



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO**

TEMA:

**La inconstitucionalidad en la incorporación de la figura del
despido ineficaz.**

AUTORES:

Sánchez Muñoz, Daniel Oswaldo

Salazar López, David Andrés

**Trabajo de titulación previo a la obtención del grado de
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA
REPUBLICA DEL ECUADOR**

TUTOR:

Bedrán Plaza, Abraham Eduardo

Guayaquil, Ecuador

06 de febrero del 2023



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS
CARRERA DERECHO

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación fue realizado en su totalidad por **Sánchez Muñoz, Daniel Oswaldo** y **Salazar López, David Andrés** como requerimiento para la obtención del Título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador**.

TUTOR

f. 

ABRAHAM EDUARDO BEDRÁN PLAZA

DIRECTOR DE LA CARRERA

f. _____

Dra. Nuria Pérez Puig-Mir, Phd

Guayaquil, a los 06 de febrero del año 2023



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS
CARRERA DERECHO**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Nosotros, **Sánchez Muñoz, Daniel Oswaldo**
Salazar López, David Andrés

DECLARAMOS QUE:

El Trabajo de Titulación, **La inconstitucionalidad en la incorporación de la figura del despido ineficaz**, previo a la obtención del Título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador** ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, nos responsabilizamos del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

Guayaquil, a los 06 días del mes de febrero del año 2023

LOS AUTORES

f. _____
Sánchez Muñoz, Daniel Oswaldo

f. _____
Salazar López, David Andrés



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS
CARRERA DE DERECHO**

AUTORIZACIÓN

Nosotros, **Sánchez Muñoz, Daniel Oswaldo**
Salazar López, David Andrés

Autorizamos a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, **La inconstitucionalidad en la incorporación de la figura del despido ineficaz**, cuyo contenido, ideas y criterios son de nuestra exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 06 días del mes de febrero del año 2023

LOS AUTORES

f. _____
Sánchez Muñoz, Daniel Oswaldo

f. _____
Salazar López, David Andrés



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS
CARRERA DE DERECHO

REPORTE URKUND

URKUND

Documento: UTE_DS_Y_DS - SOLO CONTENIDO.docx (D156339979)

Presentado: 2023-01-19 10:06 (-05:00)

Presentado por: abraham.bedran@cu.ucsg.edu.ec

Recibido: paola.toscanini.ucsg@analysis.orkund.com

Mensaje: Fwd: UTE DANIEL SANCHEZ - DAVID SALAZAR (SOLO CONTENIDO) [Mostrar el mensaje completo](#)

4% de estas 17 páginas, se componen de texto presente en 10 fuentes.

Lista de fuentes Bloques

PAOLA TOSCANINI (paola.toscanini@cu.ucsg.edu.ec)

	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil / COMPLEXIVO AB. Nataly Robalino CONSTITU...
	UNIVERSIDAD DE CUENCA / (null)
	UNIVERSIDAD DE GUAYAQUIL / (null)
	Universidad Técnica Particular de Loja / (null)
	UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA ECOTEC / (null)
	https://www.trabajo.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/11/C%C3%B3digo-de-Tab...
	https://repositorio.uisek.edu.ec/bitstream/123456789/4687/1/RICARDO%20LARA.pdf

0 Advertencias. Reiniciar. Compartir

f. 
David Andrés Salazar López

f. 
Daniel Oswaldo Sánchez Muñoz

EL TUTOR

f. 
Mgs. Bedrán Plaza, Abraham Eduardo



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y POLITICAS

CARRERA DE DERECHO

TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

f. _____
(NOMBRES Y APELLIDOS)
OPONENTE

f. _____
Dr. LEOPOLDO XAVIER ZAVALA EGAS
DECANO

f. _____
Ab. MARITZA REYNOSO GAUTE, Mgs.
COORDINADOR DEL ÁREA

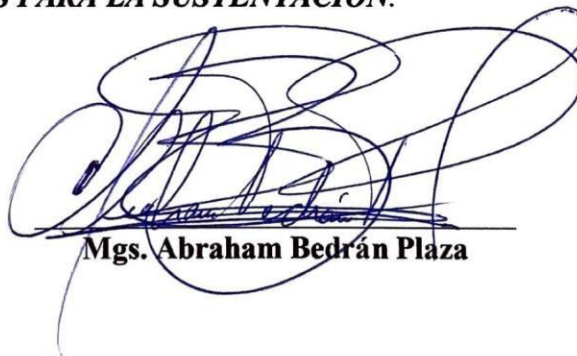


UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

Facultad: Jurisprudencia
Carrera: Derecho
Periodo: UTE B 2022
Fecha: 23 enero de 2023

ACTA DE INFORME FINAL

El abajo firmante, docente tutor del Trabajo de Titulación denominado **LA INCONSTITUCIONALIDAD EN LA INCORPORACION DE LA FIGURA DEL DESPIDO INEFICAZ** elaborado por los estudiantes **DANIEL OSWALDO SÁNCHEZ MUÑOZ DAVID ANDRÉS SALAZAR LÓPEZ**, certifica que durante el proceso de acompañamiento dicho estudiante ha obtenido la calificación de **DIEZ PUNTO (10)**, lo cual lo califica como **APTOS PARA LA SUSTENTACIÓN**.



Mgs. Abraham Bedrán Plaza

ÍNDICE

RESUMEN.....	IX
ABSTRACT.....	X
INTRODUCCIÓN	2
1. Contexto en el que se desarrolla la reforma: nociones iniciales	5
1.1. Paradigma constitucional actual.	5
1.1.1. La protección a las trabajadoras en estados asociados al embarazo.....	7
1.1.2. El Interés Superior del Menor.....	9
1.2. La progresividad y no regresividad de derechos.....	11
1.3. El complejo principio constitucional de igualdad.	13
1.4. El derecho de acceso a la administración de justicia.....	15
2. Vulneraciones simultáneas en la que incurrió la reforma.....	17
2.1. Vulneración del principio de progresividad y no regresividad.....	17
2.2. La vulneración al principio de igualdad y no discriminación.	21
a) La comparabilidad.	23
b) La constatación de un trato diferenciado.	23
c) La verificación del resultado.	24
2.3. La vulneración al derecho de acceso a la administración de justicia.....	25
Conclusiones	28
Recomendaciones.....	29
Referencias	30

RESUMEN

Un lunes, 20 de abril del 2015, se publicó en el Registro Oficial la flamante Ley Orgánica para la Justicia Laboral y el Reconocimiento del Trabajo en el Hogar. Con la expedición de esta ley, el Código de Trabajo ecuatoriano dio la bienvenida a la figura del despido ineficaz; acción laboral que pueden plantear las mujeres en estados asociados al embarazo– y los dirigentes sÍndicos- que hayan sufrido un despido por su condición *per se*. Esta novedosa figura eclipsó el resto de cambios que se realizaron con la referida reforma, y poco se habla de otro cambio importante: también unificó las acciones que los trabajadores podían plantear si sufrían un despido por discriminación – antes se encontraban dispersos en el Código de Trabajo-, y otorgó el beneficio en común a todos aquellos, que consistía en una indemnización especial de un año completo de remuneración adicional como medida de compensación. Sin embargo, existe una inconstitucionalidad en las modificaciones que planteó el legislador, y es que, sin previo aviso, restringió el plazo de interposición la acción encaminada a la compensación por el despido discriminatorio, únicamente a dos grupos específicos: los dirigentes sindicales y las mujeres en estados asociados al embarazo.

Palabras Claves: Constitucional, Reforma, Despido, Ineficaz, Discriminatorio, Inconstitucional, Indemnización, Plazo, Mujer, Embarazo.

