

Quito, 05 de agosto de 2020

CASO No. 3-19-JP y acumulados

**EL PLENO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, EN
EJERCICIO DE SUS ATRIBUCIONES CONSTITUCIONALES Y
LEGALES, EMITE LA SIGUIENTE**

SENTENCIA

Revisión de garantías (JP)
Derechos de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia

La Corte Constitucional analiza el alcance de los derechos de las mujeres en estado de embarazo y en periodo de lactancia en el contexto laboral público (régimen LOSEP), desarrolla el derecho al cuidado y los indicadores de política pública para garantizar el derecho al cuidado.

Contenido

I. Trámite ante la Corte Constitucional.....	2
II. Competencia	5
III. Hechos del caso.....	6
IV. Análisis y fundamentación	11
1. Contexto: la situación laboral de las mujeres ecuatorianas	11
2. Los derechos de las mujeres embarazadas y en período de lactancia	13
2.1. El derecho a tomar decisiones sobre la salud sexual y reproductiva	14
2.2. El derecho de las mujeres a la intimidad y a la no injerencia arbitraria.....	16
2.3. El derecho al trabajo sin discriminación.....	17
2.4. El derecho a la protección especial.....	19
2.5. El Derecho a la lactancia materna.....	20
3. El derecho al cuidado.....	22
3.1. Consideraciones previas	22
3.2. El reconocimiento del derecho al cuidado	26
3.3. Los elementos del derecho al cuidado	29
El o la titular del derecho al cuidado	29
El contenido y alcance del derecho al cuidado.....	30

El obligado u obligada.....	31
3.4. El derecho al cuidado de las mujeres embarazadas y en período de lactancia en el contexto laboral.....	32
La titular	32
El obligado u obligada.....	32
Las obligaciones generales.....	32
Obligaciones durante el embarazo	33
Obligaciones durante el parto y puerperio	33
Obligaciones durante la lactancia.....	36
La notificación del embarazo	37
El ambiente laboral.....	38
Los lactarios	38
Los centros de cuidado diario o guarderías	39
3.5. Las modalidades de trabajo en el sector público	40
Contratos de servicios ocasionales	41
Nombramientos provisionales.....	43
Libre nombramiento y remoción.....	44
Terminación de los contratos	45
3.6. La compensación para el derecho al cuidado	45
4. Violaciones a los derechos de las mujeres embarazadas, en período de lactancia y al derecho al cuidado.....	46
5. El derecho a la tutela efectiva.....	48
6. La reparación integral	51
7. Políticas públicas e indicadores para garantizar el derecho al cuidado.....	53
V. Decisión	65

I. Trámite ante la Corte Constitucional

1. El 18 de diciembre de 2018, la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de los Ríos remitió a la Corte Constitucional, para su conocimiento, eventual selección y revisión¹, la sentencia emitida dentro de la acción de protección seguida por María Cristina Espinoza Salguero (caso No. 23-19-JP).

¹ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Artículo 25 (1).

2. El 27 de diciembre de 2018, la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay remitió la sentencia emitida dentro de la acción de protección seguida por Karina Mercedes Cabrera Viteri (caso No. 3-19-JP).
3. El 27 de diciembre de 2018, la Sala Única Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Carchi remitió la sentencia emitida dentro de la acción de protección seguida por Geoconda Mireya Chicango Villarreal (caso No. 5-19-JP).
4. El 28 de diciembre de 2018, la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi remitió la sentencia emitida dentro de la acción de protección seguida por Yaneisis Cleger Torres (caso No. 9-19-JP).
5. El 2 de enero de 2019, la Unidad Judicial de Violencia contra la Mujer y la Familia de Cuenca remitió a la Corte Constitucional la sentencia emitida dentro de la acción de protección, seguida por María Viviana Leguizamón Rodas (caso No. 15-19-JP).
6. El 2 de enero de 2019, la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia del Cañar remitió la sentencia emitida dentro de la acción de protección seguida por María Salomé Córdova Viteri (caso No. 21-19-JP).
7. El 9 de enero de 2019, la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua remitió la sentencia emitida dentro de la acción de protección seguida por Myriam Elizabeth Poveda Naranjo (caso No. 42-19-JP).
8. El 9 de enero de 2019, la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha remitió la sentencia emitida dentro de la acción de protección seguida por María Gabriela Román Suárez (caso No. 65-19-JP).
9. El 25 de enero de 2019, la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura remitió la sentencia emitida dentro de la acción de protección seguida por Carla Gabriela de la Torre Vinueza (caso No. 138-19-JP).
10. El 29 de enero de 2019, la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en la parroquia Mariscal Sucre del Distrito Metropolitano de Quito remitió la sentencia emitida dentro de la acción de protección seguida por Carla Michelle Díaz Romero (caso No. 145-19-JP).
11. El 15 de febrero de 2019, la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha remitió la sentencia emitida dentro de la acción de protección seguida por María Magdalena Cobo Suarez (caso No. 215-19-JP).

- 12.** El 15 de febrero de 2019, la Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia del Guayas remitió la sentencia emitida dentro de la acción de protección seguida por Katherine del Rocío Ortiz Navarro (caso No. 229-19-JP).
- 13.** El 1 de marzo de 2019, la Sala de la Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha remitió la sentencia emitida dentro de la acción de protección seguida por Karen Yomaira Padilla Bernardo, Michelle Gabriela Yugsi Meza y Ana Gabriela Acosta García, (caso No. 294-19-JP).
- 14.** El 1 de marzo de 2019, el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Riobamba remitió la sentencia emitida dentro de la acción de protección seguida por Erika Alexandra Cabezas González (caso No. 307-19-JP).
- 15.** El 7 de marzo de 2019, la Primera Sala de la Corte Provincial de Justicia de Zamora remitió la sentencia emitida dentro de la acción de protección seguida por Vicky Magaly Aguilera Atiencie (caso No. 0304-19-JP).
- 16.** El 12 de marzo de 2019, la Sala Única de la Familia, Mujer, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha remitió la sentencia emitida dentro de la acción de protección seguida por Tanya Maribel Iglesias Miranda (caso No. 322-19-JP).
- 17.** El 13 de marzo de 2019, la Sala Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha remitió la sentencia emitida dentro de la acción de protección seguida por Mónica Paulina Coba Cisneros (caso No. 372-19-JP).
- 18.** El 19 de marzo de 2019, la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha remitió la sentencia emitida dentro de la acción de protección seguida por Cristina Alexandra Flores Calvopiña (caso No. 390-19-JP).
- 19.** Una vez posesionados los actuales integrantes de la Corte Constitucional, mediante sorteo del 15 de agosto de 2019 se conformó la Sala de Selección integrada por la jueza constitucional Carmen Corral Ponce y los jueces constitucionales Alí Lozada Prado y Hernán Salgado Pesantes.
- 20.** El 21 de octubre de 2019, la Sala de Selección seleccionó y avocó conocimiento de las causas 3-19-JP, 5-19-JP, 9-19-JP, 15-19-JP, 21-19-JP, 23-19-JP, 42-19-JP, 65-19-JP, 138-19-JP, 145-19-JP, 215-19-JP, 229-19-JP, 294-19-JP, 304-19-JP, 307-19-JP, 322-19-JP, 372-19-JP y 390-19-JP.
- 21.** El 4 de diciembre de 2019 se sortearon las causas acumuladas y correspondió la revisión de las mismas al juez Ramiro Avila Santamaría, quien el 23 de enero de 2020, avocó conocimiento y convocó a una audiencia pública.

22. El 31 de enero de 2020 tuvo lugar la audiencia pública.²
23. El 27 de febrero de 2020, la Tercera Sala de Revisión, conformada por las juezas constitucionales Karla Andrade Quevedo, Daniela Salazar Marín y Ramiro Avila Santamaría, aprobó el proyecto de sentencia presentado por el juez sustanciador.

II. Competencia

24. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 436 (6) de la Constitución de la República, en concordancia con los artículos 2 (3) y 25 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la Corte Constitucional es competente para expedir sentencias que constituyen jurisprudencia vinculante (precedente de carácter *erga omnes*), en todos los procesos constitucionales que llegan a su conocimiento a través del proceso de selección.
25. Los casos seleccionados permiten comprender situaciones recurrentes de violaciones a los derechos de las mujeres embarazadas y en período de lactancia. Esta

² En la audiencia intervinieron Vicky Magaly Aguilera Atiencie y a su esposo Oswaldo Aguilar (304-19-JP); Mónica Paulina Cobo Cisneros intervino a través de su abogado Esteban Morales (372-19-JP); María Magdalena Cobo Suárez participó junto a su abogado Luis Fernando Molina vía Skype (215-19-JP); María Salomé Córdova Viteri intervino por sus propios derechos (21-19-JP); Carla Gabriela De la Torre Vinueza intervino a través de su abogado Fabricio Reascos (138-19-JP); Carla Michelle Díaz intervino a través de su abogada María Isabel Caicedo (145-19-JP); María Cristina Espinosa Salguero intervino junto con su abogado José Vásquez (23-19-JP); Cristina Alexandra Flores Calvopiña intervino a través de su abogada Gissela Flores (390-19-JP); María Viviana Leguizamón Rodas intervino a través de su abogado Álvaro Méndez (15-19-JP); Katherine del Rocío Ortiz Navarro intervino en la audiencia desde la regional de Guayaquil (229-19-JP); Myriam Elizabeth Poveda Naranjo intervino en la audiencia junto con su abogado Edison Proaño (42-19-JP); María Gabriela Román Suárez intervino a través de su abogado Esteban Morales (65-19-JP). En calidad de legitimados pasivos acudieron a la audiencia: Rómulo Gallegos (145-19-JP), Mónica Amaquiña (322-19-JP) y Viviana Tapia (294-19-JP), todos en representación del alcalde, procurador síndico municipal y subprocurador metropolitano del Distrito Metropolitano de Quito; Alexis Oñate, en representación del director ejecutivo de la Agencia de Regulación y Control Hidrocarbúrico (5-19-JP); Renán Moyano, en representación del director ejecutivo del Instituto de Investigación, Capacitación y Promoción Política Electoral (15-19-JP); Diana Pantoja, en representación del director general del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) (372-19-JP); Jonathan Ramos, en representación del director general metropolitano de tránsito de la Agencia Metropolitana de Tránsito (145-19-JP) y (294-19-JP); Martha Cristina Tobar, en representación del ministro de Agricultura y Ganadería (65-19-JP); Luis Ocaña, en representación de la ministra de Educación (229-19-JP); Gandy Cárdenas, en representación de la presidenta del Consejo Nacional Electoral (390-19-JP); Patricia Vintimilla, en representación de la oficina regional de la procuraduría general del Estado en Guayaquil (215-19-JP); Adriana García, en representación del representante legal de la Federación Deportiva de Tungurahua (42-19-JP). Terceros interesados que intervinieron en la audiencia: Pamela Aguirre Zambonino, Parlamentaria Andina; Mery Tadeo, en representación de la directora nacional de Derechos del Buen Vivir de la Defensoría del Pueblo; Ana María Cobo González compareció por sus propios derechos; Pamela Ordoñez Herrera, funcionaria del Instituto Nacional de Evaluación Educativa; Paola Solís, en representación del colectivo “El parto es nuestro”; Maydita Lucía Zabala Mora, en representación de la “Fundación Aequitas” y del colectivo de Mujeres del Consejo de Protección de Derechos en la ciudad de Cuenca; Salua Chagerben Arteaga compareció en representación de su hermana Ingrid Chagerben Arteaga.

sentencia desarrolla el contenido de esos derechos y establece parámetros y directrices generales a tomar en cuenta tanto para entidades públicas como para personas operadoras de justicia. En este sentido, al establecer nuevos criterios que no eran previsibles tomar en cuenta al momento de ocurrir los hechos de los casos y para no dar un trato diferenciado a casos similares no seleccionados, la Corte no revisará la decisión de cada caso seleccionado. En este sentido, se confirman las sentencias seleccionadas, salvo aquellas que estén en conocimiento de la Corte por la interposición de alguna acción constitucional.

III. Hechos del caso

26. Karina Mercedes Cabrera Viteri, de 32 años, mantuvo nombramiento provisional con la Gobernación del Azuay. El 2 de agosto de 2018 solicitó licencia por maternidad. El 27 de agosto de 2018, la Gobernación llamó a concurso de méritos y oposición para que se ocupe su puesto. El 28 de septiembre de 2018 fue notificada la terminación de su relación laboral. Presentó acción de protección. El juez de la Unidad Judicial Civil de Cuenca dispuso la reintegración a su puesto de trabajo en las mismas condiciones hasta que culmine su periodo de lactancia, para que luego la Gobernación convoque a concurso. La Corte Provincial de Justicia del Azuay revocó la sentencia, dejando sin efecto las medidas de reparación de primera instancia (Caso No. 3-19-JP).

