



**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL  
SISTEMA DE POSGRADO**

**MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

**TÍTULO:**

**“La tutela judicial efectiva en la caducidad de la acción por despido ineficaz”**

**AUTORA:**

**Abg. Núñez Alvarado María Gabriela**

**TRABAJO DE EXAMEN COMPLEXIVO**

**PARA LA OBTENCIÓN DEL GRADO DE MAGISTER EN DERECHO**

**MENCION DERECHO PROCESAL**

**TUTOR:**

**Dr. Duque Ruiz Efrain Humberto**

**Guayaquil, Ecuador**

**10 de julio de 2024**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**SISTEMA DE POSGRADO**

**MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

**CERTIFICACIÓN**

Certificamos que el presente trabajo de examen complejo fue realizado en su totalidad por **María Gabriela Núñez Alvarado**, como requerimiento parcial para la obtención del grado académico de **Magister en Derecho mención Derecho Procesal**.

**DIRECTORA DEL PROYECTO DE EXAMEN COMPLEXIVO**

**Dra. Nuria Pérez Puig-Mir de Wright**

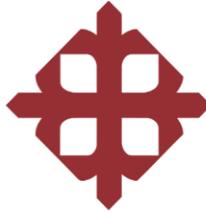
**REVISOR**

**Dr. Efraín Duque Ruiz**

**DIRECTOR DE LA MAESTRÍA**

**Dr. Miguel Hernández Terán**

**Guayaquil, 10 de julio de 2024**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**SISTEMA DE POSGRADO**

**MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

**DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD**

Yo, Abg. María Gabriela Núñez Alvarado

**DECLARO QUE:**

El proyecto de examen complejo: **“La tutela judicial efectiva en la caducidad de la acción por despido ineficaz.”** previo a la obtención del **Grado Académico de Magister en Derecho mención Derecho Procesal**, ha sido desarrollado en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan durante el desarrollo del trabajo investigativo, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico del proyecto de examen complejo del Grado Académico en mención.

**Guayaquil, 10 de julio de 2024**

**LA AUTORA**

**Abg. María Gabriela Núñez Alvarado**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL  
SISTEMA DE POSGRADO**

**MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

**AUTORIZACIÓN**

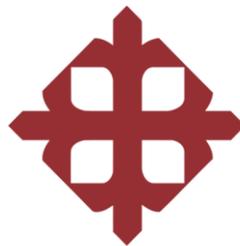
**Yo, Abg. María Gabriela Núñez Alvarado**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la **publicación** en la biblioteca de la institución del proyecto de examen complejo previo a la obtención del Grado Académico de Magister en Derecho mención Derecho Procesal en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, titulado: “**La tutela judicial efectiva en la caducidad de la acción por despido ineficaz.**”, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

**Guayaquil, 10 de julio de 2024**

**LA AUTORA**

**Abg. María Gabriela Núñez Alvarado**



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL

INFORME ANTIPLAGIO



INFORME DE ANÁLISIS  
magister

## TRABAJO DE TITULACIÓN EXAMEN COMPLEXIVO MGN (4)[1]

**4%** Textos sospechosos

**4%** Similitudes < 1% similitudes entre comillas  
0% entre las fuentes mencionadas  
< 1% Idiomas no reconocidos

Nombre del documento: TRABAJO DE TITULACIÓN EXAMEN COMPLEXIVO MGN (4)[1].docx  
ID del documento: 0144961305e33e89c5c380d2b15b62a499e3bf10  
Tamaño del documento original: 170,61 KB

Depositante: Miguel Antonio Hernández Terán  
Fecha de depósito: 17/4/2024  
Tipo de carga: interface  
fecha de fin de análisis: 22/4/2024

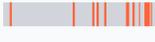
Número de palabras: 22.592  
Número de caracteres: 146.176

Ubicación de las similitudes en el documento:



☰ Fuentes de similitudes

**Fuentes principales detectadas**

Nº	Descripciones	Similitudes	Ubicaciones	Datos adicionales
1	<a href="http://201.159.223.180">201.159.223.180</a> <a href="http://201.159.223.180/bitstream/3317/11955/1/T-UCSG-POS-MDC-156.pdf">http://201.159.223.180/bitstream/3317/11955/1/T-UCSG-POS-MDC-156.pdf</a> 26 fuentes similares	3%		☞ Palabras idénticas: 3% (647 palabras)
2	<a href="https://dspace.unlandes.edu.ec">dspace.unlandes.edu.ec</a> <a href="https://dspace.unlandes.edu.ec/bitstream/123456789/11688/1/TUAEXCOMMDC001-2020.pdf">https://dspace.unlandes.edu.ec/bitstream/123456789/11688/1/TUAEXCOMMDC001-2020.pdf</a> 24 fuentes similares	2%		☞ Palabras idénticas: 2% (548 palabras)
3	<a href="http://www.gob.ec">www.gob.ec</a> <a href="https://www.gob.ec/sites/default/files/regulations/2018-10/LEY_ORGANICA_JUSTICIA_LABORAL_Y_REC...">https://www.gob.ec/sites/default/files/regulations/2018-10/LEY_ORGANICA_JUSTICIA_LABORAL_Y_REC...</a> 11 fuentes similares	2%		☞ Palabras idénticas: 2% (490 palabras)
4	<a href="https://repositorio.uasb.edu.ec">repositorio.uasb.edu.ec</a> <a href="https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/8160/4/73548-MDC-Alegre-Despido.pdf.txt">https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/8160/4/73548-MDC-Alegre-Despido.pdf.txt</a> 9 fuentes similares	2%		☞ Palabras idénticas: 2% (451 palabras)
5	<a href="http://www.redalyc.org">www.redalyc.org</a>   La teoría del Garantismo: poder y constitución en el Estado con... <a href="https://www.redalyc.org/journal/851/85150088005/html/">https://www.redalyc.org/journal/851/85150088005/html/</a> 3 fuentes similares	2%		☞ Palabras idénticas: 2% (366 palabras)

**Fuentes con similitudes fortuitas**

***Agradecimiento:***

*Quiero expresar mi sincero agradecimiento a todos aquellos que han contribuido al éxito de esta tesis de maestría. En primer lugar, agradezco a Dios por permitirme alcanzar esta meta y ser mi guía constante y fuente de fortaleza.*

*A mi familia, en especial dedicar un mensaje cálido a mi hija recién nacida, mi pequeña ser de luz. Su llegada ilumina nuestras vidas y llena nuestro hogar de amor y alegría. Que su camino esté lleno de éxitos y felicidad, y que cada paso que dé la guíe hacia un futuro brillante y pleno; asimismo, en memoria de aquellos seres queridos que ya no están con nosotros, les estoy profundamente agradecida por el apoyo incondicional a lo largo de este proceso. Su amor y aliento han sido fundamentales en mi camino académico.*

*A mis profesores, mentores, guías y tutores, les agradezco por compartir su conocimiento y orientación, contribuyendo significativamente a mi formación académica y entrega de este trabajo.*

*A todos los que han sido parte de este viaje, agradezco su influencia positiva no ha pasado desapercibida. Gracias por ser parte de este logro.*

*Gracias, gracias, gracias...*

*Atentamente,*

*Abg. María Gabriela Núñez Alvarado*

## CONTENIDO

INTRODUCCIÓN .....	1
CAPÍTULO I.....	4
TEORÍA DEL ESTADO GARANTISTA.....	4
<b>Derechos fundamentales</b> .....	8
<b>Derechos de protección</b> .....	12
<b>Derecho al acceso a la justicia</b> .....	14
<b>Derecho a la tutela judicial efectiva</b> .....	16
LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS .....	20
<b>Expectativas legítimas</b> .....	22
<b>La tutela judicial efectiva y los derechos subjetivos</b> .....	24
CAPÍTULO II .....	27
INSTITUCIONES JURÍDICAS PROTECTORAS DEL TRABAJO .....	27
<b>Derecho de protección del trabajo</b> .....	30
<b>Acceso a la tutela judicial efectiva laboral</b> .....	32
<b>Principio de Inamovilidad laboral</b> .....	35
<b>Terminación de la relación laboral</b> .....	40
<b>Despido intempestivo</b> .....	41
<b>Despido justificado</b> .....	44
<b>Despido por discriminación</b> .....	45
<b>Despido ineficaz</b> .....	47
<b>Acción de declaratoria de despido ineficaz</b> .....	50
<b>Procedimiento</b> .....	52

Derecho comparado .....	56
<b>Chile:</b> .....	56
<b>Argentina:</b> .....	59
<b>México:</b> .....	60
<b>Colombia:</b> .....	62
<b>Bolivia:</b> .....	63
CAPÍTULO III .....	66
MARCO METODOLÓGICO .....	66
<b>Enfoque de la investigación</b> .....	66
<b>Alcance de la investigación</b> .....	67
<b>Exploratorio</b> .....	67
<b>Descriptivo</b> .....	67
<b>Explicativo</b> .....	68
<b>Métodos teóricos</b> .....	68
<b>Método exegético-jurídico</b> .....	68
<b>Categorías, dimensiones, instrumentos y unidades de análisis</b> .....	69
<b>Criterios éticos</b> .....	70
Conclusiones .....	72
Recomendaciones .....	74
Propuesta .....	75
<b>Art. 1. – Reforma al Código del Trabajo: artículo 195.2:</b> .....	80
<b>Art. 2. – Reforma al Código Orgánico General de Procesos:</b> .....	81
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	82

## RESUMEN

A través del análisis de la normativa laboral y las garantías constitucionales destinadas a proteger a los trabajadores en Ecuador, se sostiene que la legislación debe tener una orientación protectora, priorizando los derechos de la parte más vulnerable en la relación laboral, es decir, el trabajador. Sin embargo, la actual estructura de las acciones procesales, tal como están tipificadas en el Código del Trabajo, presenta un riesgo de vulneración de derechos y afecta directamente a uno de los pilares históricos de las conquistas laborales: la estabilidad. En particular, se aborda la disposición del Código del Trabajo, específicamente el artículo 154 (cuyo último inciso fue derogado), que antes contemplaba la posibilidad de que una persona embarazada o lactante pudiera presentar una acción por vulneración de derechos en caso de despido. El propósito era obtener una indemnización equivalente al valor de un año de remuneraciones para mitigar las consecuencias de la interrupción de los ingresos. Sin embargo, con las recientes modificaciones legislativas, se derogó esta disposición, reemplazándola por una acción de declaratoria de despido ineficaz, la cual resultó ser inconstitucional e ineficaz. Con el objetivo de garantizar la tutela judicial efectiva, se propone la reforma del Código del Trabajo y el Código Orgánico General de Procesos. Se sugiere modificar las reglas de la acción por despido ineficaz para permitir su presentación en un plazo de noventa días hábiles a partir del despido. Además, se propone dejar intacto el derecho de la persona a interponer una acción indemnizatoria en los mismos términos establecidos en el artículo 154 no reformado. Cabe destacar que esta investigación adoptó un enfoque cualitativo con un alcance exploratorio, descriptivo y explicativo. Se aplicaron métodos teóricos y exegético-jurídicos con el objetivo de buscar la posible incorporación dentro de las acciones laborales.

Palabras claves: tutela al trabajador, estabilidad laboral, despido ineficaz, mujer embarazada o lactante, acción indemnizatoria.

## ABSTRACT

Through the analysis of labor regulations and constitutional guarantees aimed at protecting workers in Ecuador, it is argued that legislation should have a protective orientation, prioritizing the rights of the most vulnerable party in the labor relationship, that is, the worker. However, the current structure of procedural actions, as typified in the Labour Code, presents a risk of violation of rights and directly affects one of the historical pillars of labour gains: stability. In particular, it addresses the provision of the Labour Code, specifically article 154 (the last paragraph of which was repealed), which previously provided for the possibility that a pregnant or breastfeeding person could file an action for violation of rights in the event of dismissal. The purpose was to obtain compensation equivalent to the value of one year's remuneration to mitigate the consequences of the interruption of income. However, with recent legislative amendments, this provision was repealed, replacing it with an action for a declaration of ineffective dismissal, which turned out to be unconstitutional and ineffective. In order to guarantee effective judicial protection, the reform of the Labour Code and the General Organic Code of Procedures is proposed. It is suggested to amend the rules of the action for ineffective dismissal to allow it to be filed within ninety working days of the dismissal. In addition, it is proposed to leave intact the right of the individual to bring an action for compensation under the same terms established in article 154 as amended. It should be noted that this research adopted a qualitative approach with an exploratory, descriptive and explanatory scope. Theoretical and exegetical-legal methods were applied with the aim of seeking possible incorporation into labor actions.

Keywords: Worker protection, job stability, ineffective dismissal, pregnant or breastfeeding woman, compensation action.

## INTRODUCCIÓN

El objeto de estudio se enfoca en la tutela judicial efectiva en el ámbito laboral ecuatoriano, especialmente en la acción de declaratoria de despido ineficaz aplicada a trabajadoras embarazadas. La investigación aborda la regulación legal, particularmente el plazo de caducidad de treinta días, y su impacto en la tutela judicial efectiva en casos de despidos intempestivos relacionados con el embarazo o la maternidad.

El campo de estudio analiza la intersección entre el derecho laboral, la tutela judicial efectiva y los derechos de las trabajadoras embarazadas en Ecuador. La legislación, en particular el artículo 195 de la Ley orgánica para la justicia laboral y reconocimiento del trabajo del hogar, que prohíbe el despido intempestivo de trabajadoras en estado de embarazo, se examina detenidamente. Además, se exploran las implicaciones de la caducidad de la acción de declaratoria de despido ineficaz y su impacto en la tutela efectiva de los derechos laborales.

El problema científico de investigación jurídica se centra en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en el contexto de la acción de declaratoria de despido ineficaz en trabajadoras embarazadas en Ecuador. Se delimita en dos aspectos fundamentales: el corto plazo de treinta días para interponer la acción y la caducidad automática que limita el ejercicio de este derecho en casos de despido intempestivo.

Se hipotetiza que la rigidez del plazo de treinta días para interponer la acción de declaratoria de despido ineficaz en el contexto de trabajadoras embarazadas en Ecuador genera una potencial vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Se presume que la limitación temporal puede conducir a situaciones de indefensión y que,

por tanto, existe la necesidad de evaluar la coherencia entre la protección de derechos fundamentales y la eficiencia del sistema judicial en el ámbito laboral.

Los objetivos específicos guardan coherencia con el objetivo general de la investigación, que es analizar el impacto del plazo de caducidad de la acción de declaratoria de despido ineficaz en casos de trabajadoras embarazadas en Ecuador desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva. La relación entre el plazo de caducidad y la tutela judicial efectiva se investiga directamente, la evaluación de la congruencia con los principios constitucionales refuerza la perspectiva de la tutela judicial efectiva, y la propuesta de analizar alternativas para ampliar el plazo demuestra un enfoque práctico y equilibrado.

Se utilizarán métodos teóricos como el análisis doctrinal y jurisprudencial para examinar la legislación vigente, la interpretación de normativas relacionadas con la tutela judicial efectiva y los derechos laborales de las trabajadoras embarazadas en Ecuador. También se emplearán enfoques comparativos con legislaciones de otros países y teorías jurídicas relevantes para enriquecer la comprensión del tema y fundamentar las propuestas de ampliación del plazo de caducidad.

El marco metodológico de esta investigación cualitativa se enfoca en la aplicación progresiva de conocimientos y teorías para analizar y verificar la hipótesis del problema jurídico, con énfasis en el derecho a la tutela judicial efectiva y el despido ineficaz. Utilizando métodos teóricos y exegéticos-jurídicos, se exploran, describen y explican fenómenos legales relevantes, buscando comprender sus características y

proponer reformas normativas alineadas con estándares internacionales de derechos humanos.

La declaración de novedad científica se enfoca en la propuesta innovadora de ampliar el plazo de presentación de la acción de declaratoria de despido ineficaz para trabajadoras embarazadas, ofreciendo una respuesta concreta a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Los resultados anticipados abarcan la identificación del impacto actual de la limitación temporal, la evaluación de alternativas para abordar la vulneración, la perspectiva enriquecedora de las experiencias de las trabajadoras afectadas mediante métodos empíricos y un análisis jurídico detallado que considera la viabilidad y coherencia de la propuesta dentro del marco legal ecuatoriano. La investigación aspira a contribuir significativamente a la jurisprudencia y a la formulación de políticas legislativas al ofrecer soluciones fundamentadas en la realidad tanto empírica como jurídica del entorno laboral ecuatoriano.

## CAPÍTULO I

### TEORÍA DEL ESTADO GARANTISTA

A lo largo de la historia, incuestionablemente, el individuo se inclinó a conseguir vivir en sociedad, en grupos determinados, y actualmente en la utópica búsqueda de la integración global de naciones; en este sentido, la realidad humana es que los hombres tienen la necesidad de unión, naturalmente el hombre es un animal social, lo que es evidente porque un solo hombre no basta para todas las cosas que son necesarias para la vida humana.

En este fin natural de buscar sociedades, el hombre ha ideado incontables sistemas partiendo desde pagar un ojo por otro ojo, dar a cada uno lo que le corresponde, o dar a todos por igual, entre otros paradigmas. El individuo a través del tiempo ha cedido parte de su libertad al Estado, para que, en aras de justicia pueda vivir en una sociedad pacífica. En este orden, aunque los postulados y las ideas no son homogéneas, se distinguirá entre todos, el paradigma garantista como modelo de derecho y como teoría general del derecho, de acuerdo con las afirmaciones del jurista italiano Luigi Ferrajoli, autor del Libro Derecho y Razón.