ABSTRACT

On Monday, April 25th of 2015, the brand-new Organic Law for Labor Justice and Recognition of Housework was published in the Ecuadorian Official Record. With its expedition, the Ecuadorian Labor Code welcomed a new legal figure called “Unlawful dismissal”; legal step that pregnancy-related condition – and/or union representative- employees, that had suffered a dismissal based on the referred condition by itself, could take. This innovative legal concept eclipsed all other changes that were applied within the referred law, since little is spoken from the fact that it also unified the action that workers could raise if they suffered a dismissal due to discrimination – before this, they were dispersed all over the Labor Code- and granted a common benefit to all of them, that consisted of a special reparation of an additional full year of salary. However, there’s an unconstitutionality hidden around the modification that legislative branch did, and it is that without warning, the statutory deadline to raise this action is now restricted only for two specific groups of people: the union representatives and pregnancy-related employees.

Key Words: Constitutional, reform, dismissal, unlawful, discrimination, unconstitutionality, reparation, deadline, women, pregnancy.

INTRODUCCIÓN

En un país como Ecuador, que adolece de altos porcentajes de trabajo en informalidad (conforme al INEC, en el 2021 Ecuador tuvo un porcentaje de 23,2% de informalidad en el trabajo), ser mujer es silenciosamente penado en el ámbito laboral: solo en el año 2021 existió una diferencia en los niveles de *empleo adecuado* – empleo por el que se percibe un ingreso igual o superior al Salario Básico Unificado (SBU), y por el que se labore 40 horas semanales o más- siendo ampliamente mayor para los hombres (37,8%) que para las mujeres (25,5%). Como si esto no fuera suficientemente malo, ser madre lo empeora aun más: existe una brecha profunda en los niveles de empleo, del 11%, entre las mujeres que no son madres (66%) y las que sí lo son (55%).

El legislador constituyente – gracias a Dios...- supo reconocer este grave problema, y es así que, entre las tareas que el Estado ecuatoriano tiene asignadas por parte de la Constitución, como Estado Constitucional de Derechos y Justicia conforme al Art. 1 de nuestra Constitución (de ahora en adelante CRE), está el eliminar riesgos laborales que afecten la salud reproductiva de las trabajadoras en estados asociados al embarazo. Así, la CRE ha establecido, en su Art. 332, dos prohibiciones específicas al respecto: prohibición del despido y prohibición de discriminación.

El *esfuerzo* más notorio que ha hecho el legislador por materializar este precepto, en tiempos relativamente recientes, se reflejó en la expedición de la flamante LEY ORGÁNICA PARA LA JUSTICIA LABORAL Y EL RECONOCIMIENTO DEL TRABAJO EN EL HOGAR, el día lunes veinte de abril del dos mil quince, publicada en el Tercer Suplemento del Registro Oficial No. 483, (de ahora en adelante, y para efectos de este trabajo, se la referirá simplemente como “reforma”).

La referida reforma implementó en el Código de Trabajo ecuatoriano la nueva figura denominada *despido ineficaz*: acción laboral que pueden activar las trabajadoras en estados asociados al embarazo que han sufrido un despido sin justificación, y por la cual se busca la declaratoria de ineficacia del

mismo. Con la declaratoria de ineficacia – esto es, que el juez de trabajo declare con lugar la demanda- establece dos salidas posibles para la trabajadora damnificada, de las cuales tiene que escoger: (i) el reintegro inmediato al puesto de trabajo, o (ii) una indemnización especial por haber sufrido el referido despido.

Sería bueno recordar ahora el viejo adagio que reza: *el infierno está lleno de buenas intenciones*. En este caso, la *intención* del legislador fue perfecta: otorgar mecanismos adicionales de restitución-compensación para salvaguardar derechos constitucionalmente reconocidos, a través de la incorporación de la referida figura.

No solo esto, sino que también incorporó, en el penúltimo inciso del (ahora) artículo 195.3 del Código de Trabajo, la posibilidad de toda persona que haya sufrido un despido de manera discriminatoria, de poder acceder a una indemnización especial, que antes el Código de Trabajo preveía de manera dispersa y solo para ciertos casos de discriminación.

Sin embargo, en la regulación procedimental para el acceso a esta indemnización inició el problema que vulneraría derechos y haría estallar una inconstitucionalidad.

El presente trabajo pretende demostrar al lector la inconstitucionalidad oculta, disimulada, casi imperceptible, de la que vino acompañada la reforma que incorporó la figura del despido ineficaz, y es que mientras se aplaudía la flamante figura incorporada a la normativa laboral, se ignoraba un fantasma incorporado al mismo tiempo: la modificación del plazo con el que contaban, específicamente, las trabajadoras en estados asociados al embarazo para buscar la tutela judicial de estos derechos y la consecuente indemnización por su afectación.

Para esto, el trabajo consistirá en explicar **(i)** el paradigma constitucional en el que se desarrolla la reforma, así como los postulados sustantivos de los cuales inspirarse para el desarrollo de la normativa; y, **(ii)**

la consecuente vulneración a los principios constitucionales de progresividad y acceso a la justicia, y al valor constitucional de igualdad (formal).

1. Contexto en el que se desarrolla la reforma: nociones iniciales

1.1. Paradigma constitucional actual.

Es un mal necesario empezar el trabajo con un criterio ya conocido y replicado incasables veces desde el 2008; la entrada en vigencia de la denominada Constitución de Montecristi causó en el ordenamiento jurídico ecuatoriano lo que probablemente sea su metamorfosis más significativa en su historia republicana.

En la actualidad, ninguna constitución moderna es puramente formal o puramente sustantiva, sino en todo caso más de una u otra. En esto citamos al Dr. Luis Prieto Sanchís (2009) que afirma:

Lógicamente, ninguna de estas categorías se da en estado puro: las constituciones, por muy formales que sean, necesariamente han de incorporar algunos preceptos sustantivos, aunque solo sea para asegurar las condiciones de la formación democrática de la ley; y, por muy material que quiera ser, ninguna constitución podría descender a la regulación de tantos detalles que hiciera superflua la acción del legislador. (p.42)

En el caso del Estado y territorio ecuatoriano, gozamos de una Constitución mayoritariamente sustantiva. Esta dejó de ser un texto rígido limitado a regular competencias y/o la separación y organización de los poderes públicos. En su lugar, adoptó el famoso modelo de Estado Constitucional de Derechos.

Es ahora la encargada de regular y vincular elementos jurídicos sustanciales, reconocer derechos, y manifestar que es lo que la sociedad y el Estado ecuatoriano respeta y hace respetar; la Constitución es ahora entendida como medio y fin, como herramienta y resultado.

Así, a diferencia de las constituciones anteriores, que si bien es cierto ya pregonaban la supremacía constitucional¹, esta nueva declaración como Estado de Derechos impuso la *Cláusula Abierta de Derechos*² y el consecuente espanto al *Bloque de Constitucionalidad*³. Derivado de esto, el Art. 424⁴, si bien reconoce la supremacía absoluta de nuestra Constitución y su capacidad de dibujar al resto de nuestro sistema económico-político-social, plasma un caso específico en el que la Constitución deja la cima de la pirámide (o en todo caso la comparte): los instrumentos internacionales en materia de DDHH.⁵

En suma, en nuestro nuevo paradigma constitucional el Estado ha asumido la responsabilidad superlativa del respeto y desarrollo integral de los DDHH, así como la aplicación inmediata de normas que más favorezcan al contenido de los mismos. Es la *razón de ser* de nuestro ordenamiento jurídico.