27. Geoconda Mireya Chicango Villareal, de 27 años, mantuvo nombramiento provisional con la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero. El 26 de junio de 2018 dio aviso de su embarazo y solicitó el cambio de área, señalando que la emisión de gases tóxicos afectaba su salud. El 26 de septiembre de 2018 fue notificada la terminación de su relación laboral. Presentó acción de protección. El juez de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Tulcán dispuso i) que se utilice una partida distinta para la reintegración a su puesto de trabajo hasta que concluya el período de lactancia, ya que el ganador del concurso ocupó el cargo, ii) el pago de haberes dejados de percibir, iii) que se dicte una capacitación en derechos humanos al personal de la Agencia, y iv) que se proceda con el trámite administrativo para determinar la responsabilidad de los servidores de la Institución. La Corte Provincial del Carchi rechazó la apelación y confirmó la sentencia subida en grado (Caso No. 5-19-JP).

28. Yaneisis Cleger Torres, de 36 años, mantuvo contrato de servicios ocasionales con la Universidad Técnica de Cotopaxi. El 10 de junio de 2018 dio aviso de su embarazo. El 28 de septiembre de 2018 fue notificada la terminación de su relación laboral. Presentó acción de protección. El juez de la Unidad Judicial Multicompetente Civil con sede en el cantón La Maná dispuso i) la reincorporación al cargo, ii) la reparación económica. La Corte Provincial de Cotopaxi rechazó el recurso de apelación y confirmó la sentencia subida en grado (Caso No. 9-19-JP).

29. María Viviana Leguizamón Rodas, de 40 años, con cargo de libre remoción en el Instituto de Investigación, Capacitación y Promoción Político Electoral del Consejo Nacional Electoral, obtuvo licencia sin remuneración para el cuidado de su hijo recién nacido (del 1 de noviembre al 31 de diciembre de 2017). El 11 de diciembre de 2017 fue removida de su cargo. Presentó acción de protección. La jueza de la Unidad Judicial de Violencia Contra la Mujer y Familia de Cuenca dispuso i) la reincorporación al cargo bajo las mismas condiciones, ii) el ingreso al Sistema de Seguridad Social, iii) el pago de valores dejados de percibir, y iv) la capacitación al departamento de Recursos Humanos, respecto a las garantías de las mujeres embarazadas y en período de lactancia, con base en los pronunciamientos de la Corte Constitucional. La Corte Provincial del Azuay rechazó la apelación y confirmó la sentencia subida en grado (Caso No. 15-19-JP).

30. María Salomé Córdova Viteri, de 40 años, con cargo de libre remoción en la Universidad Nacional de Educación (“UNAE”). El 1 de julio de 2018 solicitó licencia por maternidad. El 29 de agosto de 2018 fue notificada la terminación de su cargo, y la propuesta de que asuma el cargo de directora administrativa. Presentó acción de protección. El juez de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en el cantón Azogues dispuso i) dejar sin efecto los memorandos que confirman su remoción, ii) la reincorporación del cargo que ocupaba u otro de igual o mejor nivel hasta que concluya su período de lactancia, iii) que se garanticen sus condiciones de afiliación, iv) disculpas públicas, v) la publicación de la sentencia en la página web institucional, y vi) el pago de los haberes dejados de percibir. La Corte Provincial de Cañar confirmó la sentencia subida en grado (Caso No. 21-19-JP).

31. María Cristina Espinoza Salguero, de 38 años, con cargo de libre remoción en el GAD de Baba. El 4 de mayo de 2018 dio aviso de su embarazo. El 14 de mayo de 2018 fue removida de su cargo. Presentó acción de protección. El juez de la Unidad Judicial Multicompetente con sede en el cantón Baba dispuso i) la reincorporación al cargo mientras dure el período de embarazo y lactancia, ii) el pago de las remuneraciones dejadas de percibir, y iii) disculpas públicas. La Corte Provincial de Justicia de Los Ríos revocó la sentencia y declaró sin lugar la acción de protección (Caso No. 23-19-JP).

32. Myriam Elizabeth Poveda Naranjo, de 36 años, mantuvo 3 contratos de servicios ocasionales con la Federación Deportiva Provincial de Tungurahua. Presentó acción de protección contra la Federación alegando que la Disposición General Sexta del Reglamento Interno vulneró derechos constitucionales, pues se aplicaron normas de la Ley Orgánica de Servicio Público (LOSEP) a su contratación y no del Código de Trabajo, además señaló que está embarazada. El 19 de noviembre de 2018, el juez de la Unidad Judicial de Tránsito con sede en el cantón Ambato negó la acción alegando que no se ha justificado la vulneración de ningún derecho constitucional, y por pretender

que se declare la constitucionalidad del mencionado reglamento. La Corte Provincial de Tungurahua confirmó la sentencia subida en grado (Caso No. 42-19-JP).³

33. María Gabriela Román Suárez, de 35 años, con cargo de libre remoción en la Dirección de Información, Seguimiento, y Evaluación de la Coordinación General de Gestión Estratégica perteneciente a la Coordinación General de Gestión Estratégica del Ministerio de Agricultura. El 16 de agosto de 2017 dio aviso de su embarazo. El 21 de agosto de 2018 se nombró a un nuevo ministro de Agricultura. El 22 de agosto de 2018 fue notificada la aceptación de su renuncia sin que la haya presentado. Presentó acción de protección. La jueza de la Unidad Judicial Penal con Sede en la Parroquia Ñaquito del Distrito Metropolitano de Quito rechazó la acción interpuesta. La Corte Provincial de Pichincha dispuso i) la reintegración inmediata a su puesto de trabajo, ii) el pago de haberes dejados de percibir, a determinarse en vía contenciosa administrativa, iii) disculpas públicas, y iv) que se justifique el cumplimiento de las medidas ante este Tribunal (Caso No. 65-19-JP).

34. Carla Gabriela de la Torre Vinueza, de 32 años, mantuvo un contrato de servicios ocasionales con el Ministerio de Desarrollo Urbano y Vivienda (“MIDUVI”). El 31 de mayo de 2018 fue notificada la terminación de la relación laboral. El 1 de junio dio a conocer su embarazo. Denunció estos hechos al Ministerio del Trabajo. El Ministerio del Trabajo dispuso al MIDUVI que tome acciones correctivas, disposición que el MIDUVI no acogió. Ante lo cual presentó acción de protección⁴. El 17 de septiembre de 2018, el juez de la Unidad Judicial Multicompetente Civil con sede en el cantón Ibarra dispuso i) dejar sin efecto la notificación de terminación del trabajo, ii) el pago de haberes dejados de percibir, que se determinará en la vía contenciosa administrativa. La Corte Provincial de Imbabura confirmó la sentencia subida en grado (Caso No. 138-19-JP).

35. Carla Michelle Díaz Romero, de 23 años, con nombramiento provisional en la Agencia Metropolitana de Tránsito (“AMT”). El 13 de julio de 2018 solicitó licencia por maternidad. El 31 de octubre de 2018 fue notificada con la terminación de su nombramiento. Presentó acción de protección. El 8 de enero de 2019, el juez de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en la parroquia Mariscal Sucre del Distrito Metropolitano de Quito dispuso i) la restitución al mismo cargo o a uno de mejor nivel, ii) que se garanticen las condiciones de afiliación y pago remunerativo desde que fue notificada con la terminación laboral y iii) disculpas públicas (Caso No. 145-19-JP).

³ En audiencia ante esta Corte, Myriam Elizabeth Poveda Naranjo señaló que presentó la acción de protección porque, al momento de los hechos, la Federación se encontraba recortando personal; sin embargo, alegó que nunca fue despedida de su puesto y que se mantiene trabajando en el mismo lugar hasta la actualidad.

⁴ A fojas 198v. del expediente de la Unidad Judicial Multicompetente Civil con sede en el cantón Ibarra, se evidencia que Carla Gabriela de la Torre Vinueza señaló en audiencia de primera instancia que había perdido un bebé que estaba a días de nacer, ocasionándole daño emocional, por lo que no pensó oportuno dar aviso de su embarazo hasta hacerse los exámenes a fin de verificar el estado de su embarazo.

36. María Magdalena Cobo Suárez, de 33 años, con cargo de libre remoción en la Procuraduría General del Estado (“PGE”). Mientras se encontraba en período de lactancia fue cesada de sus funciones. El 4 de septiembre de 2018, la jueza de la Unidad Judicial Civil con sede en la parroquia Quitumbe del Distrito Metropolitano de Quito dispuso i) el pago de las remuneraciones dejadas de percibir, desde su remoción hasta la terminación de su período de lactancia, ii) disculpas públicas en los principales medios de comunicación nacionales e institucionales, y iii) la difusión de la sentencia dentro de la institución. La Corte Provincial de Pichincha confirmó la sentencia subida en grado (Caso No. 215-19-JP).

37. Katherine del Rocío Ortíz Navarro, de 32 años, con cargo de libre remoción en el Ministerio de Educación. El 6 de junio de 2018 solicitó licencia para el cuidado de su hija recién nacida. El 1 de agosto de 2018 fue cesada de sus funciones. Presentó acción de protección. El 31 de octubre de 2018, la jueza de la Unidad Judicial Civil con sede en el cantón Milagro de Guayas dispuso el pago de las remuneraciones dejadas de percibir hasta la terminación del período de lactancia. La Corte Provincial de Justicia del Guayas confirmó la sentencia subida en grado (Caso No. 229-19-JP).

38. Michelle Gabriela Yugsi Meza, de 25 años, mantuvo nombramiento provisional con la AMT. El 28 de septiembre de 2017 dio aviso de su embarazo. El 31 de enero de 2018, fue notificada la terminación de su nombramiento. Presentó acción de protección. El juez de primera instancia dispuso i) que la AMT garantice su estabilidad laboral mientras dure el período de lactancia, y ii) que se pague la remuneración conforme la hubiere percibido de forma regular. La Corte Provincial de Pichincha confirmó la sentencia subida en grado (Caso No. 294-19-JP).

39. Ana Gabriela Acosta García, de 25 años, mantuvo un nombramiento provisional con la AMT. El 31 de enero de 2018 fue notificada la terminación de su nombramiento. El 3 de abril de 2018 dio aviso de su embarazo. Presentó acción de protección. El juez de primera instancia dispuso que la AMT garantice su estabilidad laboral hasta que culmine su período de lactancia. La Corte Provincial de Pichincha confirmó la sentencia subida en grado (Caso No. 294-19-JP). En la misma causa se presentó la situación de Karen Yomaira Padilla Bernardo, de 25 años, quien mantuvo un nombramiento provisional en la AMT. El 1 de diciembre de 2016 fue diagnosticada con rinofaringitis crónica. El 29 de septiembre de 2017 fue notificada la terminación de su nombramiento. Presentó acción de protección la cual fue negada en primera y segunda instancia (Caso No. 294-19-JP).⁵

⁵ Karen Yomaira Padilla Bernardo no está dentro de los parámetros que explican la selección de las causas (mujer embarazada en sector público) y su caso ha sido mencionado en esta sentencia por haber presentado una acción de protección con dos personas que habían estado embarazadas al momento de terminar su relación laboral.

40. Vicky Magaly Aguilera Atiencie, de 35 años, mantuvo un contrato de servicios ocasionales con el Colegio Primero de Mayo. El 14 de diciembre de 2018, mientras se encontraba embarazada, fue notificada la terminación de la relación laboral. Presentó acción de protección. El 17 de enero de 2019, el juez de la Unidad Multicompetente Civil Yantzaza dispuso i) dejar sin efecto el memorando que terminaba la relación laboral, ii) la restitución como docente con la misma remuneración que percibía, iii) el pago de remuneraciones dejadas de percibir, iv) disculpas públicas, y v) que se planifiquen charlas sobre los derechos de las mujeres embarazadas. La Corte Provincial con sede en el cantón Zamora confirmó la sentencia subida en grado (Caso No. 304-19-JP).

41. Erika Alexandra Cabezas González, de 38 años, tenía un cargo de libre remoción en el GADMC Penipe. El 10 de noviembre de 2018 solicitó vacaciones por riesgo de aborto. El 23 de noviembre de 2018, la Alcaldesa de Penipe dispuso su cambio de puesto. Presentó acción de protección. El 10 de diciembre de 2018, el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Riobamba negó la acción interpuesta. Según consta en el expediente, no se presentó apelación (Caso No. 307-19-JP).

42. Tanya Maribel Iglesias Miranda, de 41 años, mantuvo nombramiento provisional con el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito. El 15 de septiembre de 2018 solicitó licencia por maternidad. El 26 de octubre de 2018 fue notificada la terminación de su nombramiento. Presentó acción de protección. El 2 de enero de 2019, la jueza de la Unidad Judicial de Tránsito del Distrito Metropolitano de Quito dispuso i) dejar sin efecto la acción de personal en la que se dio por terminado el nombramiento, ii) que se reintegre al puesto que ocupaba, iii) el pago de los haberes dejados de percibir hasta que termine el periodo de lactancia. La Corte Provincial de Pichincha confirmó la sentencia subida en grado (Caso No. 322-19-JP).