Cabe destacar de la lectura y análisis del modelo del Dr. Luigi Ferrajoli (2000) que, se basa en la existencia de un esquema de normas que deberían asegurar el ejercicio de los derechos frente al poder, como una especie de límite para el Estado ante el ciudadano de a pie. Así este autor sostuvo que: “El poder -todos los poderes sean estos públicos o privados- tiende en efecto, ineludiblemente, a acumularse en forma absoluta y a liberarse del derecho” (pág. 121), lo citado es

criticado duramente, toda vez que parte del hecho de que los poderes son propensos a acumularse, y que en todo caso siempre se degenerará, deviniendo en absolutismo.

En consecuencia, el Dr. Manuel Peña Freire (1997) tiene los objetivos fijados en fortalecer el constitucionalismo, en este sentido el autor agrega que “según esta nueva formulación de principios sólo serán Estados de derecho aquellos modelos político-institucionales que incorporen normativamente una serie de límites o vínculos materiales, como condiciones de validez normativa, a las posibilidades de expresión del poder político" (pág. 58)

No obstante, en aras de indagar y, finalmente, formular un criterio que permita la aproximación a una definición que comprenda los elementos trascendentales de los derechos fundamentales, hay una gama de puntos de vista filosóficos e ideas que con el tiempo han influido en la comprensión y protección de derechos fundamentales.

Una de las ideas que sobresale es parte de la creencia de que estos derechos le son inherentes al ser humano por el solo hecho de serlo, en otras palabras, independientemente de si el derecho se encuentra en un enunciado normativo literal y que forme parte de un sistema legal o normativo, esta es la corriente que sustenta la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la escuela positivista, que en contraste con la inclinación filosófica anterior, mantiene que los derechos fundamentales siguen las reglas de la lógica básica y el sentido común y que, por lo tanto, no pudieron existir por sí mismas, sino que son creados y reconocidos por el

derecho positivo, en suma que se derivan consecuencia de la legislación y sistemas jurídicos que rigen a cada Estado.

En el orden de la ejemplificación, una de las escuelas que se deben señalar al momento de cuestionarse acerca del génesis de los derechos fundamentales y, en especial, su sentido, es el utilitarismo, a través del cual se justifica la existencia de derechos fundamentales por su propósito, que se basa en aumentar la felicidad y minimizar el sufrimiento; es este contexto, el utilitarismo busca promover aquellos derechos que generen la mayor cantidad de beneficios para la sociedad en su conjunto.

Además, cabe tomar en consideración la aproximación que establece el contractualismo, en esta escuela de pensamiento jurídico, representada principalmente por el pensamiento teórico, sostiene que los derechos fundamentales son producto de un contrato social implícito o explícito entre los miembros de una sociedad, particularmente llama la atención que en el contractualismo los individuos renuncian a ciertos derechos en beneficio de un orden general y la protección de otros derechos básicos.

Aunque estas solo son algunas de las tendencias por las que se filtran las nociones que intentan conceptualizar la teoría de los derechos fundamentales, es importante destacar que existe un amplio y complejo conjunto de perspectivas y enfoques en relación con el tema que atañe, las cuales en muchos casos han formado escuelas filosóficas y teorías que hoy son eje transversal en el estudio de los derechos fundamentales.

Finalmente, esta serie de límites a los que se refiere el Dr. Antonio Peña Freire, son, entre otros, los derechos fundamentales que actúan como un límite estructural del poder, compuesto de aspectos que vinculan entre sí a los poderes públicos bajo el marco de la supremacía de la Constitución. En esta estructura, señala el profesor Jheison Torres Ávila<sup>1</sup>, refiriéndose al Dr. Luigi Ferrajoli (2001), el cual indicó lo siguiente:

La primera esfera es la de las prohibiciones, o sea la de los límites negativos impuestos a la legislación en garantía de los derechos de libertad; la segunda es la de las obligaciones, es decir, la de los vínculos positivos igualmente impuestos a la legislación en garantía de los derechos sociales. El conjunto de las dos esferas equivale al conjunto de las garantías de los derechos constitucionalmente establecidos, dirigidas a asegurar su efectividad. (pág. 338),

En este sentido, el garantismo, conforme su deber ser, representaría la otra cara -la cara por así decirlo operativa- del constitucionalismo, que mantiene al Estado bajo el control del respeto absoluto a los derechos fundamentales, esto es a garantizarle un proceso debido, los derechos a la defensa, garantías que resultan elementales al momento en que inicia un proceso, a través del cual se determinarán derechos y obligaciones.

---

<sup>1</sup> Revista de Derecho. La teoría del Garantismo: poder y constitución en el Estado contemporáneo

## **Derechos fundamentales**

Los derechos fundamentales constituyen un aspecto transversal en el estudio del Estado garantista, su desarrollo conlleva a que, en la presente investigación, se analice la perspectiva del profesor italiano Luigi Ferrajoli, quien afirmó que los derechos deben ser anunciados, reconocidos como enunciados normativos, y por último que implica la obligación del Estado de plantear un escenario idóneo para su efectivo ejercicio y goce; Así también, como la restricción expresa de su mancillamiento. En este sentido, el autor sostuvo que “los derechos fundamentales son expectativas negativas o positivas a las que corresponden obligaciones de prestación o prohibiciones de lesión que constan en las normas mismas”. (pág. 26)

Cabe compartir una idea concreta del autor ecuatoriano citado, esta es la de los derechos fundamentales de protección, cuyo objetivo consiste en hacer posible que el ciudadano de a pie pueda ejercer los recursos reaccionales o acciones judiciales efectivas, en este marco, el citado autor mencionado.

La tutela judicial efectiva se define como un derecho fundamental que ampara a toda persona, sin importar su capacidad, frente a cualquier intromisión en su esfera jurídica, especialmente por parte del Estado. Este derecho no se limita a la protección de derechos fundamentales, sino que abarca cualquier tipo de derecho. “Es un derecho fundamental de todo ente con personalidad reconocida por el Derecho exigir tutela judicial para que sus derechos no sean amenazados con lesión o sean efectivamente vulnerados.” (Zavala, 2004, pág. 23)

La teoría analítica del Dr. Robert Alexy, indica que existen tres tipos de posiciones jurídicas o derechos, por lo que, clasifica los derechos en tres categorías principales: derechos a algo, libertades y competencias. Los derechos a algo se subdividen en derechos de defensa y derechos a acciones positivas. Los derechos de defensa se subdividen a su vez en tres grupos, que protegen al titular frente a la intervención del Estado en su esfera jurídica. (págs. 186-192)

En aras de profundizar el estudio de los derechos fundamentales, se vuelve exigente traer al análisis, lo siguiente: “los derechos de protección son los derechos del titular del derecho fundamental frente al Estado para que éste lo proteja de intervenciones de terceros”. (Alexy, 1993, pág. 435)

La teoría que cita el profesor Alexy plantea una relación entre el Estado y el ciudadano, que naturalmente le atribuye al individuo un estatus jurídico personal concreto, es decir, una situación jurídica individual que el Derecho tutela, y que el Estado tiene la obligación de garantizar conforme a su rol. Eventualmente, si el estatus o la posición jurídica del sujeto se ve alterada, es el propio Derecho, a través de sus enunciados normativos, que le otorga al titular el derecho de acción que le permitirá, finalmente, reaccionar, poniendo en conocimiento del Estado su solicitud de realización de justicia, para que a través del procedimiento se pueda restituir la posición alterada o compensar los daños que la alteración provocaron.

Algunos de los ejemplos que la gama de derechos fundamentales permite citar comienzan siempre por el sustancial derecho a la vida que tiene todo individuo y que le debería asegurar la protección a su integridad física y mental, en segundo puesto,

pero no menos importante, el derecho a la libertad que incluye la protección contra arrestos o detenciones ilegales, en este contexto también se deben mencionar el derecho a la igualdad y no discriminación, consecuentemente el derecho a la libertad de expresión, a la privacidad, a la educación, y citable también es el derecho que tiene toda persona a un juicio justo e imparcial ante un tribunal competente, independiente e imparcial.

Estos son solo algunos ejemplos de derechos fundamentales, y existen muchos otros reconocidos en diferentes instrumentos internacionales y constituciones nacionales. La protección y promoción de los derechos fundamentales son importantes para garantizar una sociedad justa, libre y equitativa.

En este momento, una vez todo lo hasta aquí dicho, es deducible concluir que los Estados deben proteger los derechos fundamentales porque son principios universales que garantizan la dignidad, libertad e igualdad de todas las personas. Estos derechos son inherentes a todos los individuos, sin importar su origen étnico, nacionalidad, religión, género, orientación sexual o cualquier otra característica personal.

Existen varias razones por las cuales los Estados deben proteger los derechos fundamentales y que, por su naturaleza, me he permitido definir en el siguiente listado, por una parte, la dignidad humana esto es que los derechos fundamentales reconocen y protegen la dignidad inherente de cada ser humano. Estos derechos aseguran que todas las personas sean tratadas con respeto y consideración, y protegen contra cualquier forma de trato degradante o inhumano.

La libertad individual es uno de los derechos cuya definición se debe compartir cuando se cuestiona acerca de por qué el Estado debe garantizar que los derechos fundamentales, en concreto garantiza la libertad de expresión, de pensamiento, de asociación y de religión, entre otros. Cabe considerar que estas libertades son esenciales para el desarrollo personal, la participación en la sociedad y la búsqueda de la felicidad.

El derecho a ser tratados por igual es una de las obligaciones del Estado entre las garantías a los derechos fundamentales, promover la igualdad de todas las personas ante la ley y protegerlas contra la discriminación. Según se establece dentro de las referencias relativas a este derecho que todos los individuos deben ser tratados con igualdad y justicia, sin importar su condición o características personales.

El planteamiento de un Estado de derecho que implica la protección de los derechos fundamentales es importante para establecer y mantener la solidez de la institucionalidad del aparato estatal. Los derechos fundamentales son normas jurídicas que en este sentido limitan el poder del Estado y garantizan que las instituciones gubernamentales actúen bajo el marco que la voluntad soberana del pueblo les permite. Esto asegura que el Estado esté sujeto a restricciones legales y que los ciudadanos tengan mecanismos para defender y reclamar sus derechos.

Indudablemente, se debe mencionar el derecho a que todos gocemos de paz y estabilidad, en otras palabras, que la protección de los derechos fundamentales contribuya a la paz y estabilidad social. Cuando los derechos de las personas son respetados y protegidos, se reduce la probabilidad de conflictos y tensiones sociales. Además, una sociedad justa y respetuosa de los derechos humanos promueve la

confianza y la cohesión entre sus miembros. En resumen, los Estados deben proteger los derechos fundamentales porque son principios esenciales para el respeto a la dignidad humana, la promoción de la igualdad, el mantenimiento del Estado de derecho y la construcción de una sociedad justa y pacífica.

### **Derechos de protección**

Como ya se había mencionado en líneas anteriores, siendo consecuentes con el tema tratado, el Estado reconoce y garantiza la capacidad jurídica que tiene el sujeto para poner en funcionamiento el aparato estatal para sí, con el objeto de utilizar las instituciones estatales, es decir, otorga al individuo medios jurídicos para la realización de justicia, lo que también puede ser reconocido como un derecho frente al Estado. En esta línea, el Estado, por norma constitucional, se coloca en el rol de garante y, por lo tanto, obligado a la prestación mencionada para con el individuo.

El derecho que tiene el individuo a acceder a las prestaciones del Estado deviene en un acto positivo del Estado, de haberlo, como lo señaló el tratadista (Alexy, 1993, pág. 430), puede ser dividido en tres grandes grupos, el primero es el conjunto de las prestaciones de protección, el segundo comprende derechos a organización y procedimiento, y el tercero es un conglomerado de todos los derechos a prestaciones en sentido estricto, en la forma en que están constituidas estas prestaciones significan la conformación de un vínculo tripartita, donde participan el titular de un derecho fundamental, el Estado y la acción positiva del Estado.

Este primer conjunto, también denominado derecho de protección encuentra su asidero en la necesidad histórica del hombre por limitar el poder y utilizarlo a su favor

para reivindicar los derechos individuales a través de garantías que, precisamente como consecuencia de la constitucionalización de este y otros derechos, tienen eficacia y aplicación transversal a lo largo de los poderes públicos, por ejemplo, la función legislativa que, en el espectro de sus deberes y potestades, está obligada a dictar la normativa necesaria para conseguir la efectiva vigencia del derecho de protección.

En aras de lograr una concepción más precisa de los derechos de protección se hace menester traer a consideración su figura antagonista, el estado de indefensión como un escenario donde se vulnera el derecho a la protección, por ejemplo, si desde el legislativo se dicta una norma que en materia procesal restringe la acción de un individuo que ha visto mancillados otros derechos de nivel constitucional, o incluso infra constitucionales, pero que, finalmente, no puede hacerse de las herramientas que legítimamente le brinden una posibilidad de cese al mancillamiento y hasta su compensación.

Lo hasta aquí manifestado hace obligatorio traer al foco de análisis la tutela judicial efectiva como la garantía que se desprende del derecho de protección analizado desde la esfera del Estado garantista que se observó en las primeras líneas de esta investigación. Siendo la tutela judicial efectiva un derecho de derechos, el Estado tiene el deber de garantizar y proveer a todos y cada uno de los individuos la generación de recursos adecuados e idóneos para precautelar la situación jurídica infringida, y lograr la verdadera consecución de la justicia.

Desde el punto de vista de los principios que regulan el sistema de realización de justicia, la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia implican un deber para el

Estado, no solo en materia judicial, sino también en la creación de un conjunto de normas que deben interactuar entre sí en aras de precautelar los derechos fundamentales de los individuos.

Según como señaló el Dr. Ramiro Ávila Santamaria (2012), “los derechos de protección son una herramienta para remover los obstáculos que se presentan cuando los demás derechos son ejercidos. Entre los derechos de protección encontramos el derecho al acceso a la justicia, el derecho a la tutela efectiva” (pág. 108) de tal forma que, los derechos de protección son el artículo genérico del cual se derivan derechos vinculados, los cuales, finalmente, son protegidos en base a garantías.

### **Derecho al acceso a la justicia**

Dentro de la protección como se ha desarrollado a través del tiempo y dentro de la teoría del Estado garantista, el acceso a la justicia es un derecho considerado fundamental, ratificado así por instrumentos internacionales de derechos humanos. Las normas internacionales que incluyen en sus disposiciones el acceso a la justicia como un derecho fundamental imponen a los Estados miembros su aplicación vinculante, de tal forma que se reconozco su vigencia.

En este concreto tópico a analizar, el acceso a la justicia se compone, principalmente, de la normativa que haga posible la interposición de un recurso efectivo, puesto a disposición del individuo o del colectivo cuando ha visto mancillado un derecho. Es así, que los Estados deben cumplir su obligación de conceder a todos y cada uno de los ciudadanos los mecanismos, tanto sustantivos como adjetivos,

necesarios para el ejercicio de la protección que los acoge por el solo hecho de ser humanos, frente a los agentes que perpetren daños y perjuicios en su contra.

Ante una situación jurídicamente infringida, una aproximación a la definición de este derecho al acceso de la justicia versa sobre su finalidad, más que a un concepto, esto es, acerca la justicia a los justiciables a efectos no producir estado de indefensión, entonces se observa que este primer acercamiento es importante porque en su contenido cabe indicar que es un derecho fundamental, constituido por el derecho al acceso libre a la jurisdicción, procurar evitar el estado de indefensión, el derecho a obtener una resolución motivada, el derecho a ejecutar la resolución o el fallo, y por último la posibilidad de recurrir.

El derecho al acceso a la justicia, nos lleva al estudio de múltiples aristas en alimentación al derecho de protección, “(...) no basta con la existencia formal de los recursos, sino que éstos deben ser efectivos, es decir, debe ser capaces de producir resultados a las violaciones de derechos (...)”<sup>2</sup> (CIDH, 2021, pág. 135). La apariencia de un recurso que no es efectivo para el individuo resulta ilusoria, es decir que se torna ineficaz cuando, a pesar de constar articulado en la Ley, no genera los resultados para los que fue concebido.

La adecuación de los efectos del recurso que la normativa esparce frente al sujeto debe ser entendida desde el punto de vista de la idoneidad de sus funciones dentro del sistema de derecho en aras garantizar “ (...) la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos

---

<sup>2</sup> Corte IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149

por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción”<sup>3</sup> (CIDH, 2021, pág. 26)

Otro derecho que, así mismo compone el derecho principal al acceso a la justicia, es el denominado derecho a ser oído, como una derivación más que se suma al conjunto múltiple de derechos de protección, el aforismo *audiatur et altera pars* contiene el principio de contradicción que consiste en la garantía de acceso de las partes al proceso en el marco de la igualdad y a través del ejercicio de formular acciones o alegaciones en defensa de sus derechos e intereses legítimos. La doctrina sostiene que es una institución calificada para conseguir la satisfacción de las pretensiones del individuo o del colectivo, es así como este principio otorga a las partes procesales idénticas oportunidades de defensa, no pudiendo el juez emitir una determinada decisión cuando no se ha dado la oportunidad de ser escuchado en un término razonable.

El derecho a ser oído “(...) expresa que, salvo excepciones limitadas, el juez no podrá actuar su poder de decisión sobre una pretensión (civil, lato sensu o penal), si la persona contra quien aquella ha sido propuesta no ha tenido la oportunidad de ser oída: *audiatur et altera pars*” (Díaz, 1968, págs. 213-214).

