facio, A. (s/f). *Lectura de apoyo I Feminismo, género y patriarcado*. Recuperado el 06/04/2016 de <http://cidemac.org/PDFs/bibliovirtual/VIOLENCIA%20CONTRA%20LAS%20MUJERES/Genero,%20Derecho%20y%20Patriarcado.pdf>
- Luigi Ferrajoli, L. (2010). “Igualdad y diferencia”. En Caicedo Tapia, D. y Porras Velasco, A. (editores) *Igualdad y No discriminación el reto de la diversidad*. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos humanos y Cultos. Pp.155-182.
- Guzmán, V. (1997). La equidad de género como tema de debate y de políticas públicas Recuperado el 05/04/2016 de http://www.inmujeres.gub.uy/innovaportal/file/21656/1/19_guzman1998_genero_pols_pubs.pdf
- Herrera Mosquera, G. (2001). “Presentación”. En *Los estudios de género en el Ecuador: entre el conocimiento y el reconocimiento*. Quito: FLACSO sede Ecuador.
- Melish, T. (2003). *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Quito: SERGRAFIC.
- Mendoza, J. (2015). *Los derechos de las mujeres: del reconocimiento constitucional a su aplicación efectiva*. Disertación Doctoral no publicada, Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.

- Olsen, F. (1990). “El sexo del derecho”. Publicado en David Kairys (editor), *The Politics of Law* (Nueva York, Pantheon, 1990) Traducción de Mariela Santoro y Christian Courtis: 452-467.
- Pérez, E. (2014). *Guía Legal del Servicio Público*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito.
- Pérez Fernández, M. (2014). *Actitudes y cambio social ante la violencia: la sociedad patriarcal*. 1ra edición. Universidad de Salamanca.
- Pizani, M. (2009). “Los Derechos Humanos de las Mujeres en Ecuador”. En Programa andino de Derechos Humanos UASB (compilador): *¿Estado Constitucional de Derechos? Informe sobre Derechos Humanos Ecuador 2009*. Quito: Ediciones Abya-Yala: 449-463.
- Pizarro, R. (2001). *La vulnerabilidad social y sus desafíos: una mirada desde América Latina*. Santiago de Chile: Naciones Unidas CEPAL-Serie Estudios estadísticos y prospectivos.
- Prieto Sanchís, L. (2010). “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”. En Caicedo Tapia, D. y Porras Velasco, A. (editores) *Igualdad y No discriminación el reto de la diversidad*. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos. pp. 95-154.
- Truffo, M. (s/f). “Consideraciones sobre prueba y motivación”. En *Consideraciones sobre la prueba judicial*. pp. 17-46.
- Weller, J. (2009). *El fomento de la inserción laboral de grupos vulnerables. Consideraciones a partir de cinco estudios de caso nacionales*. Santiago de Chile: CEPAL.
- Zavala Egas, J. (2011) *Lecciones de Derecho Administrativo*. Guayaquil: EDILEX S.A.

Normas Consultadas

- Constitución de la República del Ecuador, 2008.
- Convenio OIT sobre la Protección de la Maternidad, 2000
- Código del Trabajo, 2005.
- Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP), 2010

- Reglamento General a la Ley Orgánica del Servicio Público, 2011.
- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008.
- Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 2009.