43. Mónica Paulina Coba Cisneros, de 39 años, con contrato de servicios ocasionales con el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (“IESS”). El 3 de septiembre de 2018 dio aviso de su embarazo. El 12 de octubre de 2018 fue notificada la terminación de su relación laboral. Presentó acción de protección contra el IESS. El juez de la Unidad Judicial de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en la parroquia Calderón dispuso i) que se deje sin efecto el memorando que resuelve dar por terminado el contrato, ii) que se reintegre a su puesto de trabajo o a otro de igual nivel, iii) el pago de los haberes dejados de percibir a partir del momento que se produjo la vulneración de derechos constitucionales, iv) disculpas públicas publicadas en un diario de circulación nacional, y v) la publicación de la sentencia en su portal web. La Corte Provincial de Justicia de Pichincha confirmó la sentencia subida en grado (Caso No. 372-19-JP).

44. Cristina Alexandra Flores Calvopiña, de 36 años, con cargo de libre remoción en el Consejo Nacional Electoral (“CNE”). El 18 de junio de 2018 solicitó permiso para el cuidado de su hijo recién nacido. El 5 de septiembre de 2018 fueron cesados los

consejeros del CNE. El 1 de octubre de 2017 fue cambiada de cargo. Presentó acción de protección. La jueza de la Unidad Judicial de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia con sede en la parroquia Mariscal del Distrito Metropolitano de Quito dispuso i) que se ubique en el puesto que desempeñaba la trabajadora, hasta que concluya el período de lactancia, ii) el pago de los haberes dejados de percibir, y iii) que el CNE publique esta sentencia en su portal por el término de 20 días. La Corte Provincial de Pichincha confirmó la sentencia subida en grado (Caso No. 390-19-JP).

IV. Análisis y fundamentación

45. La Corte analizará los casos seleccionados y desarrollará los derechos de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia en el contexto laboral del sector público en cinco acápite. En primer lugar, el contexto laboral de las mujeres ecuatorianas para comprender que los casos seleccionados son ejemplificativos de una situación generalizada. En segundo lugar, la Corte identifica los derechos de las mujeres embarazadas y a la lactancia, que están reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. En tercer lugar, la Corte reconoce el derecho al cuidado, como un derecho que comprende y se desprende de los demás derechos y permite encontrar una justificación adecuada para abordar la problemática en los casos seleccionados. En cuarto lugar, la Corte establece algunas de las formas en las que se pueden violar los derechos de las mujeres embarazadas, lactancia y cuidado. En quinto lugar, la Corte establece algunas especificidades del derecho a la tutela judicial efectiva en relación a los derechos analizados en los casos. Finalmente, la Corte desarrolla la reparación integral en relación a la violación de los derechos analizados.

1. Contexto: la situación laboral de las mujeres ecuatorianas

46. Los casos conocidos por la Corte tienen en común accionantes que son mujeres, quienes al momento de los hechos se encontraban embarazadas, en licencia de maternidad o en periodo de lactancia, y trabajaban bajo distintas modalidades laborales en el sector público, regulados por la LOSEP. Estas mujeres reflejan la situación de muchas otras que han pasado por circunstancias similares.

47. A finales del año 2019, la situación laboral de las mujeres en general se encontraba en desventaja en relación con los hombres. Las tasas de empleo adecuado o pleno por sexo se ubicaron en 44,8% para los hombres y 30,6% para las mujeres.⁶ La tasa de participación en la fuerza de trabajo fue del 74% para los hombres y del 47% para las mujeres.⁷ El ingreso laboral promedio mensual de un hombre con empleo era

⁶ Instituto Nacional de Estadística y Censos, *Encuesta Nacional de Empleo, Desempleo y Subempleo*, diciembre 2019, p. 36.

⁷ De acuerdo al INEC, son personas con empleo que perciben ingresos iguales o superiores al salario mínimo, trabajan igual o más de 40 horas a la semana.

de \$345,5 y de las mujeres \$292,7.⁸ El porcentaje de mujeres que no tienen oportunidad de trabajar, entre 18 y 34 años, llegó a ser del 72% (806.737 mujeres).⁹ En nuestro país apenas el 7% del personal directivo en las empresas son mujeres.¹⁰ De las mujeres que ejercen el derecho al trabajo, la mayoría (31,6%) se encuentra entre los 45 y 64 años. Le siguen las mujeres entre 25 y 34 años, que representan un 29,3% del total de mujeres trabajadoras. Precisamente en este último grupo se encuentran las mujeres en edad reproductiva.

48. Las mujeres, por otro lado, aun cuando gozan de derechos laborales y llegan a puestos jerárquicos superiores, se encuentran con el *techo de cristal*¹¹, que se refiere a los obstáculos que enfrentan para el acceso o permanencia a estos cargos. Entre las principales barreras están las responsabilidades familiares que tradicionalmente se les asigna, la carga de trabajo no remunerado, el reparto desigual en la distribución de responsabilidades y recursos a través de la práctica institucional, el acoso laboral y los estereotipos de género.¹²

49. Las condiciones laborales dificultan a las mujeres la posibilidad de conciliar el empleo remunerado con las responsabilidades familiares,¹³ lo cual se refuerza con la falta de políticas de corresponsabilidad y cuidado compartido.¹⁴

50. Por otra parte, estrechamente relacionado con el trabajo, con los roles asignados y con la falta de condiciones que permitan una conciliación del trabajo con el cuidado, la reducción de la lactancia es cada vez mayor.¹⁵

51. En el año 2020, cuando se afrontó el COVID-19, también se apreciaron situaciones diferenciadas marcadas entre los roles atribuidos a hombres y mujeres. Por una parte, las mujeres trabajadoras informales perdieron su sustento de vida de forma casi inmediata, sin ninguna red o posibilidad de sustituir el ingreso diario ni tampoco contaron con un seguro médico. Por otro lado, aquellas trabajadoras del sector formal tuvieron que sobrellevar, en el hogar, el trabajo remunerado con el trabajo doméstico. Por su parte, las mujeres trabajadoras de primera línea en las áreas de salud, según Naciones Unidas, constituyeron el 74% de la fuerza de trabajo sanitario mundial y

⁸ Instituto Nacional de Estadística y Censos, *Encuesta Nacional de Empleo, Desempleo y Subempleo*, diciembre 2019.

⁹ Centro de Estudios del Trabajo “Memoria”, *Testimonios de mujeres que vivieron acoso y violencia en el mundo del trabajo*, enero 2020.

¹⁰ ONU Mujeres Ecuador, *Igualdad de género ¿Dónde nos encontramos hoy?*, septiembre 2015.

¹¹ Término empleado para designar las barreras invisibles derivadas de estereotipos de género sociales y organizativos que impiden que las mujeres ocupen puestos de alta dirección.

¹² ONU Mujeres, *El Progreso De Las Mujeres En América Latina Y El Caribe 2017*, <https://lac.unwomen.org/es/digiteca/publicaciones/2016/12/el-progreso-de-las-mujeres-america-latina-y-el-caribe-2017>.

¹³ OIT, *Organizaciones de empleadores lideran la acción sobre la igualdad de género: estudios monográficos de diez países*, Oficina de Actividades para los Empleadores (ACT/EMP) (Ginebra, 2005).

¹⁴ OIT, “La maternidad en el trabajo”, *Examen de la legislación nacional, resultados de la base de datos de la OIT sobre las leyes relacionadas a las condiciones de trabajo y del empleo*, cap. v.

¹⁵ Ministerio de Salud Pública, *Informe sobre lactancia materna*, 4 de febrero de 2020.

apenas un 10% de ellas participaron en la toma de decisiones.¹⁶ Las cuarentenas redujeron significativamente las actividades económicas de las mujeres y profundizaron las desigualdades de género.¹⁷ La crisis generada a partir de la pandemia no debería derivar en un retroceso en la participación laboral de las mujeres; al contrario, se debe fortalecer el ejercicio y la protección de sus derechos.

52. Estas cifras y hechos demuestran que la brecha de género constituye un síntoma de una profunda y estructural sociedad patriarcal y de la discriminación sexual imperante.¹⁸ Los estereotipos de mujer cuidadora y hombre proveedor siguen existiendo.

53. Como se puede apreciar, las mujeres se encuentran en desventaja en relación con los hombres en cuanto al goce y ejercicio del derecho al trabajo. Si a esta circunstancia le agregamos la situación de embarazo, cuidado y lactancia, las desventajas se incrementan en perjuicio de los derechos de las mujeres. La precariedad del trabajo en el embarazo, durante la maternidad o el periodo de lactancia despierta miedo, hostigamiento, culpa, desconfianza en la justicia y pone a las mujeres en una situación de mayor vulnerabilidad. De ahí la importancia de continuar desarrollando progresivamente los precedentes sobre los derechos de las mujeres trabajadoras y lograr así una mejor protección.

2. Los derechos de las mujeres embarazadas y en período de lactancia

...En un país en el que se obliga a las mujeres a ser madre, el mismo Estado está vulnerando los derechos de estas madres en el sector público. Y es que las mujeres del sector público...están discriminadas por no estar acogidas a esta protección.¹⁹

MAYDITA

54. Las mujeres en general y aquellas que deciden embarazarse, que se encuentran en licencia de maternidad o en periodo de lactancia en particular, son titulares de varios derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Todos los derechos son, como dispone el artículo 11 (6) de la Constitución, indivisibles e interdependientes. Sin embargo, conviene analizar ciertos derechos generales de toda mujer y específicos de las mujeres en el trabajo para determinar el contenido y alcance de los derechos de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia en el contexto laboral.

¹⁶ ONU, *El coronavirus no discrimina a las mujeres, las normas patriarcales de género sí*, <https://news.un.org/es/story/2020/06/1475492>.

¹⁷ OEA, CIM, *COVID en la vida de las mujeres. Razones para reconocer los impactos diferenciados*, <http://www.oas.org/es/cim/docs/ArgumentarioCOVID19-ES.pdf>.

¹⁸ ILO, “Gender equality at the heart of decent work”. *International Labour Organization Report VI, International Labour Conference, 98th Session*, 2009, p. 16.

¹⁹ Versión de Maydita Zabala Mora, audiencia pública, 31 de enero de 2020.

2.1. El derecho a tomar decisiones sobre la salud sexual y reproductiva

*El estigma que existe en relación a ejercer los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, es constante...sumado a esto, están los estereotipos que se dan cuando una mujer decide embarazarse y más aún cuando una mujer tiene ya su fuero maternal y goza de la lactancia como tal...*²⁰

MAYDITA

*...después de 3 años y medio de trabajo en dicha institución decidí ser madre...nació mi hija...no logramos entender qué nos pasa como sociedad, pues en mi periodo de maternidad... fui notificada con la desvinculación a mi trabajo...*²¹

MARÍA

55. La salud sexual y la salud reproductiva forman parte del derecho a la salud²². El artículo 363 (6) de la Constitución señala que el Estado será responsable de:

Asegurar acciones y servicios de salud sexual y reproductiva, y garantizar la salud integral y la vida de las mujeres, en especial durante el embarazo, parto y postparto...

56. El artículo 332 de la Constitución, desde la perspectiva de las obligaciones del Estado, establece de forma más específica en el contexto laboral que:

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.

²⁰ Versión de Maydita Zabala Mora, audiencia pública, 31 de enero de 2020.

²¹ Versión de María Córdova, audiencia pública, 31 de mayo de 2020.

²² Con relación al derecho a la salud sexual y reproductiva, la salud ocupa un lugar especial en la Constitución y en el sistema jurídico ecuatoriano, pues, es uno de los deberes primordiales del Estado (Artículo 3.1) y un derecho cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos. En ese sentido el Estado garantizará la salud mediante el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva (Artículo 32). Además, el derecho a la salud está reconocido en numerosos instrumentos de derecho internacional, que son vinculantes para el Ecuador: la DUDH (Artículo 25); el PIDESC (Artículo 12); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Artículo 5.iv.e); la CEDAW (Arts. 11. f y 12); la CDN (Artículo 24); y, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PSS, Artículo 10).

57. La salud sexual y la salud reproductiva están estrechamente relacionadas. La salud sexual es “un estado de bienestar físico, emocional, mental y social en relación con la sexualidad”²³, lo cual implica un “acercamiento positivo y respetuoso a la sexualidad y las relaciones sexuales, así como la posibilidad de tener experiencias sexuales placenteras y seguras, sin coacción, discriminación ni violencia”²⁴. La salud reproductiva se refiere a la capacidad de reproducirse y la libertad para adoptar decisiones informadas, libres, responsables, sobre la salud y vida reproductiva en los términos previstos en la Constitución²⁵, sin coacciones, ni violencia²⁶. Esta última condición lleva implícito “el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan embarazos y partos sin riesgos, y brinden las máximas posibilidades de tener hijas e hijos sanos”.²⁷ También incluye el acceso a una serie de información, bienes, establecimientos y servicios de salud reproductiva que permitan a las personas adoptar decisiones sobre su comportamiento reproductivo.²⁸

58. El derecho a la salud sexual y a la salud reproductiva respecto de personas trabajadoras impone tres obligaciones específicas: respetar, proteger y cumplir. La obligación de *respetar* exige que el Estado como empleador se abstenga de injerir directa o indirectamente en el ejercicio del derecho a la salud sexual y reproductiva en el trabajo, o de promulgar leyes y políticas que obstaculicen su acceso. La obligación de *proteger* requiere que el Estado adopte medidas para evitar que terceros, entidades públicas o personas, limiten, restrinjan o anulen el disfrute del derecho a la salud sexual y reproductiva en el contexto laboral. Por último, la obligación de *cumplir* requiere que el Estado adopte medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales, promocionales o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud sexual y reproductiva. En este caso en concreto, como parte del Estado, la Corte Constitucional desarrolla mediante esta sentencia el alcance y el contenido de algunos de estos derechos. Estas obligaciones específicas no excluyen la adopción de otras medidas generales que fueren necesarias y no previstas en esta sentencia para hacer efectivos estos derechos.