### **Derecho a la tutela judicial efectiva**

De esta manera, podemos concluir brevemente que, en el modelo doctrinario que establece la teoría del Estado garantista, es notable la exigencia de la aplicación

---

<sup>3</sup> Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1

directa de las disposiciones constitucionales, inclusive por encima del orden jurídico, y que se tiene la expectativa de que sus efectos generen límites a las facultades públicas, siendo consecuentes, dentro de la esfera de valores que amparan al sujeto, principalmente, la tutela judicial efectiva se supone como la matriz de las demás.

La tutela judicial efectiva es considerada un derecho causal o motivador de los demás derechos fundamentales, no fue un tópico importante sino hasta la necesidad del hombre por enfrentar las violaciones del juzgador, atribuciones que pueden afectar diferentes aspectos de una sociedad.

Para conceptualizar la tutela judicial efectiva me remito a los aspectos que desarrolla y examina la Corte Interamericana de Derechos Humanos al respecto, a través de la doctrina y la jurisprudencia, en su misión por aproximarse a una definición que haga posible su aplicación en cualquier Estado miembro; en una muestra de sus sentencias, la Corte IDH, ha inclinado su decisión considerando la tutela judicial efectiva como un deber para el Estado, entidades que deberían implementar mecanismos consecuentes con los contenidos de estas disposiciones en aras de su efectividad.

Estos mecanismos deben centrar su foco en el cumplimiento de las garantías básicas que tiene el individuo a ser escuchado por los órganos de administración de justicia, sin perjuicio de la aplicación de las garantías y derechos relativos a la protección que surten efecto a partir de la tutela judicial efectiva en instancias judiciales y administrativas, así, por ejemplo, el debido proceso, la seguridad jurídica, la autoridad competente prevista en el sistema legal, a desarrollar las posibilidades de

recurso judicial, o la garantía de cumplimiento de las decisiones emitidas por autoridad competente.

Para aproximarse a una definición que contemple las diferentes posiciones que constituyen la tutela judicial efectiva, se requiere un análisis que involucre el contenido de otros derechos relativos a cualquier proceso donde se determine acerca de la situación jurídica de un sujeto; no obstante, los organismos internacionales han participado activamente en el examen del contenido esencial de esta institución jurídica, como un derecho fundamental.

Mediante las decisiones y las opiniones consultivas emitidas por la Corte IDH, los Estados parte tienen la posibilidad de incorporar elementos a la tutela judicial efectiva, a fin de precautelar los derechos fundamentales de todas las personas, mediante el control de convencionalidad y el bloque de constitucionalidad. En el estudio minucioso del caso *Barbani Duarte contra Uruguay*<sup>4</sup>, las consideraciones de la Corte IDH señalan claramente que la tutela judicial efectiva implica un ámbito formal y procesal de asegurar el acceso al órgano competente para que determine el derecho que se reclama en apego a las debidas garantías procesales. Por otra parte, ese derecho abarca “(...) un ámbito de protección material que implica que, el Estado garantice que la decisión que se produzca a través del procedimiento satisfaga el fin para el cual fue concebido.” (CIDH, 2021, pág. 46)

Es claro que los considerandos de la Corte no son dispositivos en su esencia, sino más bien una declaración de naturaleza axiológica, es por ello que esto último, no

---

<sup>4</sup> Fondo Reparaciones y costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234.

necesariamente puede ser interpretado como la realidad, sino como el deber ser de una garantía con capacidad para producir el resultado para el que fue concebida, de tal forma lo ratificó la Corte en una opinión consultiva el 6 de octubre de 1987, signada con el número OC-9/87, se refiere a los efectos transgresores de la inexistencia de mecanismos idóneos o recursos efectivos contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención.

En este mismo sentido, la Corte IDH resaltó que para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución y/o la ley, o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios.

En sinergia con las teorías antes señaladas, el Estado falla en su deber de garantizar la efectividad de un recurso para que el ciudadano reclame sus derechos, a través de aquellas acciones judiciales previstas para el cese de una vulneración o su resarcimiento, el deber de administrar justicia se está incumpliendo en detrimento de las ideas constitucionales.

En el Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador<sup>5</sup>. mediante la sentencia, la Corte IDH sostiene que la obligación del Estado de proporcionar un recurso judicial no se reduce simplemente a la mera existencia de los tribunales o

---

<sup>5</sup> Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245

procedimientos formales o aún a la posibilidad de recurrir a los tribunales, más bien, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas para garantizar que los recursos que proporciona a través del sistema judicial son verdaderamente efectivos para establecer si hubo o no una violación a los derechos humanos y para prever una reparación (CIDH, 2021, págs. 48-49).

### **LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS**

El estudio de la teoría de los derechos fundamentales es el punto de partida para establecer una distinción entre estos y las garantías, un criterio con alto contenido académico es el que sostiene el Dr. Antonio Peña Freire (1997), al indicar que: De esta manera puede arribarse a las garantías básicas que expresan los derechos fundamentales (dignidad, libertad e igualdad), y a su vez, a la función de garantía que desempeñan como vectores del aseguramiento de los derechos. (pág. 112)

Esta separación entre los conceptos que rodean la naturaleza jurídica de los derechos fundamentales contra las garantías es importante reconocer que las normas pueden coincidir con valores morales, pero eso no significa que sean jurídicas o que dependan del sistema legal. De la misma manera, una norma puede ser legal sin ser moralmente justa, como lo señala el autor. (Torres, 2017, pág. 145).

En suma, con la teoría de los citados autores, desarrolladores de las bases que sostienen el Estado Garantista, se configura la existencia de una serie de derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos, por su estatus de personas y, que finalmente son las expectativas prestacionales, o al menos de no tener que soportar atropellos y mancillamientos injustos, expectativas que traen

consigo la condición de sujeto como un presupuesto de su titularidad de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas, es decir el ejercicio del derecho a accionar el aparato jurisdiccional a través de los recursos que la legislación establece, alrededor del marco regulatorio del derecho adjetivo.

Es pertinente señalar que en un Estado ideal los derechos subjetivos deberían ser el objeto, la finalidad, del garantismo; por una parte, arribar el esquema doctrinario de la teoría de los derechos universales en el campo de lo factible, de lo realizable o palpable, en desvinculación absoluta de los conceptos abstractos con contenido axiológico. La eficacia del garantismo depende de mitigar las debilidades de los alcances de la igualdad de las personas, en base a la tesis sobre los derechos fundamentales y su distinción con los derechos de naturaleza patrimonial. Para una mejor explicación, el profesor Jheison Torres (2017), interpreta la plantilla del profesor florentino (Ferrajoli, 2006, págs. 29-33)<sup>6</sup>, que se diseña sobre cuatro pilares esenciales:

a) los derechos fundamentales son universales (reconocidos en igual forma y medida), mientras que los patrimoniales son singulares (reconocidos en diversa calidad y cantidad); b) los derechos fundamentales son indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles y personalísimos, mientras que los patrimoniales son disponibles, negociables y alienables; c) los derechos fundamentales tienen por título las normas constitucionales, mientras que los patrimoniales actos jurídicos particulares; y d) los derechos fundamentales corresponden obligaciones de hacer por parte del Estado, mientras que a los

---

<sup>6</sup> Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia. Madrid: Trotta.

derechos patrimoniales corresponde principalmente la no lesión de las relaciones intersubjetivas entre particulares. (pág. 153)

En concordancia, la doctrina y sus autores que alumbran la teoría de los derechos fundamentales con sus ideales, sostienen que la igualdad jurídica es el centro de la democracia debido a que es de todos y cada uno de los sujetos tener intereses legítimos, y aspiraciones naturales por el hecho de ser humanos, de tal forma que así se puede concretar una idea de realización personal, siempre que se encuentre dentro del marco de la moralidad, las buenas costumbres y la legalidad, el Estado tiene el deber de garantizarlo, caso contrario ejercer su poder sancionar sobre el sujeto en ejercicio de sus atribuciones contra conductas punibles.

En otras palabras, y a este nivel de distinciones teóricas y metodológicas que componen el Estado Garantista, cabe concluir una diferencia entre los derechos fundamentales y las garantías, para dar paso al análisis del derecho subjetivo. Guardando las distancias entre conceptos, resulta predecible la esquematización de los factores que legitiman al propio derecho, en la medida en que el Estado limite el ejercicio de su poder al conjunto de normas que se basan en la igualdad de las personas ante la Ley.

### **Expectativas legítimas**

Por su naturaleza, los derechos fundamentales, consumiendo el mismo espacio que ocupan los derechos de materia ordinaria, se componen de esta serie de expectativas que he decidido colocar estratégicamente en orden de importancia, el primer puesto lo contemplan aquellas obligaciones prestacionales que el Estado tiene

en su rol natural para con el sujeto y a la limitación de sus poderes; en el segundo lugar, aquellas obligaciones cuya naturaleza constituya una sanción y una reparación a la vulneración de las garantías del primer orden.

En este sentido de los factores, las garantías han sido calificadas como el efecto natural de traspasar las expectativas al plano real, esto es traducidas en los derechos fundamentales cuya efectividad y realización se cobija en la existencia de garantías, fruto del acompañamiento de efectos mutuos, ambas en materia de igualdad, mitigan el riesgo de vulneración, aunque no está totalmente a salvo, el efecto de una reparación congruente al perjudicado le permitirá al menos compensar un eventual perjuicio.

La eficacia de los derechos universales toma fuerza progresivamente, conforme el desarrollo de la teoría del Estado, las garantías a favor del sujeto se convierten en las herramientas de complemento absoluto, porque permiten que el individuo cuente con los mecanismos correspondientes para proteger sus expectativas positivas o negativas.

Lo relevante dentro de los factores que implican los derechos subjetivos es que, en su condición de asunto que atender para las garantías, significan un vehículo idóneo para establecer estándares de satisfacción y en efecto establecer el alcance de la tutela judicial efectiva. De otra forma, los derechos subjetivos pueden llegar a contener expectativas legítimas cuya naturaleza sea compleja, sin embargo, las garantías se conciben cuando su objeto satisfaga plenamente al individuo.

El Dr. Antonio Peña Freire (1997), sostiene una teoría que concentra un planteamiento de conceptos derivados del plano de la insuficiencia del alcance de las garantías, al respecto afirmó:

No obstante, en la perspectiva de los derechos fundamentales puede resultar insuficiente, dado que no expresa por completo los valores fundamentales centrados en la persona que se recogen en los catálogos de derechos constitucionales y desdibujaría el carácter proyectivo de estos en todo el ordenamiento. (pág. 141)

Por esta razón, los derechos fundamentales se colocan en un nivel distinto, conceptualmente hablando, a los derechos subjetivos; los derechos fundamentales son inalienables y de incidencia universal, cuya estructura no se subsume en los derechos subjetivos, en realidad se le oponen.

### **La tutela judicial efectiva y los derechos subjetivos**

Una vez que se ha arribado en la definición, ubicación, naturaleza y propiedades que engloban los derechos subjetivos, y luego de haber conseguido distinguir estos de los universales, y paralelamente separar las garantías, estas tres, en su papel de tópicos de la ciencia jurídica desprenden la tutela judicial efectiva, en este sentido lo importante es ubicar a esta dentro de una de estas tres prenombradas figuras; en efecto, esto quiere decir que la tutela judicial efectiva se incorpora, de alguna forma, en los derechos que son fundamentales, en los derechos que son subjetivos, en las garantías, o, quizás, en todas estas.

Se ha dicho que la tutela judicial efectiva es un derecho que radica en el Estado Garantista, ahora es justo introducir en el estudio de su naturaleza y determinar su ubicación para establecer definiciones concretas en cumplimiento del objeto de la presente investigación.

Cabe arrancar el escudriñamiento considerando que, para el sujeto que es titular de una expectativa jurídicamente relativa, la tutela judicial efectiva representa la oportunidad de acudir ante los órganos jurisdiccionales y, bajo el marco de las disposiciones de naturaleza sustantiva y adjetiva, pretender el cese o el resarcimiento en defensa y protección de sus derechos e intereses legítimos. La base constitucional de la norma ubica a la tutela judicial efectiva como una garantía que supone, principalmente, rieles propicios para el aseguramiento pleno de la defensa jurisdiccional de expectativas legítimas.

Retomando los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la tutela judicial efectiva, cabe resaltar que los Tribunales han reiterado la idea de esta figura como un deber del Estado, de tal modo se tiene que la administración pública cumple el papel de garantizar la existencia y puesta a disposición de recursos jurídicos efectivos, alcanzables, que el sujeto pueda interponer frente a conductas violatorias de derechos universales.

Esta obligación no se circunscribe al mero hecho de la implementación de dependencias y despachos judiciales con el personal operativo y administrativo de justicia, sino que se trata de un deber de efectividad y de adaptar esquemas fidedignos dentro del sistema judicial en todos los procedimientos donde se determinan derechos y obligaciones.

La Corte IDH ha ratificado la importancia de identificar los aspectos de una violación a los derechos fundamentales y con ello, consecuentemente, los mecanismos idóneos para remediarla; en aras de cesar definitiva y efectivamente la situación de

mancillamiento, y procurar el libre y pleno ejercicio de los derechos. El caso Tibi contra el Estado Ecuatoriano marcó el umbral de la relación que debe existir entre los sistemas normativos internacionales con las disposiciones locales plasmadas en la norma, este principio de conjugación o complementariedad implica un deber más específico para el Estado, este es tomar las medidas necesarias para que las normas internacionales ratificadas se apliquen efectivamente (Carbonell, 2007, p. 112).

Un punto importante y de alto contenido académico que ciertamente se desprende al momento de tratar la obligación que tiene el Estado de garantizar los derechos subjetivos es el Control de Convencionalidad, debido a su naturaleza garantista tiene como objetivo priorizar la integridad del ser humano, cercando los límites del poder y mitigar arbitrariedades que el sistema jurídico en ocasiones adolece, es decir los jueces, en su condición de operadores de justicia por mandato, desempeñan un papel preponderante en las garantistas de la Constitución, pues su alcance y conocimientos no solo debe limitarse a las leyes nacionales, sino también a las supranacionales.

Por lo tanto, a efectos de cerrar el presente capítulo en conclusión la tutela judicial efectiva es, por tanto, una garantía de aspectos trascendentales, a considerar su contenido se desarrolla en torno a todos los demás derechos y garantías concretas, relacionados todos entre sí; por una parte, el derecho al acceso a la justicia, a ser oído en un tribunal, el derecho al debido proceso, a una resolución motivada, a la tutela cautelar y a la ejecución que cierre el círculo de la efectiva protección de los derechos del sujeto, en otras palabras, volver al plano de lo palpable el concepto de los derechos subjetivos y las aspiraciones legítimas del individuo.

## CAPÍTULO II

### INSTITUCIONES JURÍDICAS PROTECTORAS DEL TRABAJO

Los efectos más importantes de la instauración de la Constitución de Montecristi, en el año 2008, radicó en un cambio progresivo en cuanto al tratamiento del ciudadano y la ponderación de sus derechos como el objeto a tutelar en la norma, lo que provocó pasar de un Estado Social de Derechos a un Estado Constitucional, en base a conceptos garantistas.

Por ello se pretende distinguir un aspecto del nuevo camino que debería tomar la evolución del marco jurídico procesal ecuatoriano, en cuanto a un tema que transversalmente opera en la esfera del derecho adjetivo y sustantivo; a pesar de no constituir nuevas teorías o conceptos del modelo de Estado garantista, si se resalta el mandamiento de armonía que debe existir entre el sistema jurídico interno y el esquema normativo internacional acerca de derechos fundamentales.

Así es como se hace un examen al conjunto de normas infra constitucionales que componen la materia laboral y la procesal, con el objeto de determinar las razones por las cuales sus efectos no guardan relación con la tutela judicial efectiva como se debería configurar en Ecuador, como un Estado miembro de la Convención Internacional de Derechos Humanos, y en cumplimiento con las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre esta garantía de todos los sujetos.

Existe un conjunto amplio de disposiciones constitucionales relativas a materia proteccionista laboral, que hacen comprender el derecho laboral inmerso en la realidad

económica y social, y operante sobre las circunstancias de la vida y de la conciencia humana.

El contenido de la materia laboral constitucional tiene sus bases en la realidad del trabajo, en su vínculo causal y con efectos imperantes para la sociedad. La normativa constitucional tiene como deber el control de la arbitrariedad capitalista, debería fomentar la plena libertad, motivar conductas de igualdad personal, establecer los parámetros de los vínculos con la realidad en el mundo del trabajo. En la Constitución el trabajo es un fenómeno ideal que supera los intereses individuales y que ha sido concebido frente a fines sociales.

El contenido de los valores fundamentales que con el paso de tiempo se ha desarrollado en torno a la realidad laboral, se construye desde el orden axiológico de la actividad humana, en este sentido el autor José María Obando Garrido (2019), sostiene taxativamente que son los siguientes: derecho de libertad, derecho de igualdad, derecho a un mínimo existencial, seguridad social integral, protección laboral, derecho de negociación colectiva y derecho de huelga (pág. 20).