Por lo demás, el rumbo que ha tomado el ordenamiento jurídico ecuatoriano es el de una Constitución intrusiva, incisiva, presente en todos y cada uno de los ámbitos de las relaciones jurídicas. La plasmación del amplio repertorio de derechos es, sin duda, su característica más criticada y/o aplaudida, y es que esto es lo que pretende el neoconstitucionalismo: una constitución que perturbe, que inunde cada ámbito de las actuaciones públicas y/o privadas, recordando que existen cancha y reglas del juego, sí,

¹ Véanse Arts. 137 de la Constitución del Ecuador del 1978 y 272 de la Constitución del Ecuador de 1998.

² Véase el Núm. 7 del Art. 11 de la Constitución de la República del Ecuador.

³ Véase el Art. 426 de la Constitución de la República del Ecuador.

⁴ Véase el Artículo 424 de la Constitución de la República del Ecuador, que establece: "(...) *La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público*".

⁵ Los instrumentos internacionales tienen dos vertientes principales: (i) *soft law*, por la cual se postulan principios generales y abstractos, y (ii) el *hard law*, en el cual se pactan obligaciones específicas y concretas. Ni la Constitución los distingue, ni una interpretación pro-homine lo permitiría: cualquier tipo de instrumento internacional que reconozca derechos más favorables, tiene que ser respetado y aplicado de manera directa. Véase para tales efectos el Art. 417 de la Constitución y Sentencia No. 11-18-CN/19 emitida por la Corte Constitucional del Ecuador, Párrs. 23 y Sgtes.

pero si aquellas no se adecúan al respeto por DDHH, no pueden gozar de validez.

La tarea del legislador no se abstrae de este deber, y entre las garantías constitucionales consagradas, este paradigma actual de nuestra Constitución ha establecido tres garantías constitucionales fundamentales, se encuentran las garantías normativas, contempladas en su Art. 84 Estas apuntan a *garantizar* el carácter de nuestra Constitución en toda labor de órganos con potestad normativa, adecuando su contenido formal y material a toda la demás regulación de este tipo – normativo-.

La adecuación formal de la que habla dicho artículo, se compone, a su vez, de dos dimensiones distintas; una formal, que significa que el proceso de expedición de normas debe tener información previa, debe basarse en informes, reuniones, consultas previas – cuando fuere aplicable-, entre otras cosas, y la material, que es el respeto directo al contenido constitucional.

Es así que, en lo que a la reforma de la que tratamos atañe, los contenidos que tienen que ser observados y adecuados son los siguientes:

1.1.1. La protección a las trabajadoras en estados asociados al embarazo.

Dentro del prolífico catálogo de DDHH que el bloque de constitucionalidad impone al Ecuador, está la protección contra la discriminación en contra de la mujer en estados asociados al embarazo que establece la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. En su artículo 3 establece la obligación de adoptar medidas especiales para proteger a la maternidad en todas sus formas (embarazo, licencia de maternidad o periodo de lactancia).

En lo que a nuestra Constitución respecta, la mujer en estados asociados al embarazo tiene tres momentos en los que se reafirma su

protección: El primer momento lo encontramos en el artículo 35, que consagra a este grupo como uno de *atención prioritaria*. Esta categoría es utilizada para referirse a grupos que, por su condición (ya sea raza, sexo, edad, etc.), se les dificulta incorporarse plenamente en la sociedad y acceder a una condición de vida óptima. El artículo finaliza estableciendo la obligación estatal de prestar una especial atención y protección a estos casos, para intentar equiparar sus condiciones con las de las personas plenamente incorporadas en la sociedad.

El segundo momento llega en el artículo 43, que establece la garantía, a las mujeres en estados asociados al embarazo, de la prohibición de su discriminación en ningún ámbito (sea social, laboral, etc.), la gratuidad de servicios de salud, la protección prioritaria durante las etapas de la maternidad, y las facilidades para su pronta recuperación una vez ocurrido el parto.

El tercer momento llega en el Art. 332, cuando amplía la garantía del respeto a los derechos reproductivos de las trabajadoras (que se había instaurado en el segundo momento) y la consecuente prohibición de su despido y/o de su discriminación en función de su condición.

Esto implica necesariamente que el Estado ecuatoriano tiene como tarea integrar a las mujeres en estados asociados al embarazo al mundo laboral. Y es que hasta la actualidad, el conflicto se sigue presentando porque hay quienes creen que la vida laboral de la mujer trabajadora no puede coexistir con sus roles reproductivos/coparentales. Como bien explican ciertos autores:

El viejo conflicto entre responsabilidades familiares y laborales subyace hasta nuestros días en el ordenamiento jurídico vigente y (...) representa en gran medida la causa que explica las dificultades para asegurar una efectiva igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el ámbito laboral. (...) [pues] la pervivencia del viejo modelo de

hombre proveedor y mujer cuidadora en el trasfondo de la actual legislación laboral, termina afectando también la calidad de vida familiar, las oportunidades de realización material y social de los miembros de la familia y, en particular, los derechos de los niños a recibir cuidados y atenciones directas de su madre y de su padre. (Caamaño, 2009, p. 176)

Y es que, como si no fueran pocos los prejuicios de los empleadores – y de nuestra sociedad ecuatoriana en general- en el ámbito laboral, las mujeres embarazadas, además, tienen que lidiar con el estrés y consumo de energía que demanda la situación de embarazo, el cuidado del neonato, la lactancia, etc. Así, las desventajas en perjuicio de las mujeres incrementan. De ahí que, para la Corte Constitucional del Ecuador (de ahora en adelante se la referirá únicamente como “Corte Constitucional”) (2020), es de suma importancia “continuar desarrollando progresivamente los precedentes sobre los derechos de las mujeres trabajadoras y lograr así una mejor protección” (p. 13).

1.1.2. El Interés Superior del Menor.

Nuestra Constitución consagra el Interés Superior del Menor en su art. 44, siendo referido y entendido como una vía efectiva de consecución del pleno ejercicio los derechos del menor, a través de la promoción del desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes de forma prioritaria.

Sobre este principio, nuestra Corte Constitucional (2020) ha explicado que su implementación comporta necesariamente un concepto dinámico⁶, en tanto y cuanto el ámbito de protección del menor debe considerarse en todo

⁶ Sin perjuicio de esto, hay que aclarar que todo principio o valor constitucional, en un punto u otro, comporta un concepto dinámico debido a su naturaleza y las diversas esferas en las que pueden ser invocados.

asunto que lo afecte o pueda afectarlo, tanto de manera pública como particular.⁷

Nuestra Corte Constitucional (2015) explica en su sentencia 064-15-SEP-CC que el interés superior del niño es un principio cardinal importantísimo en materia de derechos de los niños, niñas y adolescentes, el mismo que tiene una especial consideración primordial encaminada a la adopción de políticas -tanto públicas como privadas- en favor de este grupo, además de contar con reconocimiento a nivel de acuerdos internacionales, adquiriendo el carácter de norma de derecho internacional.

Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño de la Organización de la Naciones Unidas, en la Observación No. 14 referente al Interés Superior del Niño y que sea tratado de manera primordial, ha dejado por sentado que el Interés Superior del Menor debe ser entendido específicamente como una norma de procedimiento; cuando estemos ante una decisión que pueda afectar a un menor, el proceso de resolución debe tomar en cuenta las posibles repercusiones que existan para aquellos.

Es así que entra en juego el Interés Superior del Menor; cuando hablamos de la mujer en estados asociados al embarazo, es imposible deslindar al que está por nacer o que ya ha nacido. En primer lugar, porque nuestra Constitución reconoce en su artículo 45 que la protección del menor ocurre desde la concepción misma. En segundo lugar, porque la Constitución le garantiza al menor una nutrición correcta, salud, educación, entre otras.