²³ OMS, *Sexual Health, Human Rights and the Law*, 2015, sec. 1.1.

²⁴ OMS, *Defining sexual health: report of a technical consultation on sexual health*, p. 5.

²⁵ Constitución de la República del Ecuador, Artículo 66 (10): “Se reconoce y garantizará a las personas: (...) 10. El derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener”.

²⁶ ONU, “Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo”, 1994, párr. 7.3, A/CONF.171/13/Rev.1, https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/icpd_spa.pdf. “(...) los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. (...). También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos (...)”.

²⁷ ONU, Programa de Acción de El Cairo, 1994, párr. 7.3.

²⁸ CESCR, Observación general núm. 22 (2016), relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), párr. 6.

59. Por todo lo dicho, el Estado tiene la obligación de dedicar los recursos que fueren necesarios para promover y proteger los derechos a la salud sexual y reproductiva, incluidos los programas de salud materna y atención del parto, puerperio y lactancia.²⁹

60. La relación laboral no debe ser un obstáculo para el ejercicio del derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre la salud sexual y reproductiva de una persona. En ese sentido, el espacio laboral debe facilitar y proteger el ejercicio de estos derechos a las mujeres que se encuentran trabajando.

61. Tanto el despido como la discriminación por razón de embarazo o lactancia están expresamente prohibidos por la Constitución.

62. La Constitución, además, garantiza la licencia de paternidad. Esto implica que el cuidado que requieren los niños y niñas debe ser compartido por el padre y la madre. La licencia de paternidad es un medio para cumplir el fin de compartir las obligaciones de cuidado.

63. De los casos seleccionados, se identifica que varias mujeres tuvieron limitaciones al goce de su derecho a la salud, tanto sexual como reproductiva, en el contexto laboral. Por ejemplo, al encontrar obstáculos para obtener permisos para controles médicos en embarazos de riesgo (Caso 304-19-JP), al ser cambiadas de puesto a un cargo con menor remuneración cuando se encontraban embarazadas (Casos 307-19-JP, 21-19-JP), al desvincular del trabajo a las mujeres cuando pedían cambio de espacio físico por considerar que su salud se encontraba en riesgo (Caso 5-19-JP). Todas estas situaciones son formas de obstaculizar y de violar el derecho a la salud sexual y reproductiva de las mujeres embarazadas y en situación de lactancia mientras ejercían el derecho al trabajo en el sector público.

2.2. El derecho de las mujeres a la intimidad y a la no injerencia arbitraria

*...decían que ella se había embarazado a propósito para no perder el trabajo, o que después de esta acción de protección se va a volver a embarazar...*³⁰

GISSELA

²⁹ Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, Enfoque basado en los derechos humanos del maltrato y la violencia contra la mujer en los servicios de salud reproductiva, con especial hincapié en la atención del parto y la violencia obstétrica, disponible en: <https://undocs.org/es/A/74/137>, párr. 80.

³⁰ Versión de Gissela Flores abogada de Cristina Flores Calvopiña, audiencia pública, 31 de enero de 2020.

64. El artículo 66 (20) de la Constitución reconoce “*el derecho a la intimidad personal y familiar.*” De igual modo, este derecho se reconoce en múltiples instrumentos internacionales de derechos humanos de los que Ecuador es parte.³¹

65. Este derecho incluye el derecho de toda mujer a decidir libremente sobre su salud y vida reproductiva, excluyendo la posibilidad a que pueda invadirse en el ámbito laboral al ser “*un campo de actividad absolutamente propio de cada individuo*”³² y, en consecuencia, “*recae en la esfera privada de cada persona*”³³.

66. Por el derecho a la intimidad, las mujeres pueden guardar reserva sobre sus planes de vida, su situación de embarazo, sobre su salud y sobre cualquier condición que crean importante reservarse de comunicar. La notificación del embarazo permite que las personas obligadas cumplan con su responsabilidad, pero las mujeres pueden, por las razones que crean, decidir el momento de la notificación.

67. El derecho a la intimidad es violado cuando el Estado o los particulares, por ejemplo, cuando se pregunta a las mujeres sobre sus planes de matrimonio o embarazo, solicitan pruebas de embarazo, divulgan el historial médico de la trabajadora, o cuando el uso de dicha información condiciona el ejercicio de otros derechos como el trabajo.

68. De los casos seleccionados, se identifica que muchas mujeres fueron objeto de señalamientos respecto a su intimidad personal y familiar en sus trabajos. Por ejemplo, cuando se hacen afirmaciones respecto a que las mujeres se embarazan para mantener su trabajo y que se volverán a embarazar con esa finalidad (Caso 390-19-JP), cuando autoridades judiciales afirman que por su condición de mujeres ya saben con anterioridad su estado de gestación (Caso 138-19-JP), cuando se divulga el estado de embarazo de las mujeres en reuniones de trabajo sin su consentimiento (Caso 23-19-JP).

2.3. El derecho al trabajo sin discriminación

*... estoy en un congelador, no me toman en cuenta para absolutamente nada, te hacemos un favor, te dejamos en el cargo porque eres madre soltera señalan...Las autoridades me manifestaron que por el bien de mi hijo, uno no puede ser madre y jerárquico superior...el bebé se va a enfermar, que la mamá no va a poder...*³⁴

³¹ La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH, Artículo 12), Convención sobre los Derechos del Niño (CDN, Artículo 16), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP, Artículo 17), Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, Artículo 11).

³² Alda Facio, *Los derechos reproductivos son derechos humanos*, 2008, p. 47.

³³ Comisión Europea de Derechos Humanos, *Caso Bruggeman y Sheuten c. República Federal Alemana* (aplicación núm. 6959/75), 12 julio 1997, en Reporte de la Comisión Europea de los Derechos Humanos, Vol. 3, 1977, p. 244 y *Caso Paton c. Gran Bretaña* (aplicación núm. 8416/ 78), 13 mayo 1980, en Reporte de la Comisión Europea de Derechos Humanos, vol. 3, 1980, p. 408, párr. 27.

³⁴ Versión de Pamela Ordoñez Herrera, audiencia pública, 31 de enero de 2020.

PAMELA

69. Toda persona, incluidas las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia, tienen derecho al trabajo, de acuerdo al artículo 33 de la Constitución. El derecho al trabajo, además, está reconocido en varios instrumentos de derecho internacional que son vinculantes para el Ecuador.³⁵

70. En el ejercicio del derecho al trabajo está prohibida la discriminación. La Constitución prohíbe la discriminación en general en su artículo 11 (2) y, específicamente, a las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia en el ámbito laboral, en su artículo 43 (1).

71. En consecuencia, las mujeres embarazadas o en periodo de lactancia no pueden ser discriminadas³⁶, tal como se desprende del artículo 11 (2) de la Constitución.³⁷ En ese sentido, los empleadores garantizarán que las mujeres no pierdan sus empleos por el solo hecho del embarazo o lactancia, lo cual no sólo protege la igualdad en el acceso al trabajo, sino el mantenimiento de ingresos vitales para su bienestar y el de su familia³⁸, para su realización profesional y personal³⁹ y para el ejercicio del derecho al cuidado.

72. Las mujeres embarazadas están protegidas por norma constitucional y por la jurisprudencia de esta Corte y, en consecuencia, toda terminación de una relación laboral de una mujer embarazada, en licencia de maternidad o en periodo de lactancia se debe presumir discriminatoria si la entidad responsable no demuestra lo contrario.⁴⁰

73. Por el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación, las personas tienen derecho a ser tratadas de forma igual cuando el trato diferenciado les inferioriza y tienen derecho a ser tratadas de forma diferente cuando el trato igualitario las excluye. En el caso de las mujeres en el trabajo, tienen derecho al acceso y a la permanencia

³⁵ la DUDH (Arts. 23, 24), el PIDESC (Arts. 6, 7 y 10), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Artículo 5 i), la CEDAW (Arts. 11.1 y 11.2), el PSS (Arts. 6 y 7), la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Artículo 27), el Convenio 103, 156 y 158 de la OIT, la CADH (Artículo 7).

³⁶ CEDAW, *Recomendación general N° 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, 16 de diciembre de 2010, párr. 5, CEDAW/C/GC/28.

³⁷ Convenio ratificado por el Ecuador, información disponible en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200_COUNTRY_ID:102616.

³⁸ OIT, “Protección de la maternidad”, *Impulsar el trabajo decente*, párr. 1, <https://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/maternity-protection/lang-es/index.htm>.

³⁹ OIT, Convenio C111, Artículo 1.

⁴⁰ Véase sobre protección especial en el ámbito laboral Corte Constitucional, Sentencia No. 080-13-SEP-CC. La Corte señaló que “*Los tratos ‘diferenciados’ cuando están de por medio categorías sospechosas que contribuyen a perpetuar la inferioridad y la exclusión de determinados grupos (mujeres embarazadas, niños, adolescentes, personas portadoras de VIH, personas enfermas de SIDA u otra enfermedad catastrófica, personas con discapacidad, indígenas, afro ecuatorianos, etc.) se presume su inconstitucionalidad a menos que se demuestre lo contrario mediante razones válidas y suficientes.*”

como cualquier otro trabajador sin que se deba considerar la situación de embarazo o lactancia; al mismo tiempo, las mujeres tienen derecho a que se considere su situación de embarazo o lactancia y tener, mediante la protección especial, un trato diferenciado al resto de trabajadores, que se manifestará, entre otros, en el ejercicio del derecho al cuidado.

74. Por otro lado, esta Corte manifestó que el ejercicio de la tutela jurisdiccional de las mujeres no puede limitarse a la determinación de si la terminación de su relación laboral tuvo o no como motivo su situación de embarazo, sino que debe estar encaminada a determinar si el hecho produjo afectación al contenido de los derechos implicados.⁴¹

75. De la revisión de los casos seleccionados, se identifican ciertos momentos en los que este derecho se ve vulnerado. Por ejemplo, cuando las mujeres dan a conocer su embarazo y son desvinculadas del trabajo (Casos 3-19-JP, 5-19-JP, 9-19-JP, 23-19-JP, 294-19-JP, 372-19-JP), cuando las mujeres se encuentran con licencia de maternidad o en periodo de lactancia y son cambiadas de puesto por uno de menor jerarquía (Casos 15-19-JP, 21-19-JP, 65-19-JP, 145-19-JP, 215-19-JP, 229-19-JP, 307-19-JP, 322-19-JP), cuando son reintegradas al trabajo y se les ubica en las denominadas “congeladoras” –no tener funciones y ubicarlas en un lugar marginal– (Caso 21-19-JP, 23-19-JP). Todas estas situaciones reflejan un trato diferenciado que termina discriminando a las mujeres por estar embarazadas, en licencia de maternidad o en periodo de lactancia.

2.4. El derecho a la protección especial

...Me decían que no porque estaba embarazada, iba a hacer lo que yo quería; que no porque estaba embarazada, estaba protegida...⁴²

MARÍA CRISTINA

76. La Constitución en su artículo 35 establece:

Las mujeres embarazadas... recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado...

77. De forma más específica, respecto a las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia, el artículo 43 determina que el Estado garantizará:

3. La protección prioritaria y cuidado de su salud integral y de su vida durante el embarazo, parto y posparto.

⁴¹ Corte Constitucional, Sentencia No. 072-17-SEP-CC.

⁴² Versión de María Cristina Espinosa Salguero, audiencia pública, 31 de enero de 2020.

4. Disponer de las facilidades necesarias para su recuperación después del embarazo y durante el periodo de lactancia.

78. En el mismo sentido, los instrumentos internacionales de derechos humanos obligan a proteger de forma especial y prioritaria a las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia.⁴³ De igual modo, el artículo 11 (2) de la CEDAW reconoce el derecho a una protección especial, cuando prohíbe el despido por embarazo, y dispone que los Estados otorguen la licencia con sueldo o con prestaciones comparables, el suministro de servicios y la protección en caso de trabajos perjudiciales.

79. Esta atención especial se direcciona a proteger la salud y la vida de las mujeres durante el embarazo, parto y postparto, y a generar las condiciones adecuadas para su recuperación.

80. La protección especial significa que las mujeres durante su embarazo, parto, postparto y periodo de lactancia deben ser atendidas en función de sus necesidades específicas, sin que este hecho signifique que las mujeres no tengan capacidad para ejercer sus derechos con autonomía. Esta protección se da frente a la desventaja en la que esta condición las pone frente a los hombres dentro de un sistema patriarcal. No solo garantiza a las mujeres la igualdad en el acceso al empleo sino también la permanencia. Al garantizar este derecho, los demás derechos de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia se refuerzan para su pleno ejercicio.