En el criterio del autor citado se puede observar la selección de aspectos ideales concebidos como, el conjunto de derechos que al menos el Estado está llamado a precautelar, todos y cada uno de los mencionados recogen aspectos que le son inherentes al ser humano, indistintamente de su realidad particular; por una parte, la libertad como la autodeterminación consciente sobre la propia personalidad, únicamente restringida por las legítimas morales y normativas, este primer valor tiende a regular la actividad humana, puesto que desde la Carta Magna la esclavitud

económica en cualquiera de sus formas está prohibida terminantemente, razón por lo cual la intervención eficaz del Estado, se convierte en una necesidad que se debe satisfacer prioritariamente, sobre todo cuando los efectos negativos de la infracción de la norma afecta a la parte más débil de la relación entre el capital y el trabajo.

El derecho de igualdad es un valor que sostiene la protección del trabajo, una idea que se aproxima a su definición reza que se entiende por igualdad la capacidad de gozar de los mismos derechos individuales y sociales como justicia, sin distinción ni privilegios que hagan difícil la convivencia. Cabe en este orden hacer una aclaración en cuanto al criterio, toda vez que no se pueden desconocer aquellas diferencias que le son elementales al individuo.

El Derecho no puede dejar de observar la natural diferencia entre las personas, lo que lo obliga a formular disposiciones diferenciadoras con el fin de propender a un trato igualitario ahí donde la naturaleza no tiene influencia alguna, en suma, es la equidad y la armonía en las relaciones de los seres, que tiende a preservar la dignidad del hombre en grado de paridad y equivalencia.

En materia laboral es habitual encontrar que, al momento de regular la remuneración, la normativa de los Estados encabeza con una máxima que es reiterativa *a trabajo igual, salario igual* como una suerte de imperativo o referente, el empleo de esta fórmula es aplicable a aspectos de idoneidad, forma, tiempo y condiciones laborales.

El derecho al mínimo existencial es la función estatal a favor del individuo que le proporciona los medios razonables para la existencia, sin que por ello al Estado se le

pueda reclamar un empleo estable para cada ciudadano en edad productiva, pero si tiene la obligación de poner a disposición los instrumentos para suprimir las contingencias y lograr la dignidad personal, por ejemplo, las disposiciones que regulan el salario mínimo vital representan un deber para el Estado, su promulgación es una herramienta de seguridad jurídica a favor de los trabajadores y en respeto de sus derechos fundamentales.

La seguridad social integral es un mandamiento que beneficia al ser humano por el hecho de serlo, por el justificativo de necesitar bienestar, servicios de prevención, atención, tratamiento, rehabilitación, pensión jubilar, de vejes, de invalidez de sobrevivientes, entre otros aspectos de carácter social. Desde la doctrina se sostiene de forma unánime que la seguridad social tiene como fuente los derechos sobre la protección del sujeto, es así como la seguridad social en materia laboral otorga una protección mayor frente a eventuales accidentes o enfermedades.

En cuanto a la principal fuente de derechos, el derecho de protección en lo relativo a lo social establece que se respete el trabajo por ser la fuente de desarrollo económico del país, y el progreso personal de cada ciudadano. El respeto y protección se refieren a toda clase de labor dependiente o independiente, intelectual o material, permanente o transitoria para que la actividad laboral se desarrolle dentro de condiciones dignas y justas.

### **Derecho de protección del trabajo**

En el plano de lo ideal, la protección laboral tiene carácter tuitivo e irrenunciable, de modo que, uno de las disposiciones directas es que el Juez debe

aplicar la norma más favorable y la condición más beneficiosa a las situaciones jurídicas de los trabajadores, es un deber que por igual lo tienen que cumplir las autoridades en la esfera administrativa, quienes deben precautelar la integridad institucional del trabajo, a través del monitoreo de cumplimiento de obligaciones patronales, por ejemplo.

Los derechos que le son sustanciales y los que le son adjetivos a la materia laboral, son proteccionistas porque consideran que en la relación laboral la parte más débil, propensa a sufrir una vulneración cuyos efectos negativos afecten al trabajador, a su familia, a quienes estén a su cargo; de ahí que, ante cualquier duda, el Juez debe aplicar la norma que más le favorezca al trabajador, la violación de estos derechos se deben considerar actos nulos o inexistentes. Ciertamente, la justicia social debe imperar cuando de materia laboral se trata, en estas controversias en el fondo se están discutiendo ideales de interés público, que rebasan el beneficio individual; son los problemas jurídicos laborales los que inciden en el desenvolvimiento de la sociedad, por lo que la autoridad judicial tiene un rol importante.

Este rol importante que desempeña el Juez en materia laboral, recibe su tratamiento en el acceso a la tutela judicial efectiva; para todos los operadores del derecho, en especial las autoridades administrativas y judiciales, de una u otra forma, siempre es una preocupación el funcionamiento de la justicia, sus pautas, sus valores, y se puede observar fácilmente en todo manual de derecho procesal cuyo encabezamiento por lo general son los principios, y entre estos, el acceso a la tutela judicial efectiva.

### **Acceso a la tutela judicial efectiva laboral**

En cuanto a materia laboral, el principio máximo que determina valores procesales es el acceso a la tutela judicial efectiva que comprende a todos los principios actuales que se estudian en diversos manuales de derecho procesal; los derechos derivados son complementarios, la oralidad, la inmediación, la concentración, la celeridad, todos se originan del acceso a la tutela judicial.

Es una preocupación de la humanidad civilizada la incertidumbre, la ausencia de conocimiento seguro y claro del tiempo, de lo venidero, por ello en el siglo XX se positivizaron los derechos inherentes al hombre, precisamente el derecho de las garantías judiciales que partió de los pensamientos de anotados en las primeras líneas de esta investigación, de autores como Jean-Jacques Rousseau, las ideas sociopolíticas de Luigi Ferrajoli acerca del Estado garantista, François-Marie Arouet, más conocido como Voltaire, entre otros.

La declaración internacional de los derechos del hombre y del ciudadano se promulgó en contra de los tribunales que torturaban inocentes, la falta de garantías para los reos, es decir las garantías judiciales como el ejercicio del derecho de la defensa, o la existencia de una ley previa; en su artículo octavo, la declaración refiere un recurso efectivo ante los Tribunales que esté a disposición de los ciudadanos para el cese del atropellamiento de sus derechos o la reparación de su mancillamiento.

El Derecho humano de acceso a la tutela judicial efectiva indica la necesidad de una justicia especializada, con la finalidad de otorgar un proceso de solución rápida,

sin dilaciones ni obstrucciones injustificadas; además, independiente e imparcial que garantice la realización de justicia.

De fondo existe un derecho laboral robusto, con normas que son incuantificables, el problema que se presenta es que, a pesar de su constante crecimiento, se advierte una importante debilidad a la hora de exigir el Derecho, para que este llegue a Tribunales, en detrimento al acceso a la tutela judicial efectiva; conceptualmente el acceso a la tutela judicial efectiva corresponde al derecho de todo individuo, ante la controversia de derechos relativos a su condición, a ser oído y atendido sin condicionamiento de trabas económicas y de otro orden, y que su caso sea resuelto de modo sencillo, rápido o dentro del plazo razonable, ante un tribunal competente, imparcial, independiente, y especializado, mediante el pleno ejercicio del derecho a la defensa y de acuerdo con la naturaleza del derecho sustancial, en igualdad de condiciones procesales y mediante una resolución suficientemente motivada en derecho.

Esta es una propuesta de definición, un tanto extensa, pero finalmente cuál es la naturaleza de este derecho y hasta donde alcanza su aplicación; en primer lugar, si existe un derecho debe haber una acción acorde al derecho, no es suficiente su reconocimiento, este debe ser realizado con una acción administrativa o judicial, idónea y adecuada al derecho controvertido. El derecho de trabajo tiene un objeto jurídico de protección a los más débiles de la relación laboral, sea esta de dependencia o autónoma, que consiste en necesidades esenciales para la subsistencia del individuo y su núcleo familiar.

Generalmente, estos objetos jurídicos de protección surgen en una relación de dependencia, que implica una relación desigual de poderes, que debe ser tomada en cuenta en su real dimensión, consecuentemente, el alcance del acceso a la tutela judicial efectiva laboral incluye la garantía del derecho reclamacional, la posibilidad de ejercerlo, en la vía pública ante los tribunales o autoridades administrativas, el derecho de acceso a la acción, el derecho a un tribunal especializado, independiente, imparcial, y un proceso idóneo.

De acuerdo con este conjunto de ideas que están de fondo en el sustento de la definición propuesta para el acceso a la tutela judicial efectiva, las pautas son las siguientes, primero una indemnidad reclamacional, segundo la posibilidad de ejercer el derecho reclamacional en un plazo razonable que no impida el acceso a la tutela judicial efectiva y que se evite el uso de trabas mañosamente; finalmente el ingreso a la etapa judicial debe regularse en el marco de la igualdad, cuyas disposiciones procure las armas para el más débil de la relación jurídica.

Entre otros conceptos colaterales que, finalmente, surgen del acceso a la tutela judicial efectiva, se tiene la necesidad concluyente de acciones colectivas para hacer efectivo sus derechos, la necesidad de medidas urgentes o preventivas que se deben poner a la orden del día para situaciones que requieren la actuación pronta ante el mancillamiento de un derecho, como la reincorporación del trabajador despedido a su puesto. El tratamiento de este derecho al acceso a la tutela judicial efectiva es de derecho fundamental, es decir que al momento de incorporarlo en las legislaciones locales deberá tenerse en cuenta que su aplicación es inmediata y directa.

### **Principio de Inamovilidad laboral**

A nivel de la progresividad que los efectos jurídicos de los derechos fundamentales deben reportar para el trabajador, hay una tarea que es de vital importancia en el régimen laboral ecuatoriano que se inclina por señalar que en esta relación no es posible un trato igualitario entre las partes, toda vez que la historia señala diversos eventos fácticos que alimentan la distinción natural entre la clase empresarial y la obrera. Por el paso del tiempo, en esta relación es visible el desgaste consecuente de una serie de actos de moral cuestionable en contra del ser humano.

La Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, procuran ser enfáticos en cuanto a señalar que el individuo es el centro de protección prioritaria, sostiene que, por su condición, el trabajador, se encuentra en estado de vulneración.

La Constitución del Ecuador, como Estado miembro y suscriptor de las decisiones emitidas por los organismos internacionales en materia de protección de Derechos Humanos, en observación de sus estándares para la normativa local, acoge entre sus principios la estabilidad, o también llamada inamovilidad, y su correspondiente acción declaratoria de despido ineficaz.

En el marco del artículo 332 de la Carta Magna<sup>7</sup>, se establece un régimen protector, que tutela la estabilidad laboral con efectos jurídicos absolutos, es decir que

---

<sup>7</sup> Constitución de la República de Ecuador, R. O. 449 de 20 de octubre de 2008

su cumplimiento no está supeditado a la voluntad del empleador, por sobre esta deberá acatarse lo que disponga la norma:

Art. 332.- El Estado garantizará el respeto a los derechos reproductivos de las personas trabajadoras, lo que incluye la eliminación de riesgos laborales que afecten la salud reproductiva, el acceso y estabilidad en el empleo sin limitaciones por embarazo o número de hijas e hijos, derechos de maternidad, lactancia, y el derecho a licencia por paternidad.

Se prohíbe el despido de la mujer trabajadora asociado a su condición de gestación y maternidad, así como la discriminación vinculada con los roles reproductivos.

Este régimen que en la Constitución se ha establecido, recoge la teoría de la progresividad de los derechos fundamentales, el mismo que define la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica"<sup>8</sup>, en su artículo 26, donde se describe literalmente un deber que adquiere el Estado miembro.

Art. 26.- Desarrollo progresivo.- Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la

---

<sup>8</sup> Gaceta Oficial No. 9460 del 11 de febrero de 1978

medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados

En concordancia, la Carta de la Organización de los Estados Americanos (1993) señala que:

“(...) el trabajo es un derecho y un deber social, que otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia. tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar”. (pág. 14)

A modo de primera opinión que se merece el régimen local, es identificable que en la norma constitucional citada existen elementos intrínsecos de una garantía que, si discrimina al trabajador en función de las dimensiones del daño que puede provocar la infracción al principio de inamovilidad, de tal forma que pone al sujeto en condiciones de protección idóneas para cesar el daño y compensar el perjuicio en caso de haberlo.

la Constitución ecuatoriana ha introducido importantes avances en materia de derechos laborales, protegiendo a grupos vulnerables y garantizando su acceso a un trabajo digno y estable, el concepto del "buen vivir" como un derecho fundamental, ampara a diversos grupos vulnerables en el ámbito laboral. Entre ellos, se encuentran las mujeres embarazadas, quienes gozan de protección especial durante su gestación y lactancia. Asimismo, la Constitución protege a los trabajadores que ejercen su derecho a la reunión y asociación, evitando que su puesto de trabajo se vea amenazado por su participación en estas actividades. En cuanto a las personas con discapacidad, la

Constitución exige a las empresas que contraten un porcentaje mínimo de empleados con discapacidades, garantizando su estabilidad laboral y evitando su despido injustificado.

Desde 1938, la protección de la sindicalización ha evolucionado para garantizar la progresión de los derechos fundamentales de los trabajadores. El Convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, ha sido fundamental para instrumentalizar conquistas laborales que solo han sido posibles gracias a la organización y lucha colectiva de la clase obrera.

La Ley de Justicia Laboral amplía la protección del estatus jurídico de inamovilidad a los dirigentes sindicales, estableciendo una acción que en instancias judiciales declare ineficaz el acto unilateral del empleador que vulnere su estabilidad.

El Código del Trabajo en cuanto a la regulación sustantiva de la acción de despido ineficaz, hace posible dejar sin efecto jurídico el despido realizado contra la mujer en estado de gestación, en lactancia e incluso cualquier condición asociada a la maternidad, por considerar que no solo se afecta a la mujer trabajadora, sino a sus derechos reproductivos en aras de tutelar la familia como el génesis de la sociedad.

Cabe señalar que esta garantía es transversal en cuanto a derechos de carácter social, por lo que incluye, además, la protección de los derechos relativos al interés superior del niño a gozar de los cuidados directos de sus dos progenitores, y sobre todo el periodo de lactancia, como tal esta medida tutelar supera la esfera de la materia

laboral y afecta, en el buen sentido de su significado, al goce efectivo de los derechos fundamentales de los niños.

Sin embargo, en Ecuador se establece una garantía indemnizatoria a favor de las personas discapacitadas, que ampara a este sujeto, e inclusive a quien declare estar a su cargo, con una acción de reparación, pero no de reintegro ni de ineficacia del despido, en mi opinión la progresividad de los derechos fundamentales tiene un espectro muy amplio, se conoce que en otros países miembros de los organismos internacionales antes mencionados la Ley si protege y discrimina favorablemente al discapacitado, amparándolo bajo el fuero del despido ineficaz, tal como lo hace Ecuador con los casos antes citados.

Finalmente, previo a entrar al análisis de la acción de despido ineficaz, es dable mencionar que el principio de inamovilidad laboral, por lo estudiado hasta aquí, implica la existencia de la estabilidad absoluta, que en el Ecuador está supeditada a la calidad del sujeto y su estatus jurídico; no obstante, los trabajadores que no se encuentren amparados bajo el régimen de la inamovilidad, gozan de estabilidad relativa. En otras palabras, los efectos de la estabilidad para los trabajadores ordinarios, por seccionarlos de alguna forma, no comprende la posibilidad de ejercer la acción declaratoria de despido ineficaz, sin perjuicio de la reparación que establece el artículo 188 de la norma laboral en términos indemnizatorios a favor del trabajador, que ha visto vulnerada su estabilidad y por lo tanto debe ser resarcido.

## **Terminación de la relación laboral**

Las fuentes que alimentan el derecho laboral, en cuanto a las relaciones jurídicas de trabajo, fundamentalmente buscan la permanente vigencia de la fuente de ingresos del trabajador, y por lo tanto su conservación hasta que una de las causas legales lo termine. Los efectos jurídicos del contrato de trabajo son de tracto sucesivo, que se representa en el desempeño de servicios de forma ininterrumpida; en realidad, el marco jurídico que regula las relaciones laborales en territorio ecuatoriano plantea que el plazo de la vigencia de los contratos de trabajo es indefinido por defecto.

La Ley Orgánica para la Justicia Laboral se publicó en el Tercer Registro Oficial Suplemento No. 483 de 20 de abril de 2015, en su artículo 2 dispone sustituir el listado de los contratos de trabajo que se establece en el artículo 14 del Código del Trabajo, prescribiendo que el contrato de trabajo indefinido es una modalidad típica de la contratación laboral estable o permanente, y que su terminación se rige por las causales establecidas en el Código laboral y, señala las excepciones respectivas.

Por lo tanto, la estabilidad laboral encierra un deber para el Estado, esto es la paz social y el crecimiento económico en base al trabajo estable y la continuidad laboral; en consecuencia, la decisión unilateral del empleador conlleva una sanción civil, esto es, la compensación a favor de la parte más débil de la relación, quien en virtud de la terminación deja de percibir los beneficios de su fuente de ingresos, base de la economía familiar, y finalmente núcleo de la sociedad.

El despido entonces es la denominación de la figura que se estudia desde la terminación del contrato de trabajo, por lo que es importante destacar que cuando de

por medio existe una causa legal que justifica la finalización de una relación laboral, no existe oposición al principio legal de la estabilidad laboral, como en los contratos que se caracterizan por el limitado tiempo de duración de los efectos jurídicos, cuya vigencia, naturalmente, se supedita al paso del tiempo.