De ahí que la estabilidad laboral de la madre juega un papel fundamental para garantizar condiciones que satisfagan este derecho; si el menor cuenta con una madre solvente, estas necesidades serán cubiertas sin complicaciones. Aquí aceptamos como poético el establecimiento que hace la Constitución respecto al trabajo: *una fuente de realización personal*.

7 Véase para tales efectos la sentencia No. 525-14-EP/20. Corte Constitucional del Ecuador.

1.2. La progresividad y no regresividad de derechos.

La progresividad, como principio de un modelo de Estado, se hizo presente mucho antes de su reconocimiento en la Constitución actual, en el Art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁸, de la cual Ecuador es Estado parte desde 1997, y establece:

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante cooperación internacional, especialmente económica y técnica, **para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos** que se derivan de las normas económicas, sociales (...) por vía legislativa u otros medios apropiados.

(nota: texto en negritas son nuestras)

Nuestra Constitución, por su parte, consagra la progresividad y no regresividad de derechos en el octavo numeral del artículo 11 de nuestra Constitución:

8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio.

Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos

⁸ Sin perjuicio de la razón por la que se habla de este convenio en el contexto ut supra, cabe resaltar el preámbulo de este tratado, que en su parte pertinente establece: “*Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional...*”.

Es así que la progresividad y no regresividad van de la mano. Cuando se promueve el ejercicio de derechos reconocidos, se progresa; cuando se restringe, obstaculiza, o reduce el contenido de estos derechos, o sus mecanismos de satisfacción, no solo no existe progreso, sino que hay restricción y por lo tanto la labor del legislador adolece de inconstitucionalidad. En palabras de nuestra Corte Constitucional del Ecuador (2013), la progresividad supone “en concreto, que el Estado no puede implementar medidas que tengan como finalidad o como efecto, la disminución del nivel de reconocimiento y cumplimiento de derechos” (p. 12).

Así, por medio de este principio se le asigna al Estado la tarea fundamental del desarrollo integral de postulados de nuestra Constitución a través de normas infraconstitucionales, ya sea definiendo situaciones sustanciales y/o procedimentales, y debe ser una constante.

En el desarrollo progresivo del ordenamiento, el legislador juega un papel fundamental. En esto mencionamos al Dr. Ramiro Ávila Santamaría (2013), que en un acertado análisis explica la estrecha relación entre derechos y normas jurídicas. Está claro que no se requiere de desarrollo normativo para exigir derechos, pues para esto la Constitución tiene su carácter vinculante, es decir, sus postulados son de aplicación directa. Sin embargo, el desarrollo de legislación precisa – o al menos intenta precisar- el contenido específico de estos postulados, estableciendo mecanismos, condiciones de satisfacción, recursos, procedimientos, etc. La ley, si bien no es un requisito *sine qua non* para exigir derechos constitucionales, esclarece el contenido de los mismos, facilitando su exigibilidad frente a poderes públicos y/o privados.

Mencionamos, de paso, la libertad de configuración legislativa, pues resulta una suerte de antítesis a los límites que impone la constitución – si es que a la progresividad le podemos llamar “límite”-. Al respecto, nuestra Corte Constitucional (2022) ya se ha pronunciado indicando que la libertad de configuración legislativa “no es absoluta, puesto que debe ejercitarse dentro del marco de los principios y valores consagrados en la CRE y en respeto a

los derechos constitucionales de las personas, no siendo posible que estos sean vaciados de contenido” (p. 23).

En suma, en un Estado constitucional de Derechos y Justicia, los postulados de la Constitución son la fuente de inspiración para las actuaciones de privados y, en especial, poderes públicos. Ningún acto de los estos poderes puede mermar derechos, así como tampoco se pueden mermar las condiciones de protección que, para proteger a aquellos, se han instaurado.

1.3. El complejo principio constitucional de igualdad.

Es cierto que la igualdad comporta, desde el inicio de la edad moderna, un presupuesto necesario para la convivencia pacífica de las sociedades. En la actualidad, comporta el fundamento principal de las sociedades occidentales. En un acertado comentario, el profesor Carbonell (2015) expone que “desde el nacimiento mismo del Estado Constitucional la igualdad no ha dejado de figurar como uno de los principios vertebradores de dicho modelo de estado” (p. 14).

No es menos cierto que el concepto de igualdad es difícil de definir, muchas veces sus acepciones varían conforme a la ideología política de cada exponente, y definitivamente su aplicación varía según el sistema político social. No para todos, ser igual, significa lo mismo.

Los autores aceptamos como acertada la aproximación respecto a que el concepto de igualdad deviene en genérico y superfluo si, como bien lo estableció el profesor Bobbio (1993): “...no se está en condiciones de responder a dos preguntas: a) “¿Igualdad entre quienes?” y b) “¿Igualdad en qué?”” (p. 54). Así, nuestra Constitución responde estas dos interrogantes en el Núm. 2 de su Art. 11, estableciendo específicamente que todas las personas son iguales (*igualdad entre quienes*), y gozan de los mismos derechos, deberes y oportunidades (*igualdad en qué*).

Ahora bien, en este punto cabe diferenciar entre las dos dimensiones que el principio de igualdad comporta: su dimensión material y su dimensión formal.

Sobre la primera dimensión, citamos a Carmona (1994) que expresa que esta dimensión es entendida “como una reinterpretación de la igualdad formal en el Estado social de Derecho que, teniendo en cuenta la posición social real en que se encuentran los ciudadanos, tiene a una equiparación real y efectiva de los mismos” (p. 265).

La dimensión formal, por su parte, pregona la igualdad ante la ley: todos los individuos son vistos de la misma manera por el Estado; todos merecen la tutela expedita y efectiva de sus derechos, el acceso gratuito a la justicia, el derecho al trabajo, a la salud, vivienda, etc.

En lo que a nosotros respecta, el Núm. 4 del Art. 66 de nuestra Constitución le ha delegado al Estado ecuatoriano la tarea de garantizar a las personas esta igualdad en ambas de sus dimensiones. Esta responsabilidad se denota a lo largo y ancho de la constitución – se puede hablar de la igualdad como un *valor*⁹ constitucional, inclusive-, y su ejemplo más cercano es el compromiso de la protección de las mujeres embarazadas (en función de su situación de doble vulnerabilidad) para equiparar su participación en el ámbito laboral.

Es, sin embargo, utópico pensar que, en el presente siglo, cualquier sociedad (incluso las más avanzadas en términos económicos, como China, la Unión Europea o EEUU) alcanzarán esta realidad de una igualdad material. Pero la igualdad formal es un requisito *sine qua non* si se desea mantener una sociedad pacífica, y es algo alcanzable, si no palpable – aun virtualmente...- a corto plazo.

⁹ Existe una diferencia conceptual entre valor y principio constitucional. Los valores constitucionales son parte de la esencia misma de una Constitución, el *axis* en torno al cual gira el resto del ordenamiento jurídico; los principios constitucionales son más específicos y concretos: dan guías en un espacio determinado.

1.4. El derecho de acceso a la administración de justicia.

El derecho de acceso a la justicia se encuentra garantizado de manera implícita en el Art. 75 de nuestra Constitución. Respecto a la importancia del derecho de acceso a la justicia, como tal, es que este consagra el derecho las personas en el territorio ecuatoriano para que cuenten con mecanismos idóneos, eficaces, efectivos, con los cuales valer sus derechos, activando el aparato estatal y la tutela judicial.

De manera similar al principio de igualdad, el acceso a la justicia es un principio básico de un Estado democrático – y ni se diga de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia-. En un sistema de este tipo, las personas pueden y deben hacer oír su voz frente a situaciones adversas que se les presenten, y deben ser escuchadas en igualdad de condiciones, procurando recibir una respuesta del órgano jurisdiccional que haya escuchado su reclamo.¹⁰

Nuestra Corte Constitucional ha dejado por sentado que este derecho implica dos momentos específicos, siendo estos (i) el derecho de acción y (ii) el derecho a tener una respuesta a las pretensiones.