81. De los casos seleccionados, se identifica la violación a este derecho al terminar la relación laboral cuando las mujeres están embarazadas (Caso 3-19-JP, 5-19-JP, 9-19-JP, 15-19-JP, 21-19-JP, 23-19-JP, 65-19-JP, 145-19-JP, 215-19-JP, 294-19-JP, 307-19-JP, 322-19-JP, 372-19-JP, 390-19-JP), cuando no pueden acceder a servicios de salud o no es considerada su situación de salud en el espacio laboral (Caso 304-19-JP, 307-19-JP). Al contrario, cuando al momento de la supresión de puestos se tiene especial consideración a las mujeres embarazadas o en periodo de lactancia, y la institución prioriza su estabilidad, se garantiza la protección especial (Caso 42-19-JP).

2.5. El Derecho a la lactancia materna

...La leche es un organismo vivo y dinámico que se adapta constantemente a los requerimientos específicos de cada bebé de acuerdo a su etapa de desarrollo y su condición particular, pero la leche también tiene un componente que es psicoafectivo que es indispensable para el desarrollo de cualquier organismo, el bebé

⁴³ DUDH (Artículo 25), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, Artículo 10.2), Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW, Artículo 12.2), Convenio de la OIT C156 (Artículo 5), CDN (Artículo 3.1), Convenio de la OIT C103 (Artículo 6).

*humano es una cría mamífera inmadura que requiere inevitablemente de los cuidados de otro para su supervivencia...*⁴⁴

PAOLA

*...cuando tienes que presentar proyectos, lo tienes que hacer sacrificando la lactancia...*⁴⁵

ANA MARÍA

82. La lactancia materna, entendida no solo como el “dar de lactar” sino como el periodo de tiempo en el que se alimenta de distintos modos a una niña o niño recién nacido, es la piedra angular para la supervivencia y salud de las niñas y niños y podría brindarles un mejor comienzo en la vida.⁴⁶ Por tanto, reconocer el periodo de lactancia es fundamental para el ejercicio de derechos y es una etapa que tiene que ser promovida y protegida desde el Estado a través de políticas públicas adecuadas.

83. La Constitución establece la obligación del Estado de respetar la lactancia materna (Art. 332) y disponer de las facilidades necesarias para las mujeres durante este periodo (Art. 43). El artículo 24 (2) literal e de la Convención sobre los Derechos del Niño (“CDN”) indica que los Estados Parte asegurarán que “*todos los sectores de la sociedad...conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna...y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos*”.

84. De ahí que la Ley Orgánica de Salud establece en su artículo 20 que:

La autoridad sanitaria nacional, en coordinación con el Ministerio del Trabajo y Empleo y el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, vigilará y controlará las condiciones de trabajo, de manera que no resulten nocivas o insalubres durante los periodos de embarazo y lactancia de las mujeres trabajadoras.

*Los empleadores tienen la obligación de cumplir las normas y adecuar las actividades laborales de las mujeres embarazadas y en período de lactancia.*⁴⁷

85. Las mujeres tienen derecho a dar de lactar a su hijo o hija en condiciones dignas en su trabajo o donde pudieren hacerlo. Las mujeres tienen derecho a decidir si optan por la lactancia y a interrumpir la misma sin que esto interfiera en el tiempo que tienen

⁴⁴ Versión de Paola Solís, audiencia pública, 31 de enero de 2020.

⁴⁵ Versión de Ana María Cobo González, audiencia pública, 31 de enero de 2020.

⁴⁶ UNICEF, “Desarrollo de la Primera Infancia”, párr. 18, <https://www.unicef.org/es/desarrollo-de-la-primera-infancia>.

⁴⁷ Ley Orgánica de Salud, artículo 120.

para alimentar de otra forma a su hijo o hija. El deber que tienen el padre y la madre de alimentar al niño o niña debe ser compartido de forma equitativa.⁴⁸

86. Las mujeres que optan por la lactancia no deberían adaptarse a las circunstancias laborales, sino que los espacios de trabajo deben crear ambientes propicios para la compatibilización de la lactancia y el cuidado con el trabajo. Entre las medidas adecuadas para que esto suceda, como se desarrolla más adelante en el derecho al cuidado, están los permisos, las licencias incluida la de paternidad, los lactarios, las guarderías.

87. Toda mujer que desee tener una hija o hijo y decida amamantarlo debe poder hacerlo sin tener miedo de perder su trabajo, sus ingresos o su carrera. La protección especial a la mujer prima frente a las necesidades del mercado.⁴⁹

88. De la revisión integral de los casos seleccionados se identifica que ninguna de las instituciones en las que trabajaban las mujeres en periodo de lactancia, al momento de los hechos, contaba con espacios dignos y adecuados para que puedan amamantar, extraer y almacenar su leche.

3. El derecho al cuidado

3.1. Consideraciones previas

...pido que las mujeres que estemos embarazadas, en estado de lactancia, en maternidad, seamos respetadas como seres humanos y nuestros hijos también, porque esto no solamente generó...un dolor mío, sino también una angustia de mi esposo...Y no solamente del entorno familiar pequeño, también en mis papás, en mis hermanos, en mi familia entera una preocupación, porque...no he podido conseguir trabajo desde ahí.⁵⁰

MARÍA CRISTINA

...yo tenía que tomar la decisión o dejarle a mi hijo de dos meses y medio o ir a trabajar.⁵¹

ANA

⁴⁸ Comité de Lactancia Materna de la Asociación Española de Pediatría, *¿Qué es el Código Internacional de Comercialización de Sucedáneos de Leche Materna?*, 2016, p. 6, <https://www.aeped.es/sites/default/files/documentos/201601-codigo-comercializacion-lm.pdf>.

⁴⁹ OIT, “Informe VI: La igualdad de género como eje del trabajo decente”. *Conferencia Internacional del Trabajo*, 98ª reunión 2009, http://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/98thSession/ReportsubmittedtotheConference/WCMS_106175/lang-es/index.htm, p. 49.

⁵⁰ Versión de María Cristina Espinosa Salguero, audiencia pública, 31 de enero de 2020.

⁵¹ Versión de Ana María Cobo González, audiencia pública, 31 de enero de 2020.

89. La sociedad requiere dos tipos de actividades fundamentales para su existencia y mantenimiento: producción y reproducción. Por las actividades de producción, las personas obtenemos bienes y servicios necesarios para satisfacer ciertas necesidades, como alimentarnos, tener una vivienda adecuada, acceder a servicios de salud. Ciertas personas, en la organización social del trabajo, siembran, construyen, curan. Estas actividades se las conoce como actividades de producción, que suelen estar valoradas económicamente a través de una remuneración o de incentivos económicos.

90. Las actividades de reproducción, son igualmente importantes e imprescindibles para la vida en sociedad, y son aquellas relacionadas con el cuidado, y con la construcción cotidiana de vínculos sociales y afectivos. Actividades como alimentar, cocinar, cambiar pañales, limpiar una casa, lavar, planchar la ropa, jugar, atender en la enfermedad, no son valoradas social ni económicamente.

91. Las actividades de producción y reproducción son complementarias y ambas son igualmente importantes e imprescindibles para la vida en plenitud (*sumak kawsay*) y vida digna.

92. El cuidado puede definirse como:

*...una actividad específica que incluye todo lo que hacemos para mantener, continuar y reparar nuestro mundo, de manera que podamos vivir en él tan bien como sea posible. Ese mundo incluye nuestros cuerpos, nuestro ser y nuestro ambiente, todo lo que buscamos para entretener una compleja red del sostenimiento de la vida.*⁵²

93. Una sociedad sin actividades de cuidado está condenada a la desintegración, al aislamiento y al fracaso. La importancia del cuidado en lo social, económico y jurídico de un país ha merecido considerables investigaciones tanto a nivel regional⁵³ como a nivel doctrinario.⁵⁴

⁵² Consejo Nacional para la Igualdad de Género, oficio N. CNIG-ST-2020, 5 de marzo de 2020, acápite 7; Sonia Montaña Virreira y Coral Calderón Magaña, *El cuidado en acción. Entre el derecho y el trabajo*, Santiago de Chile: CEPAL/UNIFEM, 2010, página 27, tomado de Joan Tronto, “Vicious circles of privatized caring”, *Socializing Care: Feminist Ethics and Public Issues*, Maurice Hamington y Dorothy Miller (eds.), Lanham, Rowman and Littlefield Publishers, 2006.

⁵³ CEPAL, *Panorama Social de América Latina 2016*. Santiago de Chile: Naciones Unidas, 2017; CEPAL, *40 años de agenda regional de género*, XIII Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Santiago de Chile, LC/G.2682, julio 2016.

CEPAL, *Serie Mujer y Desarrollo*, número 56 (2004) y número 87 (2007); CEPAL, *Serie Políticas Sociales*, número 159 (2009); CEPAL, *Serie Asuntos de Género*, número 154 (2016).

⁵⁴ Laura Pautassi, “El cuidado como derecho. Un camino virtuoso, un desafío inmediato”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LXVIII, Número 272, Septiembre-Diciembre 2018, <http://dx.doi.org/10.22201/fder.24488933e.2018.272-2.67588>; Laura Pautassi, “Del “boom” del cuidado al ejercicio de derechos”, Sao Paulo: SUR, 2016 en <https://sur.conectas.org/es/del-boom-del-cuidado-al-ejercicio-de-derechos/>; Laura Pautassi, “El cuidado como cuestión social desde un enfoque de derechos”, *Serie mujer y desarrollo*, Santiago de Chile: CEPAL, 2007; María Nieves Rico, *Apuntes sobre economía*

94. El modelo de organización dominante ha privilegiado y valorado las actividades de producción. No casualmente las labores de producción han sido desarrolladas mayoritariamente por hombres, y las labores de reproducción y cuidado han sido atendidas por mujeres. Este desequilibrio es el nudo central que determina las desigualdades entre hombres y mujeres, frenando la inserción laboral remunerada, la posibilidad de encontrar mejores empleos, la participación en la vida social y política, y disponer de tiempo propio⁵⁵. Esta división sexual del trabajo recluye a las mujeres al mundo privado, mientras que lo público se asigna a los hombres, generando diversas inequidades. Éstas, entre otras, se manifiestan en la remuneración.⁵⁶ El sistema económico valora el trabajo de producción que es asalariado y que ha sido protegido mediante leyes laborales. En cambio, las tareas de reproducción han sido subvaloradas, al considerarlas tareas gratuitas o pagadas de formas exiguas.

95. En el Ecuador los hombres dedican aproximadamente 5:20 horas más que las mujeres al trabajo remunerado, situación que refleja una mayor articulación de ellos al mercado laboral. Las mujeres, en cambio, realizan más trabajo no remunerado, con una diferencia de aproximadamente 22:40 horas más de tiempo de trabajo no remunerado con relación a los hombres. Es decir, las mujeres realizan trabajo doméstico y de cuidado no remunerado casi cuatro veces más que los hombres⁵⁷ y representa al menos el 15.41% del Producto Interno Bruto⁵⁸. La producción del trabajo no remunerado es realizada en mayor proporción por personas entre 30 y 44 años de edad; en este grupo, la contribución de las mujeres alcanzó el 79,2% con relación al 20,8% de los hombres. Dentro del trabajo de cuidado no remunerado a miembros del hogar, se encuentra el cuidado de los niños y niñas, que las mujeres contribuyen con el 84,7% mientras que los hombres con apenas el 15,3%. En el periodo 2007-2015, por cada 100 horas de trabajo no remunerado, las mujeres realizaron 77 horas.⁵⁹ Para el 2025, el trabajo doméstico y de cuidado tendrá mayor demanda ya que la población que requiere cuidados aumentará en un 35%⁶⁰.

96. La región latinoamericana, y Ecuador como parte de ella, es profundamente desigual. La inequidad se manifiesta precisamente en las tareas de producción y

del cuidado, Santiago de Chile: CEPAL, 2007; Corina Rodríguez Enríquez, *Economía del cuidado y política económica*, Mar del Plata: CEPAL, 2005; CELS, *Plan Jefes y Jefas. ¿Derecho social o beneficio de sus derechos?*, Buenos Aires: CELS, 2004.

⁵⁵ Rosario Aguirre Cuns, *La política de cuidados en Uruguay: ¿Un avance para la igualdad de género?*, p. 801.

⁵⁶ De acuerdo a la Encuesta Específica de Uso del Tiempo realizada por el Consejo Nacional para la Igualdad de Género 2012, las mujeres perciben un ingreso promedio mensual de USD 346, mientras que los hombres de USD 420.

⁵⁷ Consejo Nacional para la Igualdad de Género, *El tiempo de ellas y ellos. Análisis de la Encuesta Específica de Uso del Tiempo 2012*, p. 20.

⁵⁸ INEC, <https://www.ecuadorencifras.gob.ec/el-trabajo-no-remunerado-representa-el-1541-del-pib/>.