Dichas las circunstancias bajo las cuales se legitima la terminación de una relación laboral, esta también puede extinguirse por causas del trabajador, del empleador y bajo la fuerza mayor debidamente probada; incluso puede terminar por voluntad manifiesta de cualquiera de sus partes, en conjunto o de manera unilateral, fuera del margen permitido por la norma como el marco del despido intempestivo.

En base a lo hasta aquí mencionado, a modo de aclaración, el despido intempestivo es un hecho que se estudia como una categoría más dentro de la terminación ilegal del contrato de trabajo.

### **Despido intempestivo**

El marco legal ecuatoriano en materia laboral, en 1978 bajo el amparo del derecho al trabajo reconocido como un deber social y un derecho económico, estableció el derecho del individuo trabajador a percibir de su empleador remuneraciones justas; la reforma del año 1978 creó el plano perfecto para garantizar la estabilidad de los obreros a través de la figura tutelar del despido intempestivo.

Las condiciones sociales de la época afectaron a la población más vulnerable, atribuyéndole gran importancia a aquellos sucesos patrocinados por los movimientos laborales, la fuerza laboral. Apalancados en los convenios internacionales y las ideas sociales renovadoras de la época, los organismos colectivos a través del ejercicio de

sus derechos de petición que ampara la legislación laboral de un modelo garantista, colocando al individuo en el centro de foco de los deberes del Estado, desde los gobiernos militares y dictatoriales en los años setenta, lograron “conquistas sociales” traducidas en políticas salariales a favor del trabajador; con ello emergió el reconocimiento de los beneficios sociales para el trabajador, la obligación de proveer comisariato, las guarderías y asistencias para las personas en estado de gestación, entre otras que obedecieron a la teoría de la progresión de los derechos fundamentales.

Una norma que se promulgó en defensa del trabajador es la reforma que regula los actos unilaterales del empleador, esta surgió en la legislación del año 1978, en ese momento se reconoció una compensación económica a favor del trabajador despedido; actualmente la terminación ilegal de la relación laboral puede detectarse desde el estudio de los elementos del despido intempestivo, considerando que el empleador en cualquier momento, sin previo aviso, da por terminado el contrato de trabajo sin causa legal justa, entonces se puede concluir que la terminación es ilegal y el despido intempestivo.

Se considera despido intempestivo cuando el empleador, unilateralmente, da por finalizada la relación; además, este puede constituirse en virtud de ciertos actos unilaterales especiales, como la asignación de nuevas responsabilidades que no están vinculadas a su cargo, que no están remuneradas debidamente, sin el consentimiento del trabajador lo colocan en una ocupación distinta a la que se estableció en su contrato.

Con el cometimiento de estos actos unilaterales gravosos del empleador, para el trabajador se constituye una acción indemnizatoria que opera en base a la normativa

del Código del Trabajo. El proceso vigente regula un sistema tutelar para el trabajador, le otorga a este la acción de despido intempestivo, la cual empieza con la declaratoria del despido esto es el reconocimiento que hace el Juez en base a los hechos debidamente probados, en virtud de tal vulneración la parte afectada tiene derecho a reclamar de su empleador una compensación económica que le permita tolerar dignamente la interrupción de la fuente de ingresos de un individuo y, consecuentemente, de su familia.

La Ley Orgánica Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, del año 2015, en su artículo 4, dispone incorporar al (Código del Trabajo, 2005)<sup>9</sup> el (artículo 16.1). Este artículo regula otro hecho específico que constituye despido intempestivo. La ley indica que:

Art. 16.1. – (...) Si conforme lo establecido en el inciso anterior, el trabajador no es llamado para prestar sus servicios, a pesar de que operativamente se lo necesite y existan puestos de trabajo disponibles en la nueva obra, se configurará el despido intempestivo y tendrá derecho a percibir las indemnizaciones previstas en este Código.

En Ecuador, como ya se dijo en párrafos anteriores, este hecho se estudia bajo el marco de los efectos del principio de continuidad laboral, en la regulación de los contratos de trabajo por obra o servicio determinado dentro del giro de negocio del empresario, en este caso los contratos de trabajo se conciertan con objeto cierto, la

---

<sup>9</sup> Registro Oficial Suplemento 167 de 16-dic.-2005 Última modificación: 22-jun.-2020

realización de una obra o servicio determinado, sin atender a un período de tiempo de vigencia del contrato que, por lo tanto, se supedita a la realización de la obra. Lo que cabe cuestionar, en este sentido, es la conversión a contrato indefinido, lo que genera cierta estabilidad, toda vez que se obliga al empleador a convocar al trabajador en la nueva obra o proyecto.

En efecto, con la aplicación del artículo citado, esto es el caso específico de constitución de despido intempestivo, se deja en evidencia el modelo garantista de un Estado que observa y atiende la progresión de los derechos fundamentales, en este caso el principio de la continuidad de la relación laboral, que prefiere inclinarse por los contratos de duración indefinida, los que otorgan una mayor protección del trabajador, especialmente en el momento del despido y la situación de desempleo.

### **Despido justificado**

Se considera un despido justificado, a aquel que extingue los efectos jurídicos del contrato debido al incumplimiento de las obligaciones de la parte trabajadora; es una facultad unilateral que tiene el empleador, que consiste en dar por terminado el contrato de trabajo, bajo el régimen excepcional de la estabilidad laboral. Dispone el artículo 172 un listado de causales “por las que el empleador puede dar por terminado el contrato.” (Código del Trabajo, 2005)

El despido justificado se encuentra reducido a la declaración judicial que emita el Juez acerca del escenario que la norma laboral contempla, si se cumple o no la causal de visto bueno alegada, y si, en efecto, el trabajador quebrantó sus obligaciones. Para tal efecto, el listado contempla ocho razones con contenido amplio, el abandono

injustificado del puesto de trabajo, la desobediencia al reglamento interno, la falta de probidad e ineptitud manifiesta, el proferir injurias graves al empleador, a partir del año 2017 en el Registro Oficial Suplemento número 116 del nueve de noviembre, en su artículo 8, dispone agregar a las causales de terminación el no acatamiento de las medidas de seguridad e higiene ocupacional, por el cometimiento de acoso laboral, y la denuncia injustificada contra el empleador por incumplimiento de obligaciones sociales.

### **Despido por discriminación**

En este caso la discriminación se constituye cuando se violenta la igualdad de trato en detrimento del individuo, quien se encuentra en igual situación jurídica que el colectivo de colaboradores; sin embargo, este es segregado o distinguido. Detectar los elementos de un acto discriminatorio por despido es una rama de análisis de vital importancia para el Derecho de Trabajo, para tal efecto la teoría progresista de los derechos fundamentales resulta una herramienta.

La igualdad y la no discriminación son principios fundamentales que se extienden al ámbito laboral, donde su aplicación tiene un impacto significativo. Esto se debe a la estrecha relación que existe entre ambos conceptos en el contexto social. Todos los individuos, por el simple hecho de ser humanos, tienen derecho a ser tratados con igualdad. La discriminación, por el contrario, constituye una violación a este principio fundamental. En el ámbito doctrinario, la discriminación se define como una conducta culturalmente arraigada, sistemática y socialmente extendida que implica desprecio hacia una persona o grupo de personas, basándose en un prejuicio negativo o un estigma asociado a una desventaja inmerecida. Esta conducta, ya sea intencional

o no, tiene como consecuencia la vulneración de los derechos y libertades fundamentales de las personas discriminadas. “La no discriminación es el derecho de toda persona a ser tratada de manera homogénea, sin exclusión, distinción o restricción arbitraria, de tal modo que se le haga posible el aprovechamiento de sus derechos y libertades fundamentales y el libre acceso a las oportunidades socialmente disponibles (...)” (Rodríguez Zepeda, 2005, pág. 29)

El papel que tiene actualmente el derecho a la igualdad y no discriminación ocupa un rol importante en el seno de la relación laboral, este ampara un espectro social del ser humano más amplio por su naturaleza jurídica de progresividad, y, por lo tanto, obliga que el ordenamiento laboral de los Estados miembro sea capaz de incorporar regulación adaptable a los fenómenos sociales que se presentan, pues en buena medida la vertiente económica que es tan esencial en la regulación del contrato de trabajo no deja de constituir un tema preocupante para el Estado por las expectativas de desarrollo del ciudadano.<sup>10</sup>

En sentido jurídico, estrictamente, la discriminación en materia laboral se configura dentro de una distinción de trato que se da entre sujetos en igualdad de circunstancias, no existiendo causa de justificación, por lo tanto, cuando es arbitraria (Medina, 2012, pág. 355). De este modo, la decisión unilateral del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo, sin que medie una causa legal para tal efecto, refleja un acto de desigualdad y discriminación dentro del colectivo de trabajadores. Debido al daño que este acto provoca, el (Código del Trabajo, 2005) en su artículo

---

<sup>10</sup> M. Cardenal Carro "Patriotismo constitucional", versión laboral (con ocasión de la nueva Directiva para la igualdad de sexos) Aranzadi social, N° 5, 2001, págs. 325-340

195.3 otorga al trabajador afectado una acción indemnizatoria que puede ejercer en cualquier caso de despido por discriminación.

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.

A modo de conclusión breve, con la existencia del artículo citado, esto es el caso específico de constitución de despido por discriminación, el afectado trabajador puede ejercer su acción indemnizatoria que deja en evidencia la operatividad del modelo garantista ecuatoriano, en el que se puede observar un estímulo provocado por la progresión de los derechos fundamentales, en este caso el derecho a la igualdad y no discriminación en la relación laboral, que coloca al Estado ecuatoriano en una posición de garante con el objetivo de procurar un esquema de protección a favor del trabajador, especialmente en el momento del despido y la situación de desempleo.

### **Despido ineficaz**

Finalmente, el tópico central de la presente investigación, el despido ineficaz, una figura que encierra especial atención desde la norma adjetiva que la regula, no obstante, su estudio empezará desde el plano de lo sustantivo y avanzará en un tercer capítulo a la esfera de lo adjetivo. Se trata de aquel despido que una vez declarado ineficaz, no surte el efecto jurídico deseado por el empleador, más retrotrae las cosas al estado anterior al acto unilateral ineficaz; es por ello que la importancia de esta figura

radica en la restitución del trabajador a sus labores, para que el Contrato de Trabajo se mantenga vigente, en garantía de la estabilidad de este último.

El despido ineficaz no implica un concepto jurídico definido exactamente, es más se compone de los aspectos fácticos que se extraen de situaciones concretas, así se pueden ver los casos que en la legislación laboral se determinan como propicios para constituir un despido ineficaz. El objetivo es proteger la estabilidad del individuo por sobre la decisión unilateral del empleador; empero, con el ánimo de estructurar una aproximación en cuanto al concepto de despido ineficaz se puede identificar que se compone de las palabras despido e ineficaz, al respecto el autor Guillermo Cabanellas (2008), en su obra Enciclopedia de Derecho Usual sostiene lo siguiente:

En el mundo de las relaciones que el trabajo subordinado o dependiente origina, por despido se entiende estrictamente la ruptura o disolución del contrato o relación de trabajo por declaración de voluntad unilateral del patrono o empresario, que de tal modo extingue el vínculo jurídico que lo une con el trabajador a su servicio. (pág. 228).

Acerca de la distinción que hace el autor Cabanellas en su obra cuando desarrolla la sección “despido”, en materia laboral, es claro al describir una determinación unilateral por parte del empleador en afectación del trabajador, se entiende que este acercamiento de definición implica que el trabajador no se espera en el tiempo tal interrupción, empero sus expectativas siempre recaen sobre conseguir la estabilidad de la fuente de sus ingresos.

Al igual que todo acto voluntario, independientemente de la materia sobre la que verse, se espera la consecución de los efectos naturales del acto, en este caso la separación del colaborador; las consecuencias jurídicas de este acto tienen relevancia cuando no media un justificativo legítimo para tal efecto, tal como se trató en incisos anteriores acerca del despido intempestivo.

En este caso, cuando el despido puede ser declarado ineficaz se debe a que el individuo afectado recoge ciertos elementos específicos que, circunstancialmente, lo hacen merecedor de la protección que la estabilidad laboral absoluta ofrece a favor de las personas trabajadoras en estado de embarazo o en estado asociado a su condición de gestación o maternidad, así como a los dirigentes sindicales, y aquellos padres cuyo despido estuviere asociado al goce de la licencia sin remuneración que prescribe el artículo 152 inciso 1 del Código del Trabajo, en razón del respeto al principio de inamovilidad que los ampara, sin perjuicio de ciertas circunstancias especiales que, por su naturaleza, también ameritan tal tutela.

En base a estos antecedentes, se incorpora al ordenamiento jurídico ecuatoriano la Ley orgánica para la justicia laboral y reconocimiento del trabajo en el hogar, su artículo 35 incorpora 3 incisos al artículo 195 del (Código del Trabajo, 2005) refiere para el ciudadano un concepto de despido ineficaz en torno a los siguientes términos:

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

del despido serán aplicables a los dirigentes sindicales en su cumplimiento de sus funciones por el plazo establecido en el artículo 187.

En este sentido, desde el estudio minucioso de la norma citada se puede distinguir que son sujetos de esta tutela especial, y por lo tanto amparados por la acción de despido ineficaz, los grupos claramente denominados como de atención prioritaria.

### **Acción de declaratoria de despido ineficaz**

La figura del despido ineficaz ha sido objeto de muchos cambios desde su promulgación en el año 2015, aunque esta no tiene una definición exacta, se sabe que es a razón de los principios que la alimentan, la Carta Magna lo regula como la estabilidad laboral; a pesar de que en Ecuador no está implementada la inamovilidad del trabajador en su sentido amplio, el ordenamiento jurídico ha incorporado la acción de declaratoria de despido ineficaz, con el objetivo de garantizar la permanencia de aquellos despedido sin causa justa, quienes por su estatus jurídico se encuentran amparados.

El sentido de la norma en el artículo 195.2 del Código del Trabajo es reintegrar al trabajador a su cargo dejando, por lo tanto, sin efecto la decisión unilateral del empleador, en este orden cabe distinguir que, sobre este aspecto radica la notable diferencia que guardan el ejercicio de esta acción y la acción indemnizatoria que ampara a todos los trabajadores.

Una vez distinguido que la acción de declaratoria de despido ineficaz, en adelante “el despido ineficaz” sencillamente, busca la permanencia de la persona trabajadora, cabe apuntalar tal análisis con la disposición del artículo 332 de la

Constitución de la República del Ecuador, prohíbe el despido de la trabajadora embarazada, adiciona, asociado a su condición de gestación y maternidad; en este sentido, la situación jurídica que tutela esta acción está identificada con aquellas personas por sus condiciones actuales.

En este caso la inamovilidad es un derecho que, por una parte, pueden ejercerlo las mujeres embarazadas, siempre que el despido esté asociado a su condición de gestación y maternidad; por otra parte, además, en el orden legal se determina que pueden ejercerlo también aquellos padres cuyo despido estuviere asociado al goce de la licencia sin remuneración que prescribe el artículo 152 inciso 1 del Código del Trabajo, para precisar y apoyar la efectiva protección que prescribe el citado artículo se emitió el Acuerdo Ministerial signado con el número MDT-2016-0158, que en su artículo 18 regula el tiempo de esta tutela en noventa días posteriores a la terminación de uso de la licencia.

Adicional se suma al amparo del despido ineficaz, los trabajadores que son miembros de la directiva de organización laborales, un Secretario General, un Director de Deportes, Director de Publicidad, entre todos aquellos que ejercen funciones de dirigencia dentro de los colectivos laborales debidamente notificados al empleador.

A pesar de los casos que se han mencionado de la acción de declaratoria de despido ineficaz, cabe señalar que cuando existen méritos con asidero legal suficiente para ser probados debidamente en un proceso, conforme el artículo 172 del Código del Trabajo, el empleador puede dar por terminado un contrato de trabajo con cualquier

colaborador, en el momento que crea conveniente, sin previo aviso, y sin que ello genere una indemnización a favor del trabajador.

### **Procedimiento**

En el plano procedimental, en materia adjetiva, para lograr la declaratoria de ineficacia del despido el procedimiento a aplicar es el sumario, ciertamente; sin embargo, no es un trámite sumario normal, la norma procesal dispone que en materia del despido ineficaz se debe observar lo prescrito en el artículo 332 del Código Orgánico General de Procesos, que en su numeral 8 dispone lo siguiente.

Art. 332. - Se tramitarán por el procedimiento sumario: (...) 8. (Sustituido por el Art. 53 de la Ley s/n, R.O. 517-S, 26-VI-2019).- Las controversias originadas en el despido intempestivo de mujeres embarazadas o en período de lactancia y de los dirigentes sindicales, se aplicará los términos reducidos como en el caso de niñez y adolescencia (2015).

Es importante destacar la anormalidad de este procedimiento sumario, cuyos términos se reducen a un caso similar al de niñez y adolescencia, por ejemplo, no se tiene quince días para contestar la demanda, solamente se tienen diez días, y anteriormente se tenían solo ocho días, términos que resultaron ser muy reducidos. Una vez que el Juez avocaba conocimiento de la solicitud de declaratoria, se tenían cuarenta y ocho horas para efectuar la citación en la debida forma y para convocar a audiencia.

Se entiende que la naturaleza de esta reducción de términos se debe a las intenciones de maximizar la celeridad en la atención que el operador de justicia les

preste a los procesos de esta índole, en otras palabras, reintegrar lo más rápidamente posible a la trabajadora a su puesto de funciones.