El derecho de acción, por un lado, es independiente de las pretensiones que formule o plantee el actor. Es tanto así, que, por ejemplo, en los casos de abuso del derecho de garantías jurisdiccionales (contempladas en el Art. 23 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales), la Corte Constitucional ha establecido que aun cuando de la sola lectura de la demanda se identifiquen características de esta figura¹¹, el Juez constitucional no queda exento de

¹⁰ En este punto se estaría tocando implícitamente el tema de las garantías del debido proceso, que parecen estar presentes perennemente en la vida de los ecuatorianos. Sin embargo, por no ser el tema principal del presente trabajo, los autores no desarrollarán al respecto.

¹¹ En el abuso del derecho deben concurrir varios tipos de identidades: identidad subjetiva, objetiva y de pretensión.

analizar a detalle el fundamento de la acción para, una vez palpado que no existe vulneración de derechos, declarar que ha operado esta figura.¹²

El derecho a recibir una respuesta a las pretensiones, por su parte, obliga al Juez a otorgar una resolución a las pretensiones del accionante en la talla y medida de las garantías del debido proceso. Principal y transversalmente, la motivación.

¹² Véase para tales efectos la Sentencia No. 292-13-JH/22 emitida por la Corte Constitucional del Ecuador. Párrs. 24 y siguientes.

2. Vulneraciones simultáneas en la que incurrió la reforma.

La referida reforma vulneró simultáneamente todos los derechos explicados. Podríamos hablar de la fuerte presencia de interdependencia de los derechos constitucionales, establecido en el Núm. 6 del Art. 11 de nuestra Constitución. Al respecto:

2.1. Vulneración del principio de progresividad y no regresividad.

Nuestra Corte Constitucional ha establecido que este principio se vulnera cuando la potestad legislativa expide cualesquiera actos normativos que no respeten el grado alcanzado de protección para un derecho reconocido.¹³

Antes de la expedición de la referida reforma, el Código del Trabajo establecía en los dos últimos incisos de su Art. 154 lo siguiente:

Salvo en los casos determinados en el artículo 172 de este Código¹⁴, la mujer embarazada no podrá ser objeto de despido intempestivo ni de desahucio, desde la fecha que se inicie el embarazo, particular que justificará con la presentación del certificado médico otorgado por un profesional del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, y a falta de éste, por otro facultativo.

En caso de despido o desahucio a que se refiere el inciso anterior, el inspector del trabajo ordenará al empleador pagar una indemnización equivalente al valor de un año de remuneración a la trabajadora, sin perjuicio de los demás derechos que le asisten.

¹³ Véase para tales efectos la Sentencia No. 037-16-SIN-CC emitida por la Corte Constitucional del Ecuador. Pág. 12.

¹⁴ Artículo que detalla las causales por las que el empleador puede dar por terminado el contrato de trabajo.

Es decir, el Código de Trabajo establecía (i) la prohibición de despido de la mujer embarazada, y (ii) un mecanismo de compensación en caso de que se haya configurado la prohibición del despido de este grupo específico, que en el caso que ocupamos consiste en una indemnización especial de un año de remuneración adicional.

Hay que hacer énfasis remarcado en el hecho de que este artículo no establecía en ningún momento una limitación respecto al plazo de interposición, por lo que esta podía hacerse siempre y cuando no opere el plazo de prescripción establecido en el Art. 635 del Código de Trabajo, que son tres años.

Es así que, aquella disposición jurídica, contenía una norma¹⁵ que establecía sustantivamente una condición de compensación ante la vulneración simultánea de los dos derechos constitucionales antes explicados: la estabilidad laboral reforzada de las trabajadoras en estados asociados al embarazo y la prohibición de discriminación, y el interés superior del niño.¹⁶

Sin embargo, la reforma, como trillado intento del legislador por “*garantizar*” de manera más efectiva los derechos de mujeres en estados asociados al embarazo, derogó aquella disposición. En su lugar, expidió los (actuales) Arts. 195.1, 195.2 y 195.3 del Código de Trabajo.

La diferencia a simple vista parece nula. La prohibición absoluta del despido a las mujeres en estados asociados al embarazo¹⁷ sigue estando presente en el artículo 195.1, pero el mecanismo para buscar la tutela en caso

¹⁵ Se aprovecha la oportunidad para remitir al lector a la sentencia No. 50-14-IN/22, emitida por la Corte Constitucional del Ecuador, en la cual hacen una importante distinción entre *disposición jurídica* y *norma jurídica*. Párr. 19.

¹⁶ Más adelante, en el presente trabajo, se explica cómo y por qué estos derechos se encuentran intrínsecamente vinculados a aquella norma laboral.

¹⁷ Un avance real y aplaudible del legislador. El anterior Código de Trabajo establecía esta protección únicamente a la mujer embarazada, obviando – peligrosamente- a las mujeres en estados asociados (lactantes, post-parto, etc.).

de que peligre este candado cambió mediante la introducción de la acción de despido ineficaz.

El despido ineficaz, entonces, consiste en la acción judicial para solicitar ante un juez de trabajo la declaratoria de la ineficacia del despido a las mujeres en estados asociados al embarazo.

Conforme al artículo 195.3, si el juez declara la ineficacia, la encrucijada tiene dos posibles desenlaces a elección de la actora: (i) la trabajadora solicita el reintegro inmediato a su puesto de trabajo con la obligatoriedad del pago de todas las remuneraciones que no haya percibido durante el despido, más un 10% de recargo; o, (ii) la trabajadora no busca el reintegro, sino que solicita directamente la indemnización especial que anteriormente contemplaba el Código de Trabajo: un año de remuneración adicional, además de las indemnizaciones y bonificaciones contempladas normalmente ante un despido intempestivo.

Hasta aquí, lo único que arroja el análisis de aquella reforma es que existe un ámbito adicional de protección al que establecía el código pre-reforma, la capacidad del reintegro inmediato al puesto de trabajo. Sin embargo, la regresividad aparece en el artículo 195.2, cuando establece el plazo de treinta días para que la trabajadora despedida pueda formular esta acción, bajo pena de caducidad. Es tan severa la sanción de caducidad que opera una vez transcurridos los treinta días, que la Corte Nacional de Justicia se tomó el tiempo de aclarar la misma mediante la resolución No. 05-2016, estableciendo en su Art. 1:

Art. 1.- En los juicios individuales de trabajo por despido ineficaz previsto en el Art. 195.1 del Código del Trabajo, agregado mediante el Art. 35 de la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo del Hogar; las Juezas y Jueces del Trabajo, al momento de calificar la demanda, **declararán la caducidad de la acción únicamente si del propio texto del libelo inicial de la pretensión se**

determina que aquella ha sido ejercida fuera del plazo de treinta días contemplado en el Art. 195.2 del referido Código.

Es así que la trabajadora despedida por su condición asociada al embarazo tenía la posibilidad de buscar la indemnización especial que otorgaba el derogado Art. 154 mientras no operara el plazo de prescripción de treinta días. Después de la reforma, la trabajadora mantiene la posibilidad de buscar la misma indemnización especial, pero bajo el irrazonable y reducido plazo de treinta días, luego de lo cual la caducidad la inhabilita.

Ahora bien, la Corte Constitucional de Colombia¹⁸, citada por nuestra Corte Constitucional¹⁹ ha manifestado:

2.7. Del mismo modo la jurisprudencia constitucional estableció que el mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección de un derecho social existe prima facie la presunción de inconstitucionalidad de todo retroceso y la necesidad de realizar un juicio de constitucionalidad más severo en el caso de que se presenten legislaciones regresivas de éstos derechos.