⁵⁹ INEC, *Cuentas Satélite del Trabajo No Remunerado de los Hogares (CSTNRH) 2007-2015*, 2019.

⁶⁰ Consejo Nacional para la Igualdad de Género, *Agenda Nacional de las Mujeres y Personas LGBTI 2018-2021*, p. 144.

reproducción. De ahí que las mujeres sean las personas que menos ganan, más pobres, más discriminadas en relación con las tareas que desempeñan los hombres. Esta situación de desigualdad tiende a coincidir con otro tipo de desventajas como la clase social, grupo etario, pertenencia étnica, ubicación territorial, condición migratoria, nivel educativo, estado de salud, entre otras. Ante lo cual, se hace necesaria la mirada interseccional para entender las distintas desigualdades en la división sexual del trabajo, la distribución inequitativa de recursos entre mujeres y hombres, y los diferentes obstáculos para acceder a los niveles de toma de decisiones y al poder⁶¹. Por ejemplo, en el país, el índice de igualdad social es de 0,26⁶². Es decir, la relación entre el tiempo propio, remunerado y de educación frente al doméstico en el caso de los hombres es tres veces mayor que el de las mujeres. Las mujeres con educación básica tienen una diferencia de 20:32 horas respecto a sus pares hombres, con educación media 15:38 y educación superior 12:47 horas⁶³. En promedio las mujeres rurales e indígenas trabajan más de 24 horas que los hombres⁶⁴. A nivel de estado local (GADs) la brecha es mayor: 91,6% son hombres y el 8,3% mujeres⁶⁵.

97. A partir del COVID-19 los hogares se han convertido en el espacio donde todo ocurre: el cuidado, la educación de los niños, niñas y adolescentes, la socialización, el trabajo, incluso, en algunos casos, la violencia contra las mujeres.⁶⁶ Las medidas de confinamiento, sin enfoque de género y desconociendo el derecho al cuidado, han provocado que muchas mujeres estén encerradas con sus agresores y sus vidas e integridad sean vulneradas. De igual forma, fuera de los hogares las mujeres son el mayor contingente que está asumiendo de forma protagónica la importante responsabilidad del cuidado en múltiples espacios tales como en el sector salud, el trabajo doméstico, centros de cuidado de adultos mayores y personas con discapacidad. Como consecuencia del rol de cuidado feminizado, el trabajo de las mujeres se multiplicó por 60 horas más⁶⁷, lo que las expone a un mayor riesgo de contagio.⁶⁸

98. Como se evidencia en los párrafos anteriores, en una sociedad patriarcal como la ecuatoriana⁶⁹, la carga de obligaciones de cuidado ha recaído tradicionalmente en las mujeres, tanto a nivel de servicios públicos como en los hogares.

⁶¹ Consejo Nacional para la Igualdad de Género, *Investigación económica del cuidado*, p. 29-30.

⁶² Consejo Nacional para la Igualdad de Género, *Investigación económica del cuidado*, p. 83.

⁶³ Consejo Nacional para la Igualdad de Género, *Investigación económica del cuidado*, p. 16.

⁶⁴ Consejo Nacional para la Igualdad de Género, *Investigación económica del cuidado*, p. 14.

⁶⁵ INEC, *Atlas de género de 2018*, párr. 3.

⁶⁶ OEA, CIM, *COVID en la vida de las mujeres. Razones para reconocer los impactos diferenciados*, <http://www.oas.org/es/cim/docs/ArgumentarioCOVID19-ES.pdf>.

⁶⁷ ONU Mujeres, *Las mujeres y el COVID-19: Cinco acciones que los gobiernos pueden adoptar sin demoras*, <https://www.unwomen.org/es/news/stories/2020/3/news-women-and-covid-19-governments-actions-by-ded-bhatia>.

⁶⁸ OEA, CIM, *COVID en la vida de las mujeres. Razones para reconocer los impactos diferenciados*, <http://www.oas.org/es/cim/docs/ArgumentarioCOVID19-ES.pdf>.

⁶⁹ Las cifras muestran aún un predominio de hombres en cargos directivos y en la carga casi insignificante de las tareas de cuidado que ponen en situación de desigualdad a las mujeres; incluso aquellas que han

99. De ahí la necesidad de atender una situación que reproduce la desigualdad y discriminación, y de reconocer y desarrollar el contenido del derecho al cuidado, para que sea valorado y que sea distribuido de forma equitativa.

3.2. El reconocimiento del derecho al cuidado

100. La Constitución reconoce el cuidado en varios de sus artículos. Cuando trata de adultos mayores, en su artículo 38 (8), establece que el Estado tomará medidas de “Protección, **cuidado** y asistencia especial cuando sufran enfermedades crónicas o degenerativas.” Cuando trata de mujeres embarazadas, en su artículo 43 (3), determina que el Estado garantizará “La protección prioritaria y **cuidado** de su salud integral y de su vida durante el embarazo, parto y posparto”. Cuando trata de las niñas, niños y adolescentes, en su artículo 45, reconoce y garantiza “la vida, incluido el **cuidado**...” y, reconoce en su artículo 46 (9), la “protección, **cuidado** y asistencia especial cuando sufran enfermedades crónicas o degenerativas.” Cuando trata de personas privadas de libertad, en su artículo 51, reconoce el derecho a contar con medidas de protección a favor de niños, niñas, adolescentes, personas con discapacidad y personas adultas mayores “que estén bajo su **cuidado** y dependencia.” Cuando trata de la familia, en su artículo 69, el Estado debe promover la maternidad y paternidad responsable y que la madre y el padre “estarán obligados al **cuidado**” de hijos e hijas. Cuando trata del derecho al trabajo, en su artículo 325, establece que el Estado debe garantizar toda modalidad de trabajo incluso “labores de autosustento y **cuidado** humano”; en el mismo sentido, en su artículo 332, “se reconoce como labor productiva el trabajo no remunerado de autosustento y **cuidado** humano que se realiza en los hogares”. Cuando trata de jóvenes, en su artículo 329, garantiza el derecho de ser sujetos activos en la producción, “así como en las labores de autosustento, **cuidado** familiar e iniciativas comunitarias.” Cuando trata de grupos de atención prioritaria, en su artículo 363 (5), determina que el Estado tiene la obligación de “brindar **cuidado** especializado.” Cuando trata sobre el seguro universal y de las personas que realizan tareas de **cuidado**, en su artículo 369, establece que se financiará con aportes y contribuciones del Estado. (Énfasis añadidos).

101. La Constitución, más específicamente, reconoce como trabajo el cuidado humano que se realiza fuera del ámbito laboral formal, en su artículo 333:

*Se reconoce como labor productiva el trabajo no remunerado de autosustento y **cuidado humano** que se realiza en los hogares.*

*El Estado promoverá un **régimen laboral que funcione en armonía con las necesidades del cuidado humano**, que facilite servicios, infraestructura y horarios de **trabajo** adecuados; de manera especial, proveerá servicios de cuidado infantil, de atención a las personas con discapacidad y otros necesarios para que las*

logrado obtener cargos públicos o puestos directivos se topan con un techo de cristal que no cubre ni limita a los hombres.

personas trabajadoras puedan desempeñar sus actividades laborales; e impulsará la corresponsabilidad y reciprocidad de hombres y mujeres en el trabajo doméstico y en las obligaciones familiares.

*La protección de la seguridad social se extenderá de manera progresiva a las personas que tengan a su **cargo** el trabajo familiar no remunerado en el hogar, conforme a las condiciones generales del sistema y la ley. (Énfasis añadidos).*

102. A nivel internacional, el derecho al cuidado ha sido reconocido expresamente en la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Adultas Mayores (artículo 12), la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 3.2), la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas (objetivo 5), las Conferencias Regionales de la Mujer de América Latina y el Caribe (2007, 2010, 2013 y 2016). La que tuvo lugar en la ciudad de Quito, en el año 2007, expresamente estableció el compromiso de:

*formular y aplicar políticas de Estado que favorezcan la responsabilidad compartida equitativamente entre mujeres y hombres en el ámbito familiar, superando los estereotipos de género, reconociendo **la importancia del cuidado** y del trabajo doméstico para la reproducción económica y el bienestar de la sociedad como una de las formas de superar la división sexual del trabajo... adoptar medidas en todas las esferas de la vida particular, en los ámbitos económico y social, incluidas reformas institucionales, para garantizar el reconocimiento y el aporte al bienestar de las familias y al desarrollo promover su inclusión en las cuentas nacionales. (Énfasis añadido).*

103. Por otro lado, la Constitución del Ecuador ha establecido, en su Preámbulo, que uno de los fines que se busca es “una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*.”

104. La consecución del *sumak kawsay* es un deber primordial del Estado (artículo 3.5), la finalidad de las políticas públicas para garantizar derechos (artículo 85), el objetivo del régimen de desarrollo (artículo 275), una de las formas de clasificar los derechos (capítulo segundo) y un régimen para su garantía (Título VII); una finalidad y la base del derecho al ambiente sano (artículo 14 y artículo 74), del derecho a la educación (artículo 26), del derecho a la salud (artículo 32), de la organización social y política (artículo 96), del deber de promover conocimiento y saberes ancestrales (artículo 387), del sistema económico (artículo 283), un límite al endeudamiento público (artículo 290); es una responsabilidad de las personas (artículo 83.7).

105. La Constitución no define al *sumak kawsay*, pero nos ofrece algunos elementos para poder comprenderlo. Así, en el artículo 275, establece que requiere el ejercicio de derechos y responsabilidades, interculturalidad, respeto a la diversidad y convivencia armónica con la naturaleza. Una de las formas posibles para comprender el contenido y

alcance del *sumak kawsay*, por ser el Ecuador un Estado plurinacional e intercultural, es el saber indígena.⁷⁰

106. Uno de los principios que sustentan el *sumak kawsay* es el de relacionalidad. Por este principio, la vinculación entre todos los componentes de la realidad permite la vida, como un tejido: *“el ser humano no es más que una hebra del tejido cósmico; es un elemento más del sistema de vida. Todos los seres vivos son elementos esenciales del tejido cósmico que es la vida. La misión del ser humano es el mantenimiento de las relaciones y del equilibrio que generan la vida.”*⁷¹

107. Otro principio que se deriva del *sumak kawsay* es el de reciprocidad, por el que una persona tiene correspondencia mutua con otra y debe dar o recibir según sea la situación. En palabras de una mujer indígena, *“en la cosmovisión indígena, se entabla una relación de respeto mutuo.”*⁷² Toda vida, como la *Pachamama*, porque abriga, alimenta, da trabajo, brinda alegría, *“hay que cuidarla, hay que quererla”*.⁷³

108. La relacionalidad y la reciprocidad, como se puede apreciar, requiere el cuidado de una persona frente a otra.

109. Desde la mirada del *sumak kawsay* no es difícil entender que la Constitución haya relacionado los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) al buen vivir. Por ejemplo, el derecho a la alimentación puede satisfacerse con comer y dar de lactar, pero es mucho mejor ejercido si es que se lo hace con cuidado; el derecho a la salud puede satisfacerse con medicamentos, pero es mucho mejor ejercido si es que se lo hace con cuidado; el derecho a la educación puede satisfacerse con ir a una escuela y tener libros, pero es mucho mejor ejercido si es que se lo hace con cuidado. Igual sucede si es que se trata de los derechos de la naturaleza y de todos los seres que la conforman. Una planta o un animal tiene derecho a existir, pero lo hace mejor si goza del cuidado de quienes le rodean.

⁷⁰ Véase Nina Pacari, *“Sumak Kawsay para que tengamos vida”*; Luis Macas, *“Sumak Kawsay. La vida en plenitud”*; Ariruma Kowii, *“El Sumak Kawsay”*, Luis Maldonado, *“El Sumak Kawsay/Buen Vivir/Vivir Bien. La experiencia de la República del Ecuador”*, Floresmilo Simbaña, *“El Sumak Kawsay como proyecto político”*; todos estos ensayos en Antonio Luis Hidalgo-Capitán, Alejandro Guillén García, Nancy Déleg Guazha (editores), *Antología del pensamiento indigenista ecuatoriano sobre Sumak Kawsay*. Huelva: CIM/FIUCUHU/Pydlos, 2014; Raúl Llasag, *“El sumak kawsay y sus restricciones constitucionales”*, en *Foro Revista de Derecho N. 12*. Quito: UASB-Ecuador, 2009; Alberto Acosta, *Buen vivir Sumak Kawsay. Una oportunidad para imaginar otros mundos*, Quito: Abya Yala, 2012. La Corte, con esta invocación al saber indígena no pretende idealizar el mundo indígena, en el que, como en otros espacios sociales, también existen estructuras patriarcales, discriminación y hasta violencia contra la mujer.

⁷¹ Luis Maldonado, *“El Sumak Kawsay/Buen Vivir/Vivir Bien. La experiencia de la República del Ecuador”*, en Antonio Luis Hidalgo-Capitán y otros, *Antología del pensamiento indigenista...* p. 203.