En cuanto a la presentación de la demanda, el profesional del derecho debe reconocer que lo prescrito en el artículo 195.2 del Código del Trabajo determina en primer momento que el lugar de presentación de la demanda no es el domicilio del trabajador; un contrato de trabajo puede firmarse en Quito, el trabajador desempeñar sus funciones en Cuenca, lugar donde se ubica el domicilio del trabajador, pero finalmente el trabajador es notificado de su despido en Salinas, entonces la declaratoria de ineficacia del despido debe ser intentada ante las Unidades Judiciales de la provincia de Santa Elena, conforme señala el artículo citado, la acción se deberá deducir ante el juez del trabajo de la jurisdicción correspondiente al lugar donde se produjo el despido.

En este artículo 195.2, además, se establece que el plazo de interposición de la demanda es de treinta días, es notable que por lo general la norma adjetiva señala el lapso de los procedimientos en días hábiles, no obstante, para este caso se debe contar todos los días del calendario. En este orden, la norma establece una caducidad del derecho para accionar el despido ineficaz cuando este no ha sido ejercido dentro del plazo de treinta días contados a partir de la fecha en que se produjo el hecho.

La Corte Nacional de Justicia en el año 2016, emite una Resolución signada con el número 05-2016, cuyo contenido tiene el carácter de vinculante para todos, y que en su primer artículo prescribe:

“Art. 1. – (...) al momento de calificar la demanda, (los jueces) 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”

En contestación a la consulta de los distintos niveles de judicatura en materia del trabajo, respecto de si al momento de calificar la demanda por despido ineficaz, deben de oficio declarar la caducidad y disponer el archivo de la causa; y, además la Corte Nacional de Justicia tomó en consideración un criterio del principio de la economía procesal, entendiéndose este como aquel por el cual se busca que las causas judiciales tengan el menor desgaste posible en términos de costos y tiempo para las partes y la administración de justicia; de tal manera que si, como en el caso del despido ineficaz, la acción ha perdido total eficacia por no haber sido ejercida dentro del plazo que señala la ley, es inútil el proseguir todo un proceso cuya acción ha caducado.

En otras palabras, la Corte Nacional de Justicia, en la mencionada Resolución, ha considerado que el despido ineficaz debería actuar oportunamente en el tiempo, para lo cual se requiere una acción de efecto inmediato a favor de la parte más débil, y por esta razón la disposición del artículo 195.2 ha establecido un reducido plazo de treinta días para ejercitarla, pues supuestamente “no sería congruente con la figura del despido ineficaz, aplicar los plazos generales de prescripción de las acciones laborales contemplada en el Art. 635 del Código del Trabajo.

De esta forma, si el juzgador establece que, del contenido de la propia demanda, la acción de despido ineficaz está caducada por habérsela ejercido fuera del plazo de treinta días previsto en el artículo 195.2 del Código del Trabajo, en aplicación del principio de economía procesal, debe declarar esa caducidad.

Por una parte, la ventaja de la caducidad es que se interrumpe con la sola presentación de la demanda, a contrario sensu de la prescripción que solo se interrumpe cuando el demandado ha sido citado en debida y legal forma, por lo tanto, las habilidades y actos del empleador para evitar ser citado ya no tienen efecto alguno.

A junio del 2019, se reformó el citado artículo 195.2, y en su segundo inciso se pasó del plazo de veinticuatro horas para citar al demandado a acogerse a los plazos establecidos en el Código Orgánico General de Procesos; de igual manera, se reformó para la convocatoria a audiencia.

Una vez declarada la ineficacia del despido, consecuentemente el Juez debe disponer el reintegro definitivo del trabajador a sus funciones, para tal efecto lo pregunta al trabajador si es su deseo volver a como estaban las cosas antes del despido, si el trabajador rehúsa volver entonces así, y solo así, el Juez dispondrá el pago de una compensación indemnizatoria a favor del trabajador por el despido ineficaz, conforme los artículos 195.3 y 188 del Código del Trabajo.

Cabe señalar que, como parte del procedimiento, el trabajador puede ser reintegrado provisionalmente a su puesto a través de una medida cautelar, evidentemente previo a la sentencia.

La contestación de la demanda y la reconvención en el despido ineficaz se tienen diez días término, a diferencia procedimiento sumario normal que asciende a quince días, excepto las instituciones del sector público que es de treinta días; la audiencia, por su parte, se puede señalar solo dentro de veinte días, difiriendo con el

trámite normal en el sumario que es el término de treinta días, conforme lo contempla el artículo 333 del (Código Orgánico General de Procesos, 2015)<sup>11</sup>

### **Derecho comparado**

En la legislación laboral de los países latinoamericanos analizados, estos son, Chile, Argentina, México, Colombia y Bolivia, se observa una tendencia común hacia la protección de las mujeres embarazadas o en periodo de maternidad, prohibiendo su despido. Esta medida busca garantizar la estabilidad laboral y proteger los derechos de las trabajadoras en esta etapa crucial. Cada país implementa mecanismos específicos para proteger al trabajador mediante la creación de fueros<sup>12</sup> dependiendo del país. Estos incluyen la estabilidad laboral, la prohibición de despidos sin justa causa, y en algunos casos, la necesidad de autorización para el despido.

Cada país mencionado tiene sus propias disposiciones legales que abordan la protección de mujeres embarazadas o en periodo de maternidad en el ámbito laboral, padres con permiso de paternidad y jefes sindicales.

### **Chile:**

El Código de Trabajo chileno, establece el derecho de las trabajadoras a un permiso postnatal parental de doce semanas, extendido a dieciocho si optan por trabajar a tiempo parcial al finalizar el permiso. El subsidio se calcula según el descanso de maternidad. Existen disposiciones específicas para mujeres exentas de límite de

---

<sup>11</sup> Registro Oficial Suplemento 506 de 22-may.-2015 Última modificación: 26 de junio de 2019

<sup>12</sup> Adriana Camacho-Ramírez - María Catalina Romero Ramos, De LA ESTABILIDAD LABORAL RELATIVA, ¿A la estabilidad laboral absoluta? Estabilidad reforzada en el empleo, 2018, Bogotá-Colombia, Editorial Universidad del Rosario

jornada. Los padres que toman este permiso también tienen fuero laboral, limitado al doble de la duración del permiso, no excediendo tres meses.

Durante el embarazo y hasta un año después del descanso de maternidad, las trabajadoras y los padres que toman el permiso postnatal parental tienen fuero laboral. Si se despide a una trabajadora por desconocimiento de su estado de embarazo, el despido se anula con la presentación del certificado médico o resolución judicial de cuidado personal del menor. Si el fuero termina durante el descanso maternal, se sigue percibiendo el subsidio hasta su conclusión. Se penaliza con multa a los empleadores que impidan el uso del permiso postnatal parental.

El despido de un jefe sindical está regulado por el fuero laboral, el cual establece que el empleador no puede poner término al contrato de trabajo de un trabajador que sea director sindical desde el momento de su elección y hasta seis meses después de haber cesado en el cargo, salvo que medie la correspondiente autorización judicial. Además, el empleador se encuentra impedido de ejercer respecto de un director sindical para alterar la naturaleza de los servicios o el sitio o recinto en que ellos deban prestarse, desde la fecha en que éste hubiere sido elegido hasta seis meses después que hubiere cesado en el cargo.

En caso de que el empleador decida despedir a un jefe sindical, deberá solicitar la autorización judicial correspondiente. Si el despido se realiza sin la autorización judicial, el trabajador podrá recurrir a los tribunales laborales para hacer valer sus derechos y solicitar su reintegro al trabajo. Es importante destacar que el trabajador que asuma en reemplazo del director sindical que por cualquier causa deje de tener tal

calidad, deberá hacerlo en la misma condición que el sustituido, es decir, si el director que ha dejado de tener tal posición gozaba de fuero, permisos y licencias, quien lo reemplace lo hará en iguales términos.

En Chile, el despido ineficaz se conoce como "despido injustificado". Es un tipo de despido que no cumple con los requisitos legales establecidos en el Código del Trabajo.

Asimismo, la mujer embarazada goza de fuero laboral desde el período de embarazo y hasta un año después de expirado el descanso de maternidad, excluido el permiso postnatal parental. En caso de que la trabajadora sea despedida durante este período, podrá recurrir a los tribunales laborales para hacer valer sus derechos y solicitar su reintegro al trabajo. Por su parte, el padre que haga uso del permiso postnatal parental también goza de fuero laboral, por un período equivalente al doble de la duración de su permiso, a contar de los diez días anteriores al comienzo del uso de este. Con todo, este fuero del padre no podrá exceder de tres meses. Si el padre es despedido durante este período, podrá recurrir a los tribunales laborales para hacer valer sus derechos y solicitar su reintegro al trabajo.

En el caso de un jefe sindical, el empleador no puede poner término al contrato de trabajo de un trabajador que sea director sindical desde el momento de su elección y hasta seis meses después de haber cesado en el cargo, salvo que medie la correspondiente autorización judicial. Si el despido se realiza sin la autorización judicial, el trabajador podrá recurrir a los tribunales laborales para hacer valer sus derechos y solicitar su reintegro al trabajo.

**Argentina:**

El Régimen de Contrato de Trabajo argentino garantiza la estabilidad laboral a las mujeres desde el momento en que notifican su embarazo. Además, en caso de despido por motivos de maternidad, se establece una indemnización equivalente a un año de remuneraciones, prohibiendo su despido durante el embarazo y hasta un año después del parto. Estas medidas buscan preservar sus derechos laborales y garantizar estabilidad en el empleo.

Asimismo, la ley contempla licencias por paternidad para promover la participación de los padres en el cuidado de sus hijos recién nacidos. Los padres pueden gozar de protecciones contra el despido relacionado con la solicitud de estas licencias o ausencias por cuidado de hijos. En el caso de jefes sindicales, la legislación protege contra despidos arbitrarios, asegurando que no puedan ser cesados debido a su actividad sindical. Pueden existir procedimientos específicos, como notificaciones previas al sindicato y justificaciones válidas para el despido.

En Argentina, el despido ineficaz se conoce como "despido arbitrario". Es un tipo de despido que no cumple con los requisitos establecidos en la Ley de Contrato de Trabajo<sup>13</sup>, específicamente en el caso de mujeres embarazadas, padres con licencia por paternidad y jefes sindicales, se compone de pasos concretos. Para mujeres embarazadas, es pertinente presentar una denuncia detallada ante el Ministerio de Trabajo, incluyendo evidencia de discriminación, y solicitar reinstalación y

---

<sup>13</sup> HONORABLE CONGRESO DE LA NACION ARGENTINA, Ley 20744, Publicada en el Boletín Nacional del 27-Sep-1974.

compensación. En el caso de padres con licencia por paternidad, se insta a tomar medidas legales documentadas, exigir reinstalación y compensación en caso de despido arbitrario. Para jefes sindicales, se propone presentar una denuncia sindical respaldada por evidencia, buscar la nulidad del despido y demandar reinstalación con compensación si se confirma la motivación discriminatoria.

### **México:**

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos<sup>14</sup> asegura a las mujeres embarazadas su salario íntegro durante las seis semanas previas y posteriores al parto, conservando el empleo y los derechos laborales adquiridos. La Ley Federal del Trabajo prohíbe el despido por embarazo o maternidad desde el momento en que notifica su estado al empleador hasta un año después del parto, reafirmando la protección laboral durante este periodo crucial. En cuanto a la paternidad, la legislación laboral mexicana no aborda específicamente la protección contra el despido para los padres. No obstante, la prohibición de discriminación por género generalmente protege a los padres contra despidos injustificados.

Adicionalmente, en situaciones de despido injustificado en México, el patrono que despida a un trabajador sin causa justificada o por su participación en una asociación o sindicato, o por su participación en una huelga lícita, está obligado a cumplir el contrato o indemnizar al trabajador con el equivalente a tres meses de salario. La ley establecerá casos en los que el patrono pueda ser eximido cumpliendo

---

<sup>14</sup> Ley Suprema del sistema jurídico mexicano. Fue promulgada el 5 de febrero de 1917 por Venustiano Carranza en el Teatro de la República de la ciudad de Querétaro. Última Reforma DOF 22-03-2024

el contrato mediante el pago de una indemnización. También, el patrono deberá indemnizar al trabajador con tres meses de salario si este se retira del servicio debido a falta de probidad del patrono o si recibe malos tratos de él o de sus dependientes o familiares con su consentimiento o tolerancia.

En México, el despido ineficaz se conoce como "despido injustificado". Es un tipo de despido que no cumple con los requisitos establecidos en la Ley Federal del Trabajo<sup>15</sup>.

Ante un despido injustificado, los individuos afectados, ya sean mujeres embarazadas, padres por permiso de paternidad o jefes sindicales, disponen de varias opciones estratégicas. En primer lugar, pueden optar por presentar una demanda laboral ante la Junta de Conciliación y Arbitraje, solicitando la reinstalación en su puesto de trabajo y la compensación por salarios caídos. Como alternativa, antes de recurrir a acciones judiciales, es posible solicitar una conciliación con el empleador, buscando un acuerdo mutuo y evitando así un proceso legal más extenso. Además, la denuncia formal ante las autoridades laborales, como la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, constituye otra vía para abordar el despido injustificado, activando una investigación oficial y la aplicación de medidas correctivas. En el caso de aquellos que pertenecen a un sindicato, una opción adicional es solicitar la intervención de este último, permitiendo que defienda los derechos laborales del afectado y negocie con el empleador para encontrar una solución equitativa.

---

<sup>15</sup> Honorable Congreso de la Unión, LEY FEDERAL DEL TRABAJO, Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1º de abril de 1970, Última reforma publicada DOF 12-06-2015

**Colombia:**

La Constitución colombiana garantiza especial asistencia y protección a las mujeres durante el embarazo y posterior al parto, en caso de despido, se requiere autorización del Inspector del trabajo o del Alcalde Municipal. La legislación laboral colombiana protege a las mujeres embarazadas y trabajadoras. Los empleadores no pueden despedirlas por motivo de embarazo o lactancia, y deben solicitar autorización antes de hacerlo. Las trabajadoras que sean despedidas injustificadamente durante estos períodos tienen derecho a presentar denuncias ante las autoridades competentes.

Las trabajadoras en descanso remunerado por embarazo o licencia por enfermedad relacionada con el mismo tienen derecho a conservar su puesto de trabajo. Los empleadores deben abstenerse de prácticas que obstaculicen la afiliación sindical, despidos injustificados u otras acciones que violen el derecho de asociación sindical. Asimismo, los padres tienen derecho a un permiso de paternidad de 08 días remunerados por el nacimiento de su hijo o hija. En general, la legislación laboral colombiana busca promover un ambiente laboral respetuoso de los derechos de los trabajadores, en particular los derechos de las trabajadoras embarazadas y lactantes, el derecho de asociación sindical y el derecho de los padres a participar en el cuidado de sus hijos.

En Colombia, el despido ineficaz se conoce como "despido sin justa causa". En el marco del Código Sustantivo del Trabajo de Colombia<sup>16</sup>, se delinean derechos y

---

<sup>16</sup> Código Sustantivo del Trabajo de Colombia. Decreto Ley 2663 del 05 de agosto de 1950, Bogotá-Colombia, publicado en el Diario Oficial No 27.407 del 9 de septiembre de 1950 - Modificado por la Ley 2101 de 2021, publicada en el Diario Oficial No. 51.736 de 15 de julio de 2021.

acciones específicas para mujeres embarazadas, padres con permiso de paternidad y jefes sindicales frente a posibles despidos. Las mujeres embarazadas gozan de una sólida protección contra el despido motivado por su condición. En caso de despido sin la debida autorización, tienen derecho a una indemnización y al pago de las semanas de descanso remunerado correspondientes. Además, se establece la necesidad de autorización oficial para despedir a una trabajadora durante el embarazo o los tres meses posteriores al parto. Para los padres con permiso de paternidad, el código asegura un período de ocho días hábiles remunerados, y en caso de despido injustificado, se les otorgan las protecciones generales contra el despido establecidas en la legislación laboral. Por otro lado, los jefes sindicales, en común con todos los trabajadores, están protegidos contra el despido sin justa causa, y cuentan con salvaguardas adicionales relacionadas con su actividad sindical, como la prohibición de ser despedidos por este motivo.

**Bolivia:**

La Constitución boliviana<sup>17</sup> prohíbe y sanciona toda forma de discriminación basada en el embarazo. Además, garantiza la inamovilidad laboral de las trabajadoras durante la etapa de embarazo, estableciendo que no pueden ser despedidas por esta razón y exigiendo la presentación de documentos para acreditar la inamovilidad laboral.

En el ámbito de la maternidad, se prohíbe la discriminación o despido de mujeres debido a su estado civil, embarazo, edad, rasgos físicos o número de hijos.

---

<sup>17</sup> Constitución Política del Estado (CPE), H. Congreso Nacional, 7 de febrero de 2009

Asimismo, se asegura la estabilidad laboral durante el período de embarazo y hasta que el hijo cumpla un año, garantizando la percepción del 100% de sus sueldos o salarios. Durante la lactancia, se prevén pequeños períodos de descanso al día. En cuanto a los dirigentes sindicales, se establece el fuero sindical, protegiéndolos contra el despido hasta un año después de finalizar su gestión. Se prohíbe la disminución de sus derechos sociales y cualquier forma de persecución o privación de libertad relacionada con su labor sindical; De igual forma, se otorga una Licencia por Paternidad de tres (3) días laborales, con goce del cien por ciento (100%) de la remuneración total del trabajador. Este permiso se concede a partir del alumbramiento de la cónyuge o conviviente del trabajador.