Y efectivamente, se podría justificar que este plazo de treinta días sirva como mecanismo de celeridad, única y exclusivamente para el reintegro inmediato de las trabajadoras a sus puestos de trabajo; pues es cierto que con el despido de un trabajador, la vacante queda disponible y es cuestión de pocas semanas (sino días) para que se encuentre un reemplazo adecuado.

Si dejamos que transcurra tiempo en exceso, es lógico que el empleador encontrará a este reemplazo y la plaza será ocupada por un nuevo trabajador/a, que se convertirá en un tercero con un derecho adquirido legítimamente, y que con el paso de tiempo se consolidará aun más. Esta situación, una vez consolidada, no puede ser desconocida por ningún acto posterior, ya que se entiende válidamente incorporada y pertenece al umbral

¹⁸ Sentencia No. C-228/11 de la Corte Constitucional de Colombia. Pág. 28.

¹⁹ Véase nota 19 del presente trabajo. Pág. 14.

de certidumbre y seguridad jurídica.²⁰ Este derecho adquirido también se conoce como *situación jurídica consolidada*. Frente a esto, sería una situación arbitraria ordenar el reintegro a aquella misma plaza ocupada.

Sin embargo, no se puede entender la reforma que el legislador realiza al plazo en el que es posible de reclamar la indemnización especial. No existe un parámetro válido, ni si quiera implícitamente – como ocurre con el análisis realizado respecto a las situaciones consolidadas- respecto a los treinta días para cubrir un despido por discriminación.

La reforma, entonces, es regresiva. Existía un mecanismo más favorable, previo a la reforma, para reclamar una compensación económica – que tanto bien hace a una mujer en estados asociados al embarazo-, que el legislador decidió restringir, contraviniendo la expresa disposición de que el desarrollo legislativo debe ser únicamente para mejorar las condiciones de un derecho (incluyendo el procedimiento para hacerlos valer). El legislador ha dado un paso adelante, para luego dar dos pasos atrás.

2.2. La vulneración al principio de igualdad y no discriminación.

Para entender la vulneración del principio de igualdad, hay que referirnos en primer lugar a la discriminación.

La palabra discriminación, junto con su verbo discriminar, están presentes en nuestro vocablo en el día a día.²¹ Para entender la génesis de la discriminación, debemos remitirnos necesariamente al prejuicio. Para el profesor Bobbio (1997) los prejuicios son un conjunto de opiniones que es aceptada por tradición o costumbre, en cuanto que la aceptamos sin verificarla, sin discutirlo críticamente, por inercia. Refuta toda idea racional (p.

²⁰ Véase la sentencia expedida por la Corte Constitucional del Ecuador No. 184-14-SEP-CC dentro del caso 2127-11-EP. 22 de octubre del 2014. Pág. 7.

²¹ A veces, pareciera un concepto intrínseco de la identidad latinoamericana. Pero esto sigue siendo *harina de otro costal*.

187). Las consecuencias del prejuicio son negativas, pues es la génesis de la discriminación: existe un conjunto de ideas, impresiones, distinciones asignadas a un grupo específico, que es difícilmente refutable de manera racional.

Y es que las mujeres en estados asociados al embarazo siempre han pertenecido al grupo de prejuicios negativos que una sociedad mantiene. No se encontrará en ninguna tabla de datos, pero los prejuicios más comunes que las rodeen son las cualidades de “vagas”, “improductivas”, y hasta cierto punto “una carga” para el empleador.

Es de aquí que nace el trato discriminatorio. Discriminar es castigar con un trato diferenciado (con connotación negativa) a un determinado grupo de individuos por ciertas cualidades que ostentan. Este espectro de cualidades es muy amplio y varía según las circunstancias y el contexto social. En nuestro desarrollo jurisprudencial, nuestra Corte Constitucional (2013) ha establecido que: “la discriminación es el acto de hacer una distinción o segregación que atenta contra la igualdad de oportunidades” (p. 12). Es así que en lo que a nosotros respecta, la discriminación es entendida como un atentado directo a la igualdad que consagra nuestra Constitución.

Ahora bien, la reforma referida es discriminatoria, y por tanto vulnera la igualdad, en la dimensión formal. Esto es así porque diferencia específicamente – de manera negativa – a las mujeres en estados asociados al embarazo.

Gracias a nuestra Corte Constitucional, existen parámetros jurisprudenciales para entender cuándo y cuándo no estamos ante una situación de discriminación. En la sentencia No. 6-17-CN/19, con ponencia de la Dra. Teresa Nuques Martínez, se han desarrollado tres supuestos a verificar, a saber: a) la comparabilidad, que supone que deben existir dos o más sujetos de derechos en igualdad o semejantes condiciones, b) la constatación de un trato diferenciado a alguno de aquellos, y c) la verificación de un resultado – en este caso negativo-.

Hacemos entonces un breve recorrido por los tres parámetros para identificar la discriminación latente en la referida reforma:

a) La comparabilidad.

Como se explicó, la comparabilidad presupone que hay dos sujetos en situaciones similares. En el caso que ocupamos la situación hipotética en la que se configure un despido de la mujer en estados asociados al embarazo, así como el de algún otro individuo dentro de las *categorías sospechosas*: aquellas categorías que se utilizan para tratar de manera peyorativa a determinados grupos sociales, y que carecen de racionalidad y/o proporcionalidad.²²

Ante aquel despido, el móvil es la discriminación latente por los prejuicios que el empleador tiene sobre el referido grupo social. Ambos grupos, por su vulnerabilidad frente a dicha circunstancia, merecen una protección especial. Incluso la mujer en estado asociado al embarazo goza – al menos en papel- de una protección adicional por su *condición de doble vulnerabilidad*: sujetos en los que concurren más de un grupo de atención prioritaria.²³

b) La constatación de un trato diferenciado.

A pesar de que los esfuerzos del legislador deberían ir encaminados en efecto a dar un trato diferenciado para las mujeres en estados asociados al embarazo, conforme al Art. 35 de nuestra Constitución, acá ocurre todo lo contrario. El trato diferenciado se manifiesta en la reducción del plazo que existe para las mujeres en estados asociados al embarazo, y es que mientras ellas quedan limitadas a los treinta días del despido ineficaz, todas las demás

²² Véase, para tal efecto, la sentencia No. 080-13-SEP-CC emitida por la Corte Constitucional del Ecuador. Pág. 15.

²³ El Art. 35 de nuestra Constitución establece la obligación del Estado de prestar especial protección a las personas en esta condición. Ejemplo: menores de edad con discapacidad.

categorías sospechosas mantienen la posibilidad de aquella misma remuneración para las mujeres pero en el amplio plazo de prescripción de tres años, conforme al penúltimo inciso del Art. 195.3:

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

Para sintetizarlo: mientras que el despido intempestivo cuyo móvil es la discriminación lo sufren por igual todas estas categorías, solo aquellas no previstas para el despido ineficaz mantienen el plazo común para interponer la acción que busque dicha indemnización especial dentro de tres años, y con esto las mujeres en estados asociados al embarazo quedan fuera.

c) La verificación del resultado.

La referida reforma reconoce el derecho a reclamar una indemnización por despido que sea por causas de discriminación a cualquier persona, pero impone trabas irrazonables para el acceso a la justicia en el caso específico de la mujer embarazada.