⁷² Nina Pacari, *“Sumak Kawsay para que tengamos vida”*; Luis Macas, *“Sumak Kawsay. La vida en plenitud”*, en Antonio Luis Hidalgo-Capitán y otros, *Antología del pensamiento indigenista...*, 2014, p. 131.

⁷³ Blanca Chancosa, *“El Sumak Kawsay desde la visión de la mujer”*, en Antonio Luis Hidalgo-Capitán y otros, *Antología del pensamiento indigenista...*, p. 225.

110. La Constitución, en su artículo 11 (7), reconoce las fuentes de los derechos. Toda persona tiene los derechos que están i) enumerados en la Constitución, ii) enumerados en instrumentos internacionales de derechos humanos, iii) derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades. El cuidado, como se ha podido apreciar en los párrafos que anteceden, consta en la Constitución, en algunos instrumentos internacionales de derechos humanos y en diversas concepciones, entre ellas, la cosmovisión indígena.

111. Por todas estas razones, el sistema jurídico ecuatoriano reconoce de forma inequívoca el derecho al cuidado.

3.3. Los elementos del derecho al cuidado

112. El derecho al cuidado, como cualquier otro derecho reconocido constitucionalmente, tiene tres elementos: i) el o la titular; ii) el contenido y alcance del derecho y iii) el sujeto obligado.

i. El o la titular del derecho al cuidado

113. El o la titular del derecho al cuidado es cualquier persona, sea esta un ser humano o la naturaleza.

114. El derecho al cuidado es un derecho universal. En consecuencia, no cabe una concepción que restrinja el derecho exclusivamente a las personas que no gocen de la autonomía suficiente para cuidarse por sí mismas, como podrían ser las personas recién nacidas, los adultos mayores, ciertas personas enfermas o con discapacidad. Tampoco se trata de un derecho particularísimo de las mujeres⁷⁴ sino de cada persona.

115. El cuidado alude a una necesidad humana, ya que todas las personas necesitan cuidados de otros a lo largo del ciclo vital. Sin embargo, se reconoce que hay períodos en que estas necesidades son más imprescindibles para la sobrevivencia, sobre todo al comienzo y al final de la vida, aunque a lo largo de toda la vida se necesita de cuidados cotidianos frente a situaciones que podrían producir limitaciones a la autonomía⁷⁵.

116. En ciertos casos el cuidado puede ser ejercido por el o la titular (*derecho al autocuidado*); en otras circunstancias, el cuidado constituye una obligación y responsabilidad para otras personas, entidades o el Estado (*derecho a ser cuidado*).

⁷⁴ El sistema patriarcal y capitalista se ha encargado de reforzar la idea de que el cuidado únicamente recae en las mujeres, imposibilitando el ejercicio de un cuidado en sociedad, comunitario, integral, compartido, desde el cuidado a la naturaleza, por ejemplo.

⁷⁵ Rosario Aguirre Cuns, *La política de cuidados en Uruguay: ¿un avance para la igualdad de género?*, p. 805.

117. Las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia pueden, dependiendo de su circunstancia, ejercer el derecho al autocuidado, cuidar y ser cuidadas.

118. Cuando las mujeres embarazadas ejercen el derecho al autocuidado, las personas y las entidades públicas no deben obstaculizar su ejercicio. Cuando las mujeres embarazadas requieran ser cuidadas, de acuerdo con sus circunstancias, deberá respetarse su dignidad y decisiones.

ii. El contenido y alcance del derecho al cuidado

119. Un derecho reconocido, como en el presente caso el derecho al cuidado, permite a una persona o grupo de personas hacer o no hacer algo, y reclamar a terceros (funcionarios públicos o particulares) que hagan o no hagan algo. El o la titular, en base a un derecho reconocido en la Constitución, en los instrumentos internacionales de derechos humanos o derivado de la dignidad, puede tener una expectativa positiva (acción) y negativa (omisión) por parte de un sujeto que tiene obligaciones correlativas al derecho. El derecho otorga poder a su titular y condiciona o restringe el accionar de la persona o entidad obligada, sea estatal o privada. Finalmente, el reconocimiento de un derecho permite a su titular, cuando considera que éste se ha violado, reclamarlo judicialmente vía mecanismos de protección de derechos (garantías jurisdiccionales).

120. Los cuidados como derecho y como política pública apelan a la corresponsabilidad social como principio para superar la feminización de los cuidados, para la construcción de masculinidades basadas en el respeto a la diversidad y la participación en roles distintos a los tradicionales, para la reducción de la pobreza y la desigualdad.

121. El derecho al cuidado refiere a las actividades que una persona requiere para ejercer derechos y reproducir la vida, mediante la construcción y el fortalecimiento de vínculos y condiciones para realizar el *sumak kawsay*.

122. Las obligaciones positivas exigen que la persona, entidad o el Estado ofrezcan las condiciones necesarias para el ejercicio del derecho al cuidado, como prestaciones monetarias, servicios, licencias y políticas de tiempo, dado que se necesita tiempo para cuidar, dinero para cuidar y/o servicios de cuidado⁷⁶. Las obligaciones negativas exigen que las personas se abstengan de obstaculizar el ejercicio del derecho al cuidado, como impedir que las mujeres den de lactar, obstaculizar que los hombres ejerzan su rol de cuidado, interrumpir arbitrariamente el cuidado.

⁷⁶ Arme Lise Ellingstaeter, “Dual Breadwinners between State and Market”, en Crompton, Rosemary (ed.), *Restructuring gender relations and employment. The decline of the male breadwinner*, Oxford-New York, Oxford University Press, 1999.

123. El cuidar implica, de acuerdo con las circunstancias de cada persona, el derecho a cuidar, a ser cuidado y a cuidarse.

124. Por el *derecho a cuidar* una persona cuenta con el tiempo necesario y suficiente para desarrollar vínculos con otra que necesita cuidado. El derecho a cuidar es una manifestación de respeto, consideración, y empatía a otra persona o ente vivo.

125. Por el *derecho a ser cuidado*, una persona requiere ser atendida en relación con una necesidad por carecer de autonomía, tener su autonomía disminuida o no contar con las condiciones para ejercer el autocuidado. Este derecho es evidente en casos de personas recién nacidas, adultos mayores, personas que tienen cierto tipo de discapacidad o personas con ciertas enfermedades. Esto no significa de modo alguno que el cuidado es un derecho particular de esas personas.

126. Las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia no carecen de autonomía, no tienen autonomía disminuida ni son incapaces de ejercer el autocuidado. Sin embargo, pueden existir situaciones, por complicaciones en el embarazo, por salud física o emocional, que las mujeres requieran ejercer el derecho a ser cuidado. Lo cual, por ejemplo, implica la creación de condiciones y espacios en atención a sus necesidades especiales.

127. Por el *derecho a cuidarse o autocuidado*, una persona tiene la autonomía y la capacidad suficiente para ejercer el derecho al cuidado por sí misma, atiende sus necesidades básicas para sobrevivir y realizar el *sumak kawsay*.

128. El derecho al cuidado debe ser activo, integral, recíproco y, cuando se trata de casos que requieran el concurso de varios saberes, interdisciplinario⁷⁷ e intercultural.

iii. El obligado u obligada

129. El obligado u obligada es cualquier persona que, en relación con responsabilidades establecidas por acuerdo o por el sistema jurídico, debe cuidar. La obligación en general del cuidado no distingue entre hombres o mujeres, ámbitos públicos o privados.

130. Un principio importante que contribuye a esclarecer las obligaciones de cuidado, es el de *corresponsabilidad*. La corresponsabilidad refiere a la responsabilidad que tiene cada uno de los sujetos con relación al cuidado. En primer lugar, está cada una de las personas con el cuidado a sí mismo (*autocuidado*). En segundo lugar, están quienes tienen obligaciones (por el principio de reciprocidad), como el padre y madre con relación a sus hijas e hijos, la mujer o el hombre en relación con su cónyuge o pareja. Un tercer lugar corresponde a los miembros del espacio en el que se

⁷⁷ Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores, Artículo 2.

desenvuelven cotidianamente las personas, como la familia, el lugar de trabajo o de educación. Un cuarto lugar es la sociedad o comunidad, el barrio, el condominio, la familia ampliada, las organizaciones sociales. En quinto lugar está el Estado, y acá pueden existir varios niveles: nacional, provincial, cantonal, parroquial.⁷⁸

131. El Estado, mediante todos los medios que sean posibles y necesarios, debe universalizar el ejercicio del derecho y de la obligación de cuidar para que lo ejerzan, en igualdad de condiciones, tanto los hombres como las mujeres.⁷⁹

3.4. El derecho al cuidado de las mujeres embarazadas y en período de lactancia en el contexto laboral

La titular

132. Las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia tienen derecho al cuidado en el ámbito laboral. El derecho al cuidado permite aglutinar todas las obligaciones que se derivan del derecho a tomar decisiones sobre la salud y vida reproductiva, a la intimidad, al trabajo sin discriminación, a la protección especial y a la lactancia materna. El reconocimiento de la titularidad al derecho al cuidado no debe entenderse como una forma de disminución de autonomía o capacidad sino como una forma de protección especial.

El obligado u obligada

133. La obligación de generar el ambiente de cuidado y cuidar, cuando las mujeres embarazadas o en periodo de lactancia lo requieran, en contextos laborales, corresponde al empleador o empleadora, al personal de talento humano y a las personas que trabajan en ese lugar.

Las obligaciones generales

134. El Estado tiene la obligación de proteger a las mujeres embarazadas, en maternidad o en periodo de lactancia en el contexto laboral, de acuerdo con varias normas constitucionales, entre ellas está la prohibición de discriminación por embarazo en el ámbito laboral (artículo 43.1), el garantizar igual remuneración a trabajo de igual

⁷⁸ La Corte Constitucional Colombiana ha desarrollado el concepto de corresponsabilidad entre el Estado y los padres y dijo que “*Las responsabilidades compartidas conducentes a garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes donde la familia, la sociedad y el Estado son corresponsables en su atención, cuidado y protección, bajo el manto del principio de solidaridad y siendo el Estado el principal garante de su bienestar, en relación con la falta de protección frente al incumplimiento de los deberes del padre, pasando por alto las obligaciones parentales y no otorgar medidas de apoyo.*”. En Corte Constitucional de Colombia, T-468/18, numeral 9.6 disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-468-18.htm>.

⁷⁹ Laura Pautassi, *El cuidado como cuestión social desde un enfoque de derechos*, Santiago de Chile: CEPAL, 2007, pp. 35-36.

valor, promover ambientes adecuados de trabajo que garanticen su salud, integridad, seguridad, higiene y bienestar (artículo 326), garantizar un salario digno que cubra las necesidades básicas de la trabajadora y las de su familia (artículo 328), garantizar la remuneración equitativa, a la adopción de medidas necesarias para eliminar las desigualdades, la prohibición de discriminación, acoso o violencia (artículo 331) y la prohibición del despido asociado a su condición de embarazo y maternidad o discriminación vinculada con roles reproductivos (artículo 332).

Obligaciones durante el embarazo

135. Con independencia de la situación laboral de las mujeres, las personas obligadas al cuidado, *durante el embarazo*, deben al menos:

- a. Tratar a las mujeres con dignidad.
- b. Permitir el acceso a todo servicio de salud que sea necesario. Todas las mujeres deberían realizar como mínimo ocho visitas a un profesional de la salud, recomendando su primer contacto a las 12 semanas de embarazo, y los contactos posteriores a las 20, 26, 30, 34, 36, 38 y 40 semanas de embarazo.⁸⁰ Situación que podrá variar dependiendo del tipo de embarazo de cada mujer.
- c. Adaptar el espacio físico para que sea un ambiente seguro, adecuado y de fácil acceso.
- d. Tomar medidas administrativas para prevenir, investigar y sancionar cualquier tipo de estigmatización, acoso o discriminación por su condición.
- e. Atender cuando la mujer tenga algún tipo de dolor o malestar, en el caso de que lo solicite.
- f. No interferir en la vida íntima y en las decisiones relacionadas con la salud reproductiva de las mujeres.
- g. Brindar la atención emergente, que puede incluir traslados a hospitales o centros de salud, si fuere necesario.
- h. Respetar los horarios de alimentación y promover la hidratación adecuada.
- i. Evitar exposición a sustancias químicas, vapores tóxicos, radiación o cualquier otra situación semejante que afecte a su salud.
- j. Promover pausas activas.
- k. Evitar exigencias físicas inadecuadas.
- l. Asegurar el acceso y uso al baño sin limitaciones.
- m. Evitar horarios de trabajo inadecuados: facilitar otras modalidades de trabajo.

Obligaciones durante el parto y puerperio

⁸⁰ Este tipo de atención puede reducir las muertes perinatales hasta en 8 por cada 1000 nacimientos. “La OMS señala que las embarazadas deben poder tener acceso a una atención adecuada en el momento adecuado”, 7 de noviembre de 2016, párr. 6, <https://www.who.int/es/news-room/detail/07-11-2016-pregnant-women-must-be-able-to-access-the-right-care-at-the-right-time-says-who>.