En Bolivia, el despido ineficaz se conoce como "despido injustificado", la legislación establece un firme respaldo a la incorporación de las mujeres al ámbito laboral, garantizando la igualdad salarial entre géneros y protegiéndolas contra discriminación o despido por motivos como estado civil, embarazo, edad, rasgos físicos o número de hijos. Es crucial destacar que se asegura la inamovilidad laboral durante la gestación tanto para la mujer embarazada como para el progenitor, extendiéndose hasta que la hija o hijo cumpla un año de edad. Este beneficio se extiende también a dirigentas y dirigentes sindicales, así como a personas con discapacidad, cónyuges, padres, madres y tutores de hijos con discapacidad.

Se instituye un fuero sindical que brinda protección adicional, prohibiendo el despido hasta un año después de la finalización de la gestión sindical, sin reducción de derechos sociales y resguardando contra persecución o privación de libertad por actos

realizados en el ejercicio de la labor sindical. Estas disposiciones son de aplicación tanto en el sector público como privado.

A las conclusiones que se llegaron fueron las siguientes: Chile y Argentina son los países que especifican claramente las consecuencias económicas para el empleador en caso de despido injustificado, estableciendo indemnizaciones y remuneraciones adicionales. Esta claridad puede servir como modelo para fortalecer la protección de los derechos de las trabajadoras en otros países; Mientras tanto que, en Colombia, la posibilidad de despedir a una trabajadora embarazada con autorización de un ente regulador plantea un equilibrio entre la protección de la maternidad y las causales justas de despido. Sin embargo, es crucial garantizar que esta autorización se otorgue de manera justa y fundamentada. Los días de permiso de paternidad y maternidad pueden variar significativamente entre los países de América Latina y en todo el mundo. Cada país establece sus propias normativas laborales y políticas relacionadas con la licencia por paternidad y maternidad, y estas pueden estar sujetas a cambios a lo largo del tiempo.

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer conocida como la Convención de Belém do Pará<sup>18</sup>, establece la obligación de los Estados de crear los “mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces”

---

<sup>18</sup> Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, 1994.

El texto señala que la Convención de Belém do Pará hace hincapié en las condiciones que coloca a la mujer en mayor vulnerabilidad, como lo son su embarazo. Esto significa que las mujeres embarazadas están especialmente protegidas contra la discriminación y la violencia, su despido puede ser considerado una forma de violencia contra la mujer, ya que constituye una discriminación por razón de género. El embarazo es una condición natural de las mujeres, y no debe ser motivo de despido.

### **CAPÍTULO III**

#### **MARCO METODOLÓGICO**

El marco metodológico, que recibe también el nombre de cuadro metodológico, en adelante llamado indistintamente “cuadro” o “marco” simplemente, consiste en la unión de todas las acciones, pasos, métodos y mecanismos orientados a escudriñar, analizar e identificar el problema jurídico establecido, con el propósito de corroborar o descartar la hipótesis formulada con este. El marco metodológico es una aplicación progresiva del conocimiento, en adición a las fundamentaciones teóricas que van surgiendo como justificativos del estudio del tema particular (Azuelo, 2018, págs. 110-127).

#### **Enfoque de la investigación**

La presente investigación es producto de un enfoque de propiedades cualitativas. La investigación cualitativa “obligan a un trabajo muy cuidadoso de recolección, análisis e interpretación de datos que sólo puede hacerse después de una adecuada preparación” (Sabino, 1978, pág. 74)

La investigación jurídico-cualitativa, que es la que atañe por la materia, está orientada principalmente hacia la descripción y la comprensión de una situación o fenómeno (en este caso al Derecho) a diferencia de la cuantitativa que se centra en la “un conocimiento que sea observable, medible y cuantificable”<sup>19</sup>. El citado también agrega que, el conocimiento que se adquiere a través de este método no implica descubrir desde cero sino construir sumando los diferentes textos, estudios, realidades y comportamientos sociales.

### **Alcance de la investigación**

El alcance de la presente investigación se caracteriza por ser exploratorio, descriptivo y explicativo.

### **Exploratorio**

La investigación es exploratoria, porque parte del análisis de supuestos doctrinales generales. La investigación es aplicada en fenómenos que no se han investigado previamente y se tiene el interés de examinar sus características. Por lo tanto, se debe arrancar explorando el fenómeno para poder tener un primer acercamiento en la comprensión de sus características.

### **Descriptivo**

Una vez realizado el estudio de tipo fenomenológico o narrativo de fundamentos de hecho que asisten a la razón jurídica de la investigación, se busca

---

<sup>19</sup> Jesús Anatolio Huamán Rojas, Liliana Lesnny Treviños Noa, Wilmer Augusto Medina Flores Epistemología de las investigaciones cuantitativas y cualitativas Horizonte de la Ciencia, vol. 12, núm. 23, pp. 27-47, 2022 Universidad Nacional del Centro del Perú.

describir las representaciones subjetivas que emergen en el Derecho sobre un determinado fenómeno.

### **Explicativo**

En esta sección del alcance se pretende encontrar el criterio de determinación de los fenómenos en las distintas unidades de análisis. En el estudio cualitativo, se proponen reformas a la norma, centradas en el ejercicio de los derechos fundamentales del individuo, y con el objetivo de construir un ordenamiento legal cuyos efectos sean acordes a los instrumentos internacionales de derechos humanos.

### **Métodos teóricos**

Los métodos teóricos son una serie de procedimientos que, conjugados entre sí, permiten aprehender teorías de la realidad. Estos permiten, además, determinar el centro de la investigación, sus fuentes y todo aquello que no puede ser descubierto a primera vista. Para la investigación que nos ocupa, se ha procedido a recurrir al método exegético-jurídico.

### **Método exegético-jurídico**

Este método analiza la norma, su origen y significado desde el estudio de los cuerpos legales, sus concordancias y la jurisprudencia. El método procura, descifrar el sentido de la norma, el alcance de sus efectos y su interpretación. Particularmente dentro del caso de estudio, se aplicará el método exegético jurídico con relación a los artículos contenidos en el Código de Trabajo, relativos al despido ineficaz, su acción y el tiempo que tiene el individuo para su ejercicio antes que opere el tiempo reducido de su caducidad.

### Categorías, dimensiones, instrumentos y unidades de análisis

En la investigación que nos ocupa se estudian el derecho a la tutela judicial efectiva y la acción de despido ineficaz, como objeto y campo de estudio respectivamente. En ese sentido de las ideas, se realiza un análisis normativo tanto local como de instrumentos internacionales de derechos humanos, luego de lo cual, como consecuencia de los resultados de la investigación, se llegan a las conclusiones y recomendaciones.

Doctrina general	Doctrina sustantiva	Medios e instrumentos	Unidad de análisis
Tutela judicial efectiva	Acción de despido ineficaz	Análisis normativo	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica": Artículo 26.</li> <li>2. Convención de Belém do Pará</li> <li>3. Constitución del Ecuador 2008: artículos 75, 76, 332.</li> <li>4. Código del Trabajo: artículos 152.1, ex 154, 172, 188, 195.2, 195.3.</li> <li>5. Ley orgánica para la justicia laboral y reconocimiento del trabajo del hogar: artículos 4, 24.</li> </ol>

			6. Código Orgánico General de Procesos: artículo 332 numeral 8.
		Precedentes judiciales	Corte Nacional de Justicia en su Resolución 05-2016.
		Acuerdos ministeriales	Normativa para la aplicación de la ley orgánica para la promoción del trabajo juvenil No. MDT-2016-0158: artículo 18.
		Legislación comparada	Chile Argentina México Colombia Bolivia

### **Criterios éticos**

La presente investigación de carácter cualitativo, se constituyen desde los criterios emitidos conforme cada una de las unidades de análisis, y en miras del problema jurídico, el objeto y el campo de estudio, métodos, instrumentos y la normativa local e internacional, considerando las distintas fuentes doctrinarias y sus respectivas posturas en aras de estructurar una propuesta científica para la solución del problema jurídico determinado. Todo esto respetando la pertinencia, necesidad y novedad científica que implica atender el problema, sin que esto signifique alteración o daño a terceros durante la recolección de información.

Analizar la teoría del Estado garantista naturalmente implica pasar el foco a través de los derechos inherentes al individuo por ser humano. Comenzando por el estudio del derecho a la protección, el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva, es dable determinar que, en la Constitución de la República del Ecuador, el Estado desempeña el rol de garante ante el ciudadano; entonces la siguiente cuestión es ¿qué es lo que debe garantizar el Estado?

Respecto del individuo, el Estado tiene el deber de garantizar sin discriminación el goce efectivo de los Derechos prescritos en la Constitución, los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, en particular, a modo de ejemplo, pero no con propósitos restrictivos, la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social, y el agua para sus habitantes. El Estado ecuatoriano, ratificando disposiciones internacionales respecto de los derechos fundamentales del individuo, reconoce a este último su derecho a la protección, la acción de despido ineficaz es un claro ejemplo del ejercicio del derecho a la protección del que gozan los individuos.

En la investigación que atañe, justamente con intenciones de desarrollar el escudriñamiento de la acción declaratoria de despido ineficaz, es importante señalar que la propuesta de reforma a la Ley, justamente tiene la intención de plantear un escenario adecuado para el individuo protegido por esta acción laboral. En teoría el estudio de la acción permite concluir que es una figura jurídica importante en la materia laboral y que, a su vez, surge de otro derecho en la misma materia, el derecho a la estabilidad.

El derecho a la estabilidad es un título fundamental, con aspectos intrínsecos interesantes, que separa a los individuos en materia laboral, por una parte, es relativo para los trabajadores comunes, por llamarlos de alguna forma; pero, por otra, coloca a ciertos individuos bajo el amparo absoluto, esto es la inamovilidad.

A lo largo de la investigación se presentan diversas opiniones doctrinarias, desde la dinámica debatible que se plantean los miembros de la comunidad estudiantil del derecho procesal y laboral. Entre otros temas, la acción es materia que se toca necesariamente cuando interactúan los conjuntos procesal y laboral, justamente allí es donde se encuentran los aspectos adjetivos, los que permiten el cumplimiento de los derechos.

En conclusión, se han utilizado criterios éticos centrados en el derecho que tienen las trabajadoras embarazadas, en condición de maternidad y/o paternidad y los dirigentes sindicales como la parte más débil de una relación laboral, que circunstancialmente requieren de especial atención y tutela ante el atropello de sus derechos laborales; por lo que se plantea un escenario justo en favor de estas personas trabajadoras, en aras de que se amplíe el período reducido de tiempo que actualmente tienen para ejercer su acción declaratoria de despido ineficaz.

## **Conclusiones**

1. En Ecuador todavía se continúa trabajando en la optimización de la estructura legal respecto de la protección a las personas que pertenecen a grupos de atención prioritaria; por lo que, el amparo del despido ineficaz, incluye a las trabajadoras que estén asociadas a su estado de gestación o la condición de maternidad;

a los padres que gozan de su licencia sin remuneración, y, los dirigentes sindicales que, por encontrarse en esta situación hayan sido separados de sus puestos, para que encuentren en este instrumento jurídico una vía idónea para dejar sin efecto el despido.

2. La acción de declaratoria de despido ineficaz no alcanza su propósito, hallándose dentro del marco normativo con fundamentos incorrectos para su adecuada aplicación, lo que resulta en una violación de los derechos de las personas protegidas.

3. El objetivo de la acción de despido ineficaz es reintegrar al trabajador despedido, la realidad es que los trabajadores no lo aceptan, entendería que, por temor a represalias de la parte empleadora, toda vez que la relación entre ambos no se concilia mediante una sentencia, y en lo personal el trabajador no va a querer ser sometido a iguales, o hasta peores, condiciones de trato en el trabajo.

4. El tiempo que prescribe la norma actualmente para presentar la demanda, esto es, treinta días desde que ocurrió el hecho, no es congruente con el derecho que se pretende tutelar, y mucho menos con el sujeto amparado; la reducción y el establecer plazo en lugar de un término perjudica a los sujetos tutelados por la acción de despido ineficaz.

5. La parte trabajadora cuyo derecho caducó por el transcurso del tiempo, no solo que pierde la acción de despido ineficaz y la posibilidad de reintegrarse a sus labores, sino también que, con la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar en el 2015, perdió la acción indemnizatoria que tenían las mujeres embarazadas despedidas.

## **Recomendaciones**

1. Implementar la medida de despido ineficaz a partir de la salvaguarda de la estabilidad laboral y la inamovilidad de los trabajadores, conduciendo hacia la garantía de la tutela judicial efectiva como una condición jurídica de interés social; pues, es imperativo que el Estado, mediante normativas de orden público, asegure la plena realización de este derecho.

2. Priorizar el respeto por los derechos de las trabajadoras en estado de gestación y en sus condiciones de maternidad, de los dirigentes sindicales y el colaborador en goce de licencia de paternidad; y, que se descarte el reintegro del trabajador como objetivo principal de la acción de despido ineficaz.

3. Realizar tareas orientadas a concienciar a las autoridades administrativas y judiciales, así como a empleadores y trabajadores, respecto del respeto de los derechos consagrados en las leyes sustantivas y adjetivas, para garantizar seguridad jurídica a los administrados.

4. Reformar el Código del Trabajo, en especial en la forma como está concebida la acción de declaratoria de despido ineficaz, que debe versar en cuanto al tiempo que tiene la parte trabajadora para interponer su demanda, que este se amplíe a no menos de noventa días término; y, en cuanto al Código General de Procesos, se sugiere incluir a los trabajadores en goce de su licencia de paternidad, a fin de que puedan ejercer su derecho de acción.

5. Reincorporar la acción que por indemnización especial gozaban las trabajadoras embarazadas en el Código del Trabajo, en miras de equiparar el daño que le causa la interrupción de la fuente de sus ingresos económicos.

### **Propuesta**

El Código del Trabajo, al ser la norma principal de las relaciones jurídicas que se constituyen en materia laboral, es el cuerpo legal al cual se debe acudir cuando de despido ineficaz se trata.

La propuesta se resume en una reforma al mencionado Código, naturalmente bajo el efecto del derecho a la tutela judicial efectiva y su respectiva garantía, y consiste en ampliar el plazo máximo que tienen las trabajadoras asociadas a su estado de gestación o la condición de maternidad; a los padres que gozan de su licencia sin remuneración y que por ello hayan sido separados de sus puestos; y, a los dirigentes sindicales, para interponer la acción declaratoria de despido ineficaz.

Es importante identificar que la propuesta se deriva del análisis pormenorizado de cada uno de los componentes de la acción declaratoria de despido ineficaz. En especial, dentro del margen de la tutela judicial efectiva y sus efectos jurídicos, la propuesta cumple con un aspecto que llamaremos el “deber ser”, en el plano axiológico se entiende que todas las personas tienen el derecho al acceso a la justicia y a la tutela judicial, y que bajo ningún concepto una persona debería quedar en indefensión.

El orden constitucional ecuatoriano y la norma laboral, establecen la inamovilidad de las personas en estado de gestación o asociados a su condición de paternidad y/o maternidad, e inclusive para los dirigentes sindicales y padres en goce

de su licencia de paternidad. Sin embargo, a nivel de las disposiciones que regulan la acción antes mencionada, el plazo máximo que tiene la parte trabajadora afectada es de treinta días desde la producción del despido, una vez transcurrido este período caducará la acción, y cualquier intento de interponer una demanda deberá ser descartado de oficio por parte del juzgador.

Con ello, la propuesta de reforma consiste en garantizar el derecho a la tutela judicial y permitir un resarcimiento especial para contrarrestar los efectos negativos en la economía familiar, originados por un despido intempestivo e ineficaz en un momento inoportuno. En primer lugar, determinar un plazo más amplio, esto es, extender y cambiar de treinta días plazo a noventa días término como mínimo, para la interposición de la demanda por despido ineficaz que se encuentra en el artículo 195.2 del Código del Trabajo; y, en segundo lugar, si es que la o el titular no ejerce su derecho, que quede a salvo una acción por indemnización especial como la que constaba en el artículo derogado 154 del Código del Trabajo.

Finalmente, como parte integral de la propuesta aquí planteada, es dable agregar al Código Orgánico General de Procesos, además, en sus artículos 332 y 333, al trabajador en goce de su licencia por paternidad, como sujeto titular de la acción declaratoria de despido ineficaz en el procedimiento sumario.

En aras de ratificar la Propuesta de esta investigación, desde todo lo estudiado hasta aquí, se plantea el Proyecto de ley reformativa a las normas del despido ineficaz. A continuación, en apego a la Ley Orgánica de la Función Legislativa, artículo 56, constan uno por uno descritos los elementos a considerar en el sustento de los aspectos

normativo y fáctico de la Propuesta, la exposición de motivos, y el articulado correspondiente:

Exposición de motivos.

Con la Constitución del 2008, el derecho constitucional en materia laboral tiene una disposición de cumplimiento para el Estado, que lo coloca en el rol de garante de los derechos laborales de los trabajadores. Es así que, en aras de garantizar la inamovilidad, se prohibió el despido de la mujer trabajadora asociado a su condición de gestación y maternidad y dirigentes de las organizaciones laborales.