En este, es indispensable citar – nuevamente²⁴- a nuestra Corte Constitucional (2022), que ha establecido que si bien la interpretación de las normas procesales constituye una cuestión exclusiva del legislador y su campo de libre configuración legislativa, no pueden sin embargo, mediante una aplicación arbitraria o irrazonable de presupuestos normativos establecer trabas u obstáculos que tornen al derecho en impracticable.²⁵

²⁴ ~~Se aprecia que tengamos una Corte Constitucional activa, comprometida a explicar y desarrollar el concepto y dimensión de nuestros valores y principios constitucionales.~~

²⁵ Véase para tales efectos la Sentencia No. 41.-21-CN/22 emitida por la Corte Constitucional del Ecuador. Párr. 24.

Así las cosas, mientras un grupo podrá tener tiempo para acoplarse al despido y discriminación sufrida – que son dos situaciones bastante desagradables, y juntas aún más-, buscar ayuda y asesoramiento legal, contratar a un abogado, reunir las pruebas necesarias, etc., las mujeres en estados asociados al embarazo no gozarán de este tiempo, y deberán realizar todo esto en el lapso máximo de un mes, o si no, perderán el derecho a esta indemnización.

Mientras un grupo tendrá tiempo de sobra para analizar los beneficios y/o costos de esta nueva encrucijada legal, las mujeres en estados asociados al embarazo, que ya bastante tienen con qué lidiar, deberán realizar un esfuerzo sobrenatural – sino imposible- para decidir sobre su accionar. Consecuencia final: las mujeres en estados asociados al embarazo pierden el plazo y quedan, como se diría popularmente, *sin pan ni pedazo*.

2.3. La vulneración al derecho de acceso a la administración de justicia.

Como se explicó en el primer capítulo del presente trabajo, el acceso a la administración de justicia comprende dos dimensiones, que son de acción y de tener una respuesta a la pretensión. Nuestra Corte Constitucional ha indicado específicamente que se viola este derecho en su primera dimensión cuando:

...existen barreras, obstáculos o impedimentos irrazonables al acceso a la administración de justicia, tales como barreras económicas (tasas desproporcionadas), burocráticas (exigencia de requisitos no establecidos en la ley o requisitos legales innecesarios), legales (requisitos normativos excesivos para ejercer la acción o plantear el recurso), geográficas (lejanía que impide el acceso) o culturales (desconocimiento de las particularidades de las personas que dificultan el acceso, como el idioma o la comprensión del proceso). (Corte Constitucional del Ecuador, 2021, pp. 22-23, párr. 113)

Es de primordial importancia la distinción que hace la Corte en cuanto a las barreras legales. Y es que la referida reforma ha impuesto en el Código de Trabajo un requisito normativo excesivo para buscar específicamente la compensación económica que antes contemplaba sin problemas aquél mismo código.

El legislador no toma en cuenta que, de por sí, reducir el plazo de interposición de acciones ya limita la capacidad de acción de los titulares de derechos. Pero esta situación empeora justamente para las trabajadoras en este estado. Y es que, en primer lugar, las trabajadoras en estos estados ya sufren un estrés por la condición asociada a la maternidad, conforme explican:

Durante el embarazo se generan estados de tensión y ansiedad, en vista de que la gestación es un factor que demanda una serie de adaptaciones que pueden ser desequilibrantes, en esta etapa se presenta angustia al cambio de vida, ésta es definida por Laplanche como la reacción de un individuo cada vez que se encuentra en una situación traumática, es decir sometido a una afluencia de evitaciones de origen externo o interno que es incapaz de controlar. (Díaz Romero y Aguilar Figueroa, pp 28-29).

Luego, tenemos que esta vulnerabilidad se duplica al sufrir el despido, por las afectaciones psicológicas que sufre la despedida, conforme expone:

Al pasar de trabajador a desempleado, una de las consecuencias más notorias para el individuo es la privación económica a la que se ve sujeto, con el consiguiente sentimiento de fracaso. Esta privación le supone un cambio desfavorable en su estilo de vida y ,por tanto, en su estatus social. (...) De manera análoga, el desempleado no sólo sufre una privación económica pues también adolece malestar personal y anímico ya que determinados aspectos tanto individuales como aquellos que lo relacionan con la sociedad se ven afectados. (...) El aprecio que uno tiene de sí mismo se ve

minorizado debido a múltiples sentimientos que el desvinculado experimenta, entre ellos la autoculpabilización, inutilidad, pensamientos de indefensión, desesperanza, frustración, inseguridad, fracaso, etc. En general, los sentimientos, las emociones y los comportamientos aparecen como respuestas adaptativas a una situación estresante, en este caso a quedarse en paro. (Fernández García, 2019)

Esta serie de circunstancias en las que se encuentra una trabajadora en estados asociados al embarazo, que ya ha sufrido el hipotético despido, ponen en jaque su capacidad de acción, y el legislador ha obviado esto, imponiéndole el obstáculo casi infranqueable de un mes.

No toma en cuenta que con el reciente despido, la trabajadora tendrá que buscar una solución extra-judicial al despido, y si esta no prospera, tendrá que conseguir un abogado, explicarle el caso, buscar la solvencia para costear el proceso judicial, y atender al mismo tiempo al menor que demanda cuidado (aún cuando no ha nacido).

En un sentido práctico, la trabajadora despedida que no quiere el reintegro a su puesto queda sin su opción de compensación, el derecho queda vulnerado, y el empleador queda impune.

Conclusiones

La reforma que introdujo la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y el Reconocimiento del Trabajo en el Hogar incurrió en una inconstitucionalidad de fondo, al quitarle un arma procesal importante a las mujeres en estados asociados al embarazo que hayan sufrido un despido intempestivo en función de su condición.

Primero, porque restringió de manera regresiva un mecanismo favorable alcanzado para la protección de la prohibición de su despido y/o discriminación.

Segundo, porque reconoce este mismo mecanismo de compensación para cualesquiera otros grupos que hayan sufrido un despido por discriminación, menos a ellas, relegándoles un trato discriminatorio.

Tercero, porque obstaculizó, con la imposición del exiguo plazo, la capacidad de acción de las trabajadoras afectadas. Todo esto, a pesar de ser sujetas a la atención prioritaria por parte del Estado ecuatoriano.

Así, los mecanismos de acción con los que las trabajadoras que hayan sufrido un despido de manera discriminatoria queda limitado, y la posibilidad de indefensión, de un grupo que ya es vulnerable *per se*, es real y latente.

Recomendaciones

1. Mediante un proceso legislativo, expedir una ley que reforme el Art. 195.3 del Código de Trabajo, para que en el penúltimo inciso se haga constar de la siguiente forma:

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

2. Plantear una acción pública de Inconstitucionalidad (prevista en el Art. 74 y siguientes de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales), para que la Corte Constitucional del Ecuador, mediante sentencia, declare la constitucionalidad condicionada del fragmento que se pone en negritas a continuación:

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

Y así, la indemnización que prevé el referido artículo sea también aplicable a las trabajadoras en estados asociados al embarazo fuera del plazo de los treinta días.

3. Exhortar a la asamblea nacional a que cumpla y haga cumplir con los principios y valores constitucionales al momento de establecer mecanismos de protección de derechos. No se puede dar un paso adelante para después dar dos pasos atrás.

Referencias

- Alarcón Cabrera, C. (1987). Reflexiones sobre la igualdad material. *Anuario de filosofía del derecho*, 4, (31-42). Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/142131.pdf>.
- Alegre Acharán, F. A. (2021). Despido ineficaz de la mujer embarazada, desde la perspectiva del. Recuperado el 5 de enero de 2023, de <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/8160/1/T3548-MDC-Alegre-Despido.pdf>
- Asamblea Constituyente (2008). Constitución de la República del Ecuador. Recuperado el 6 de enero del 2023 de <https://www.cosede.gob.ec/wp-content/uploads/2019/08/CONSTITUCION-DE-LA-REPUBLICA-DEL-ECUADOR.pdf>.
- Berniell, I., Berniell, L., De la Mata, D., Edo, M., & Marchionni, M. (2021). Motherhood and flexible jobs: Evidence from Latin American countries. Caracas: CAF. Recuperado de <http://scioteca.caf.com/handle/123456789/1698>.
- Bobbio, N. (1993). Igualdad y Libertad. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica S.A. Recuperado el 5 de diciembre de 2022, de https://books.google.com.ec/books?id=_kygFdg0xLMC&pg=PA5&source=kp_read_button&hl=es-419&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false
- Bobbio, N. (1997). La naturaleza del prejuicio. Racismo, hoy. Iguales y diferentes. Barcelona. Obtenido de https://www.facilitar.io/sites/default/files/resources/documents/2017-12/BOBBIO_Naturaleza%20del%20prejuicio.pdf
- Caamaño, E. (2009). Los efectos de la protección a la maternidad para la concreción de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el trabajo. *Revista de derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXIII (p. 175-214). Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r23677.pdf>.

Carmona Cuenca, E. (1994). El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista de estudios políticos*, 84, (265-286). Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/27265.pdf>.

Corte Constitucional del Ecuador. (11 de junio del 2013) Sentencia de la Corte constitucional del Ecuador No. 037-13-SCN-CC dentro del caso 0007-11-CN. Recuperado de <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/384fc6cb-9631-4937-8968-7b9022f25f3d/0007-11-cn-sen-mrvc.pdf?guest=true>

Corte Constitucional del Ecuador. (11 de marzo de 2015). SENTENCIA N.º 064-15-SEP-CC. Recuperado el 7 de enero de 2023, de CASO N.º 0331-12-EP: <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/e9de9c4a-933d-4924-b2e9-fa44513d3ce7/0331-12-ep-sen.pdf?guest=true>

Corte Constitucional del Ecuador. (13 de junio del 2013) Sentencia de la Corte No. 008-13-SIN-CC dentro del caso No. 0029-11-IN. Recuperado de <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/3c6a1a46-b63d-46a8-aced-317143e37644/0029-11-in-sen-dam.pdf?guest=true>

Corte Constitucional del Ecuador. (18 de junio del 2019) Sentencia No. 6-17-CN/19 dentro del caso No. 6-17-CN. Recuperado de <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/74bbf131-945c-4710-a77a-52088a2574d0/0006-17-cn-sen.pdf?guest=true>

Corte Constitucional del Ecuador. (5 de agosto de 2020). Sentencia No. 3-19-JP/20 y acumulados. Recuperado el 6 de enero de 2022, de http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlGE6J3RyYW1pdGUUnLCB1dWlkOidiYTgzMDJkNS1iY2FiLTRIODUtODE5NC0wYmU5ZjkzYzk4ODAUcGRmJ30=

Corte constitucional del Ecuador. (9 de octubre del 2013). Sentencia No. 080-13-SEP-CC dentro del caso No. 0445-11-EP. Recuperado de <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/cc60695e-032c-4b97-ac87-279c581e2b26/0445-11--ep-sendam.pdf?guest=true>

Instituto Nacional de Estadísticas y Censos. (enero de 2022). Encuesta Nacional de Empleo, Desempleo y Subempleo (ENEMDU). Recuperado el 5 de enero de 2023, de https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/EMPLEO/2022/Enero-2022/202201_Boletin_empleo.pdf

Loor Loor, Y., & Espinoza Guillén, B. (16 de abril de 2021). PERSONAS DE DOBLE VULNERABILIDAD. Recuperado el 2 de enero de 2023, de <https://derechoecuador.com/personas-de-doble-vulnerabilidad/>

Real Academia de la Lengua Española. (2001). Diccionario de la lengua española. Recuperado el 30 de diciembre de 2022, de <https://www.rae.es/drae2001/vulnerable>

Registro Oficial Suplemento 167. Código de Trabajo. (16 de diciembre del 2005). Recuperado de <https://www.trabajo.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/11/C%C3%B3digo-de-Trabajo-PDF.pdf> el 12 de enero del 2023.

Registro Oficial Suplemento 46. Código civil. (24 de junio del 2005). Recuperado de <https://bde.fin.ec/wp-content/uploads/2021/02/CODIGOCIVILultmodif08jul2019.pdf> el 10 de enero del 2023.

Seco Martínez, J. (2017). De la igualdad formal a la igualdad material. Cuestiones previas y problemas a revisar. *DERECHOS Y LIBERTADES*, 36, (55-89). Recuperado de <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/26203/DyL-2017-36-seco.pdf?sequence=1&isAllowed=y>



**Presidencia
de la República
del Ecuador**



**Plan Nacional
de Ciencia, Tecnología,
Innovación y Saberes**



SENESCYT
Secretaría Nacional de Educación Superior,
Ciencia, Tecnología e Innovación

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Nosotros, **Sánchez Muñoz, Daniel Oswaldo** con **C.C: # 0923684005**, y **Salazar López, David Andrés** con **C.C: # 1719640607**, autores del trabajo de titulación: **La inconstitucionalidad en la incorporación de la figura del despido ineficaz**, previo a la obtención del título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaramos tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, 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 titulación 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.- Autorizamos a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 06 de febrero de 2023

f. _____
Sánchez Muñoz, Daniel Oswaldo
C.C. 0923684005

f. _____
Salazar López, David Andrés
C.I. 1719640607

REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	La inconstitucionalidad en la incorporación de la figura del despido ineficaz.		
AUTOR(ES)	Sánchez Muñoz, Daniel Oswaldo Salazar López, David Andrés		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES)	Bedrán Plaza, Abraham Eduardo		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD:	Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas		
CARRERA:	Carrera de Derecho		
TÍTULO OBTENIDO:	Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	06 de febrero de 2023	No. DE PÁGINAS:	31
ÁREAS TEMÁTICAS:	Constitucional, Laboral, Derechos Humanos		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Constitucional, Reforma, Despido, Ineficaz, Discriminatorio, Inconstitucional, Indemnización, Plazo, Mujer, Embarazo.		
RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras):			
<p>Un lunes, 20 de abril del 2015, se publicó en el Registro Oficial la flamante Ley Orgánica para la Justicia Laboral y el Reconocimiento del Trabajo en el Hogar. Con la expedición de esta ley, el Código de Trabajo ecuatoriano dio la bienvenida a la figura del despido ineficaz; acción laboral que pueden plantear las mujeres en estados asociados al embarazo– y los dirigentes síndicos- que hayan sufrido un despido por su condición <i>per se</i>. Esta novedosa figura eclipsó el resto de cambios que se realizaron con la referida reforma, y poco se habla de otro cambio importante: también unificó las acciones que los trabajadores podían plantear si sufrían un despido por discriminación – antes se encontraban dispersos en el Código de Trabajo-, y otorgó el beneficio en común a todos aquellos, que consistía en una indemnización especial de un año completo de remuneración adicional como medida de compensación. Sin embargo, existe una inconstitucionalidad en las modificaciones que planteó el legislador, y es que, sin previo aviso, restringió el plazo de interposición la acción encaminada a la compensación por el despido discriminatorio, únicamente a dos grupos específicos: los dirigentes sindicales y las mujeres en estados asociados al embarazo.</p>			
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: +593999504360 +593994053118	E-mail: danielsanchezm@hotmail.com , dsalazarlopez97@gmail.com	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN COORDINADOR DEL PROCESO UTE):::	Nombre: Reynoso Gaute, Maritza		
	Teléfono: +593-4-2222024		
	E-mail: maritza.reynoso@cu.ucsg.edu.ec		
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA			
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):			
Nº. DE CLASIFICACIÓN:			
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):			