A partir de la instrumentalización del despido ineficaz a favor de la mujer trabajadora, se están llevando a cabo la incorporación de nuevos sujetos al amparo de la inamovilidad. En el año 2015, en el Registro oficial 483 del 20 de abril de 2015, tercer suplemento, consta promulgada la Ley orgánica para la justicia laboral y reconocimiento del trabajo en el hogar, a través de la cual se dispone que las mismas reglas sobre la ineficacia del despido serán aplicables para los dirigentes sindicales.

En mayo del año 2023, en el Registro oficial número 309, se expide la Ley Orgánica del Derecho al Cuidado Humanos, mediante la cual se reforma el Código del Trabajo, para sustituir el artículo 152.1, y ahora en su último inciso dice; “(...) Si luego del uso de la licencia sin remuneración a la que se acoja el padre o la madre fuesen despedidos por este hecho, se considerará despido ineficaz.”

Ahora bien, la acción de declaratoria de despido ineficaz es una herramienta importante al momento de tratar el derecho a la inamovilidad que tienen estos trabajadores calificados, pero no está adecuadamente regulada. Como consta en la

norma, la interposición de la acción tiene reglas procesales para su ejercicio, son estas reglas las que deberían modificarse, en cuanto a los sujetos que pueden ejercer este derecho, también respecto del tiempo que tiene el sujeto para demandar, y por último que se trate acerca del caso en que el sujeto prefiera no ser restituido a sus labores.

Los elementos brevemente descritos justifican con sobrada razón, la necesidad de reformar el Código del Trabajo y el Código Orgánico General de Procesos, con miras a estructurar un orden legal codificado y orientado a respetar el derecho a la inamovilidad del trabajador que, con los cambios legislativos necesarios, servirán para consolidar la justicia especializada en la instrumentalización de la acción de declaratoria de despido ineficaz.

Frente a ello, se presenta a consideración el Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria del Despido Ineficaz, que incorpora nuevas reglas para el ejercicio eficaz de la acción declaratoria de despido ineficaz y las enmiendas normativas necesarias en materia laboral y en disposiciones procedimentales.

Considerando:

Que, la Constitución del Ecuador en el artículo 332, dispone que “el Estado debe garantizar el respeto a los derechos reproductivos de las personas trabajadoras, lo que incluye la eliminación de riesgos laborales que afecten la salud reproductiva, el acceso y estabilidad en el empleo sin limitaciones por embarazo o número de hijas e hijos, derechos de maternidad, lactancia, y el derecho a licencia por paternidad” (Constitución de la República del Ecuador, 2008). Además, dispone expresamente que se

encuentra prohibido el despido de la mujer trabajadora asociado a su condición de gestación y maternidad, así como la discriminación vinculada con los roles reproductivos.

Que, la Carta Magna del 2008, en su artículo 75 prescribe que toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión (...).

Que, a raíz de la Constitución del 2008 en materia laboral se instauraron una serie de cambios en cuanto a la forma de terminar la relación laboral. En respeto a la inamovilidad de las trabajadoras embarazadas, a nivel de Código del Trabajo, se instrumentalizó la acción de declaratoria de despido ineficaz.

Que, el Código del Trabajo, además incorporó nuevos sujetos al amparo de la inamovilidad laboral. En los artículos 195.2 y 152.1, constan protegidos, también, los dirigentes sindicales bajo las mismas reglas del despido ineficaz de las mujeres embarazadas, y los trabajadores que se encuentran en goce de su licencia de paternidad, en aras de tutelar el interés prioritario del niño, quien para su adecuado crecimiento requiere contar con la imagen paterna durante un tiempo razonable, sin que por ello esto se convierta en una excusa para el despido del padre de familia.

Que el Código del Trabajo, en su artículo 195.2, establece que el tiempo para deducir la acción declaratoria de despido ineficaz que tiene el trabajador es de máximo treinta días plazo. De tal modo se pronunció la Corte Nacional de Justicia en el año 2016, en su Resolución número 05-2016 donde se determina que, al momento de calificar la demanda, “los jueces 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 artículo 195.2 del referido Código”.

Que, sustituir la estructura normativa actual de la acción de declaratoria de despido ineficaz es imperante, requiere de modificaciones a nivel de Código del Trabajo y del Código Orgánico General de Procesos.

Que, el plazo para interponer la acción de despido ineficaz debe determinarse en función de criterios que sobrepasen la economía procesal, que no vulneren la tutela judicial y el acceso a la justicia. Es por ello que, a continuación, se expide la Ley Orgánica Reformatoria del Despido Ineficaz:

**Art. 1. – Reforma al Código del Trabajo: artículo 195.2:**

Refórmese el artículo 195.2 inciso primero, que se sustituya las palabras “plazo de treinta días” por “noventa días término”; y, que a continuación se agregue lo siguiente: “Transcurrido el término para deducir su acción, la persona trabajadora conservará su derecho a exigir del empleador el pago de una indemnización equivalente al valor de un año de remuneración, sin perjuicio de los demás derechos que le asisten”.

“Art. 195.2.- Acción de despido ineficaz. - Una vez producido el despido, la persona trabajadora afectada deberá deducir su acción ante la Jueza o el Juez del Trabajo de la jurisdicción correspondiente al lugar donde este se produjo, en un término no menor de noventa días. Transcurrido el término para deducir su acción, la persona trabajadora amparada en la Ley, la trabajadora embarazada, la trabajadora en condición de maternidad, el trabajador en goce de su licencia de paternidad, el dirigente sindical, y los demás sujetos que mencione la norma, conservarán su derecho a exigir del empleador el pago de una indemnización equivalente al valor de un año de remuneración que viniere percibiendo, sin perjuicio de los demás derechos que le asisten. (...)”

**Art. 2. – Reforma al Código Orgánico General de Procesos:**

Art. 332. - Procedencia. - Se tramitarán por el procedimiento sumario: (...)

8. Las controversias originadas en el despido intempestivo de mujeres embarazadas o en período de lactancia, de los dirigentes sindicales y de los trabajadores en goce de su licencia de paternidad, se aplicará los términos reducidos como en el caso de niñez y adolescencia (...).

Art. 3. - la presente ley entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en Quito....

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alegre, F. (2021). Obtenido de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/8160/4/T3548-MDC-Alegre-Despido.pdf.txt>
- Alexy, R. (1993). Teoría de los derechos fundamentales. En R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (pág. 435). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales España.
- Arazamendi, L. (2008). *Epistemología y la Investigación Cualitativa y Cuantitativa en el Derecho*. Lima: ADRUS.
- Ávila, R. (2012). Los derechos y sus garantías: ensayos críticos. En R. Á. Santamaria, *Los derechos y sus garantías: ensayos críticos* (pág. 108). Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición.
- Azuero, A. (2018). Significatividad del marco metodológico en el desarrollo de proyectos de investigación. *Revista Arbitrada Interdisciplinaria KOINONIA*, 110-127.
- Baldeón García c. Perú (Corte Internacional de Derechos Humanos 6 de Abril de 2006).
- Barbani Duarte et. al. c. Uruguay (Corte Interamericana de Derechos Humanos 13 de Octubre de 2011).
- Cabanellas, G. (2008). *Diccionario de Derecho Usual*.
- Carbonell, M. (2007). *Discriminación, Igualdad y Diferencia Política*.
- Cardenal Carro, M. (2001). "Patriotismo Constitucional", versión laboral (con ocasión de la nueva Directiva para la igualdad de sexos. En M. Cardenal. *Aranzadi Social*.
- CIDH. (2021). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Obtenido de Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos

Humanos No. 13: Protección Judicial: <https://www.procuraduria-admon.gob.pa/wp-content/uploads/2021/04/Jurisprudencia-Corte-IDH-Proteccion-Judicial.pdf>

CIDH. (2021). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Obtenido de Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 12: Debido Proceso: <https://www.procuraduria-admon.gob.pa/wp-content/uploads/2021/04/Jurisprudencia-Corte-IDH-Proteccion-Judicial.pdf>

CIDH. (2021). *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 13: Protección Judicial*. Obtenido de Corte Interamericana de Derechos Humanos: <https://www.procuraduria-admon.gob.pa/wp-content/uploads/2021/04/Jurisprudencia-Corte-IDH-Proteccion-Judicial.pdf>

Código de Trabajo chileno. Presidencia de la República (31 de julio de 2002). Santiago Publicado en el Diario Oficial de 16.01.03, y conforme con las rectificaciones publicadas en el Diario Oficial de 27.03.03. ultima reforma con la Ley N° 21.561 (D.O.: 26.04.23)

Código Sustantivo del Trabajo de Colombia. Decreto Ley 2663 del 05 de agosto de 1950, Bogotá-Colombia, publicado en el Diario Oficial No 27.407 del 9 de septiembre de 1950 - Modificado por la Ley 2101 de 2021, publicada en el Diario Oficial No. 51.736 de 15 de julio de 2021

Constitución Política de Colombia. Asamblea Nacional Constituyente. 4 de julio de 1991. Bogota-Colombia

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20-oct-2008 Montecristi.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, Querétaro. reforma publicada DOF 22-03-2024

Constitución Política del Estado (CPE) H. Congreso Nacional, 07 de febrero de 2009. El Alto de la Paz - Bolivia.

Convención Americana Sobre Derechos Humanos. (1979). San José, Costa Rica. Obtenido de [https://www.oas.org/dil/esp/1969\\_Convenci%C3%B3n\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf)

Convención de Belém do Pará. (1994). Brasil.

Cordero-Asanza, J. J. (2022). El despido ineficaz en mujeres en. *South American Research Journal*, 17-22.

Corte IDH. (2006). Obtenido de <http://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/download/2095/2233>

Corte IDH. (13 de Octubre de 2011). Obtenido de <https://tribunainternacional.uchile.cl/index.php/RTI/article/download/38553/40199>

Corte Nacional de Justicia del Ecuador. (2016). *Resolución No. 05-2016*.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (6 de Octubre de 1987). Opinión consultiva. *Serie A: fallos y opiniones No. 9*.

Decreto Supremo No. 1212. (2012). La Paz-Bolivia Publicado en la Edición: 369NEC Fecha de Publicación: 2012-05-01.

Díaz, C. (1968). Instituciones de Derecho Procesal. En C. Diaz, *Instituciones de Derecho Procesal; Parte General* (págs. 213-214). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Ecuador, A. N. (22 de mayo de 2015). Código Orgánico General de Procesos. *Código Orgánico General de Procesos*. Quito, Pichincha, Ecuador: Corte Nacional de Justicia.

- Ecuador, C. N. (16 de diciembre de 2005). *Código del Trabajo*. Obtenido de Lexis Finder: [https://www.ces.gob.ec/lotaip/2020/Junio/Literal\\_a2/C%C3%B3digo%20del%20Trabajo.pdf](https://www.ces.gob.ec/lotaip/2020/Junio/Literal_a2/C%C3%B3digo%20del%20Trabajo.pdf)
- Ferrajoli, L. (2000). El garantismo y la filosofía del derecho. En L. Ferrajoli, *El Garantismo y la Filosofía del Derecho* (pág. 121). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ferrajoli, L. (2001). *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2001). Los fundamentos de los derechos fundamentales. En L. Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (pág. 26). Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2006). *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2008). La semántica de la teoría del derecho. En L. Ferrajoli, *La semántica de la teoría del derecho. En L. Ferrajoli, Epistemología Jurídica y Garantismo* (pág. 338). México: Fontamara.
- Honorable Congreso de la Unión, LEY FEDERAL DEL TRABAJO, Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1º de abril de 1970, Última reforma publicada DOF 12-06-2015. Mexico D.F.
- Medina, G. (2012). *El despido incausado como acto administrativo*. Anales.
- Ministerio de Protección Social de Colombia. (2011). Bogotá.
- Morello, A. (1994). *El proceso justo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Obando, J. (2019). Derecho laboral general. En J. Obando, *Derecho laboral general* (pág. 20). Bogotá: Temis.
- OEA. (1993). *Organización de Estados Americanos*. Obtenido de Carta de la Organización de los Estados Americanos (A-41):

[https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_A-41\\_carta\\_OEA.pdf](https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.pdf)

Peña, M. (1997). La Garantía del Estado Constitucional de Derecho. En M. A. Freire, *La Garantía del Estado Constitucional de Derecho* (pág. 58). Madrid: Trotta.

Pueblo Saramaka c. Surinam (Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 de Noviembre de 2007).

Ramos, A. C.-R.-M. (2018). *De la estabilidad laboral relativa, ¿ A la estabilidad laboral absoluta? Estabilidad reforzada en el empleo*. Bogotá: Universidad del Rosario. Obtenido de Dirección Nacional de Bibliotecas: <http://132.248.9.195/ptd2016/mayo/0744437/Index.html>

Régimen de Contrato de Trabajo argentino. (1976). Buenos Aires.

Rodríguez Zepeda, J. (noviembre-diciembre de 2005). *Definición y concepto de la no discriminación*. Obtenido de El Cotidiano, num 134: <https://www.redalyc.org/pdf/325/32513404.pdf>

Sabino, C. (1978). *El proceso de investigación*. Buenos Aires: Lumen.

Torres, J. (01 de Octubre de 2016). *La teoría del Garantismo: poder y constitución en el Estado contemporáneo*. Obtenido de Revista de Derecho: <https://www.redalyc.org/journal/851/85150088005/html/#B13>

Velásquez Rodríguez C. Honduras (Corte Interamericana de Derechos Humanos 29 de Julio de 1988).

Zavala, J. (2004). Tratados del derecho procesal penal. En J. Z. Baquerizo, *Tratados del derecho procesal penal* (pág. 23). Guayaquil: Edino.



## DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **María Gabriela Núñez Alvarado**, con C.C: # **0918169913** autor/a del trabajo de examen complejo: **La tutela judicial efectiva en la caducidad de la acción por despido ineficaz**, previo a la obtención del título de **MAGÍSTER EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro 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 examen complejo para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de examen complejo, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 10 de julio de 2024

f. \_\_\_\_\_

María Gabriela Núñez Alvarado

C.C:0918169913



## REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

### FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE EXAMEN COMPLEXIVO

<b>TÍTULO Y SUBTÍTULO:</b>	La tutela judicial efectiva en la caducidad de la acción por despido ineficaz		
<b>AUTOR(ES)</b>	María Gabriela Núñez Alvarado		
<b>REVISOR(ES)/TUTOR(ES)</b>	Pérez-Puig-Mir, Nuria – Obando Freire, Francisco		
<b>INSTITUCIÓN:</b>	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
<b>UNIDAD/FACULTAD</b>	Sistema de Posgrado		
<b>MAESTRÍA/ESPECIALIDAD</b>	Maestría en Derecho Mención Derecho Procesal		
<b>GRADO OBTENIDO:</b>	Magister en Derecho Mención Derecho Procesal		
<b>FECHA DE PUBLICACIÓN:</b>	<b>10 de julio de 2024</b>	<b>No. DE PÁGINAS:</b>	86
<b>ÁREAS TEMÁTICAS:</b>	Derecho laboral, Código de trabajo		
<b>PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:</b>	Tutela al trabajador, estabilidad laboral, despido ineficaz, mujer embarazada o lactante, acción indemnizatoria.		
<b>RESUMEN:</b>	<p>A través del análisis de la normativa laboral y las garantías constitucionales destinadas a proteger a los trabajadores en Ecuador, se sostiene que la legislación debe tener una orientación protectora, priorizando los derechos de la parte más vulnerable en la relación laboral, es decir, el trabajador. Sin embargo, la actual estructura de las acciones procesales, tal como están tipificadas en el Código del Trabajo, presenta un riesgo de vulneración de derechos y afecta directamente a uno de los pilares históricos de las conquistas laborales: la estabilidad. En particular, se aborda la disposición del Código del Trabajo, específicamente el artículo 154 (cuyo último inciso fue derogado), que antes contemplaba la posibilidad de que una persona embarazada o lactante pudiera presentar una acción por vulneración de derechos en caso de despido. El propósito era obtener una indemnización equivalente al valor de un año de remuneraciones para mitigar las consecuencias de la interrupción de los ingresos. Sin embargo, con las recientes modificaciones legislativas, se derogó esta disposición, reemplazándola por una acción de declaratoria de despido ineficaz, la cual resultó ser inconstitucional e ineficaz. Con el objetivo de garantizar la tutela judicial efectiva, se propone la reforma del Código del Trabajo y el Código Orgánico General de Procesos. Se sugiere modificar las reglas de la acción por despido ineficaz para permitir su presentación en un plazo de noventa días hábiles a partir del despido. Además, se propone dejar intacto el derecho de la persona a interponer una acción indemnizatoria en los mismos términos establecidos en el artículo 154 no reformado. Cabe destacar que esta investigación adoptó un enfoque cualitativo con un alcance exploratorio, descriptivo y explicativo. Se aplicaron métodos teóricos y exegético-jurídicos con el objetivo de buscar la posible incorporación dentro de las acciones laborales.</p>		
<b>ADJUNTO PDF:</b>	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
<b>CONTACTO CON AUTOR/ES:</b>	<b>Teléfono:</b> +593-989897800	E-mail: magabriela.nunez@hotmail.com	
<b>CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN</b>	<b>Nombre: Ing. Andrés Obando Ochoa</b>		
	<b>Teléfono:</b> +593-992854967		
	<b>E-mail:</b> ing.obandoo@hotmail.com		
<b>SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA</b>			
<b>Nº. DE REGISTRO (en base a datos):</b>			
<b>Nº. DE CLASIFICACIÓN:</b>			
<b>DIRECCIÓN URL (tesis en la web):</b>			