136. El parto es un proceso sensible a la influencia de cuestiones tales como temperatura, luz, olores, posturas corporales y muchas otras sensaciones; para que el parto fluya con seguridad, se requiere de condiciones que permitan a las mujeres sentirse seguras, protegidas, respetadas, estimuladas⁸¹ y empoderadas. El puerperio es el periodo de tiempo que va desde el momento en que el útero expulsa la placenta hasta un límite variable, generalmente seis semanas, en que vuelve a la normalidad el organismo femenino.

137. El cuidado hacia las mujeres durante esta etapa es importante para que puedan adaptarse psicológica y emocionalmente a la nueva situación, para crear vínculos con la persona recién nacida, para adaptarse a la lactancia si así lo deciden o al periodo de alimentación del niño o niña⁸², y principalmente para escuchar y fortalecer su cuerpo y mente ante los nuevos cambios. El no considerar el cuidado durante esta etapa podría, si fuere el caso, intensificar *“la depresión posparto, que ocurre en casi el 15% de los partos o la tristeza posparto, que afecta hasta a un 80% de las madres”*⁸³.

138. Las personas obligadas al cuidado, *durante el parto y puerperio*, deben garantizar de acuerdo con la ley un periodo de descanso remunerado de doce (12) semanas por licencia de maternidad y de diez días por paternidad.⁸⁴ En caso de nacimientos múltiples el tiempo se extenderá al menos por 10 días más para la madre y al menos 5 días para el padre. La norma más reciente de la OIT, el Convenio 183 sobre la duración de la licencia de maternidad, exige un periodo de catorce (14) semanas como mínimo.

139. Los hombres también deben participar y compartir equitativamente el cuidado de los niños y niñas durante el puerperio y lactancia. Para ello, el Estado debe formular políticas adecuadas que permitan equilibrar mejor las responsabilidades laborales y familiares entre hombres y mujeres. Una de las medidas para lograr este equilibrio es mediante el fortalecimiento de la licencia de paternidad, para que los padres que trabajan compartan las responsabilidades de cuidado con las mujeres. De ahí la importancia de incrementar el tiempo de esta licencia, eliminar los estereotipos de género, promover la toma de conciencia de la paternidad como un valor y una responsabilidad de carácter social, y garantizar que el permiso sea efectivamente dedicado al cuidado compartido⁸⁵.

140. La licencia de paternidad está reconocida en la legislación ecuatoriana, y consiste en un periodo muy breve de tiempo (10 días) que se concede al padre después del nacimiento de su hija o hijo, para ejercer roles de cuidado. De acuerdo a la OIT, *“los*

⁸¹ Gloria Lemay, *La naturaleza de parir y nacer*, p. 2.

⁸² OIT, *Kit de Recursos sobre la Protección de la Maternidad*, p. 29.

⁸³ OIT, *Kit de Recursos sobre la Protección de la Maternidad*, p. 29.

⁸⁴ LOSEP, artículo 27.

⁸⁵ Conferencia Internacional del Trabajo, *Resolución para recuperarse de la crisis: Un Pacto Mundial para el Empleo*, 2009, p. 11.

padres que hacen uso de la licencia inmediatamente después del parto, tienen más probabilidades de interactuar con sus hijos/as pequeños/as, generando impactos positivos sobre la igualdad de género en el hogar y en el trabajo... ”⁸⁶.

141. Por otro lado, el hecho de que a las mujeres se les reconozca más tiempo para el cuidado (12 semanas) y a los hombres menos tiempo (10 días), constituye una forma de reforzar el rol de cuidado a las mujeres, reafirmar estereotipos de género, preservar la desigualdad en los roles de cuidado, y dificultar la reincorporación y permanencia de las mujeres en el mercado laboral.

142. En efecto, la LOSEP establece que “*d) Por paternidad, el servidor público tiene derecho a licencia con remuneración por el plazo de diez días contados desde el nacimiento de su hija o hijo cuando el parto es normal; en los casos de nacimiento múltiple o por cesárea se ampliará por cinco días más*”. Esta norma, al establecer un período de tiempo inferior al determinado para la madre, hace una distinción que, si el hombre ejercería un rol de cuidado equitativo con la mujer, sería discriminatoria.

143. De igual modo, la legislación debería reconocer y regular la situación de la madre y el padre adoptantes, de acuerdo a las necesidades y particularidades de su situación.

144. La Corte considera que la forma más adecuada para realizar el cambio normativo relacionado con el tiempo y más garantías para el cuidado es mediante reforma legislativa.

145. La licencia al padre para promover la participación de los hombres en las responsabilidades familiares de cuidado, requiere promoción, protección y fortalecimiento. Además, para que sea efectiva, requiere que se garantice que el tiempo que se destine sea efectivamente al cuidado de niños y niñas y que se lo comparta equitativamente con la mujer. Si el hombre, por cualquier razón, no tiene condiciones para ejercer el cuidado o se verifica que ha incumplido el tiempo para el cuidado, la autoridad competente podrá tomar medidas para corregir el tiempo destinado al cuidado.

146. Por otro lado, las madres y padres adoptivos, cuentan únicamente con 15 días de licencia remunerada desde que llega su hijo o hija⁸⁷. En ese mismo sentido, la norma no toma en consideración el cuidado especial de los recién nacidos o recién adoptados, lo cual resultaría discriminatorio. Por lo que esta Corte considera indispensable equiparar su tiempo de licencia de cuidado al de las madres y padres biológicos, siempre y cuando los hijos o hijas se encuentren dentro del rango de edad de recién nacido hasta el año tres meses y dos semanas o requiera un período de adaptación.

⁸⁶ OIT, *La maternidad y la paternidad en el trabajo, la legislación y la práctica en el mundo*, p. 7.

⁸⁷ LOSEP, Artículo 27 (g).

147. Por lo expuesto, esta Corte considera que, para garantizar la corresponsabilidad, proteger el derecho al cuidado y eliminar la brecha de género, la Asamblea Nacional deberá legislar sobre la ampliación de la licencia de paternidad para el cuidado, de ser posible y progresivamente equiparable con la licencia para la madre, la ampliación de la licencia para madres y padres adoptivos, las condiciones para su ejercicio, los supuestos en los que no sería posible ejercer este derecho (como el caso de violencia doméstica o suspensión de patria potestad), las formas de garantizar que el tiempo de licencia sea efectivamente destinado al cuidado, las consecuencias por incumplimiento de los roles de cuidado, de ser el caso mediante sanciones adecuadas y proporcionales, y más circunstancias que se creyeren necesarias, observando los derechos desarrollados en esta sentencia.

148. Esta reforma para que sea efectiva no debe tomarse de forma aislada. Al mismo tiempo los departamentos de talento humano de las entidades estatales deberán promover progresivamente el rol de cuidado y garantizar que sea efectivamente cumplida. Para el efecto, bajo la coordinación y dirección de los órganos rectores encargados del trabajo, de la inclusión y los Consejos Nacionales para la Igualdad, se establecerán mecanismos de supervisión, que aplicarán los correctivos y sanciones que fueren pertinentes.

Obligaciones durante la lactancia

149. El periodo de lactancia o alimentación a la persona recién nacida podría requerir tiempo, asesoría por especialistas de la salud, acompañamiento y aprendizaje constante para mujeres y hombres. Las mujeres deben tener acceso a información para tomar decisiones sobre la lactancia⁸⁸ y apoyo para que ésta se realice en condiciones adecuadas, y no sentir culpabilidad en caso de decidir no dar de lactar.

150. Las personas obligadas al cuidado, *durante la lactancia*, deben:

- a. Permitir el inicio inmediato de la lactancia materna en la primera hora de vida.
- b. Brindar las condiciones para que la nutrición de las personas recién nacidas sea mediante lactancia materna durante los seis (6) primeros meses, si fuere posible y las mujeres así lo decidan.
- c. Permitir la introducción de alimentos complementarios seguros y nutricionalmente adecuados a partir de los seis (6) meses, continuando la lactancia materna hasta los dos años o más⁸⁹, en caso de ser posible y siempre que las mujeres así lo decidan.

⁸⁸ OPS, *Cuantificación de los beneficios de la lactancia materna: reseña de evidencia*, 2002, p. 12.

⁸⁹ OMS, “Alimentación del lactante y del niño pequeño”, 16 de febrero de 2018, párr. 10, <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/infant-and-young-child-feeding>.

- d. Alentar a las nuevas madres y padres con una actitud positiva, reconocer que los primeros meses de maternidad y paternidad son especiales y requieren de mutuo cuidado y apoyo.
- e. Apoyar a la madre que necesita tiempo y flexibilidad para dar de amamantar o alimentar a la persona recién nacida, y al padre para que pueda ser corresponsable y cuidar a la persona recién nacida. Un ejemplo de cuidado compartido podría ser la recolección y almacenamiento de leche materna para que el padre pueda alimentar al recién nacido.⁹⁰
- f. Garantizar el permiso para el cuidado de la persona recién nacida por dos horas diarias durante doce (12) meses a partir de que haya concluido la licencia de maternidad.⁹¹
- g. Disponer las facilidades para el periodo de lactancia, tanto de tiempo como de espacio.
- h. Disponer que los hombres asuman responsabilidades de cuidado obligatorias, garantizando la licencia de paternidad sin interrupciones por parte del empleador o empleadora.
- i. Investigar y sancionar a las personas que obstaculicen, restrinjan o impidan la lactancia materna o el ejercicio del derecho al cuidado.

La notificación del embarazo

151. La protección especial para las mujeres embarazadas comienza el momento mismo del embarazo. Las obligaciones de cuidado comienzan con la notificación del embarazo, para que los obligados ejerzan su rol de cuidado cuando las mujeres lo requieran o sus circunstancias de salud así lo ameriten. El conocimiento del embarazo de las trabajadoras no es requisito para establecer si existe o no protección especial, sino para determinar la obligación de los deberes de cuidado. La falta de conocimiento imposibilita el ejercicio del rol de cuidado al empleador o empleadora⁹².

152. La mujer embarazada para ejercer el derecho al cuidado en el trabajo deberá notificar tan pronto tenga conocimiento del embarazo. La notificación deberá realizarse a la persona encargada del talento humano, quien comunicará al jefe inmediato y a las personas del trabajo para efectos de cumplir con sus obligaciones de cuidado, si es que así lo deseara la mujer. En caso de que la mujer solicite confidencialidad, el empleador o empleadora garantizará este derecho hasta que la mujer lo decida. En cuanto a la forma de notificación, si es que la mujer no lo hiciera por escrito a talento humano, esta podrá realizarse por cualquier otro medio disponible.

⁹⁰ De acuerdo a las guías de almacenamiento de leche materna de la UNICEF la leche materna puede durar de 4 a 6 horas en temperatura ambiente, 4 días refrigerada y de 4 a 6 meses congelada. Se recomienda etiquetar las fechas de extracción y usar la leche más antigua.

⁹¹ LOSEP, Artículo 33.

⁹² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU 070.

153. La falta de notificación por parte de las mujeres embarazadas no acarrea responsabilidad alguna para ellas.

El ambiente laboral

*...me congelaron...porque no tenía ninguna función...Me habían puesto en una oficina en la que no tenía aire acondicionado, era una oficina que era una bodega...no tenía un escritorio ni una silla y querían que trabaje en ese ambiente...tuve que ser intervenida en el hospital por causa del estrés y porque no pude dar de lactar normalmente a mi hijo...⁹³
MARÍA*

154. Para que las mujeres embarazadas puedan ejercer todos sus derechos, el espacio laboral debe ser un ambiente de cuidado, que compatibilice lo más posible el embarazo y la lactancia con el trabajo, en el que las mujeres puedan sentirse seguras, protegidas, tratadas con dignidad y puedan alcanzar el *sumak kawsay* y en el que los hombres puedan ejercer la corresponsabilidad en el cuidado.

155. Si el espacio físico o las tareas encomendadas a las mujeres embarazadas pudieren ocasionar algún riesgo o incompatibilidad con el embarazo o lactancia, se deberá disponer la adecuación de tareas, del espacio físico o la reubicación temporal, si fuere posible. Siempre con igual o mejor remuneración que la percibida.

156. Las entidades públicas brindarán el apoyo necesario para permitir que los padres y madres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades de trabajo.

157. Los ambientes laborales que provocan inseguridad, reproducen estereotipos, generan inestabilidad, degradación, y que afectan a la integridad física y emocional de la mujer, tal como ubicarlas en lo que, varias accionantes en los casos sujetos a revisión, describen como “*congeladoras*”, es contrario a un ambiente laboral de cuidado.

158. Los entes rectores de las políticas de trabajo, inclusión e igualdad, a través de mecanismos de participación efectiva en los cuales se escuche a organizaciones de mujeres, sindicatos, academia y personas expertas en el tema, elaborarán e implementarán de forma progresiva y participativa un “Modelo de Ambientes Laborales para el Cuidado” que incluya los indicadores desarrollados más adelante en esta sentencia y que sean necesarios para verificar el cumplimiento del derecho al cuidado dentro del ámbito de la negociación colectiva.

Los lactarios

⁹³ Versión de María Cristina Espinosa Salguero, audiencia pública, 31 de enero de 2020.

...tenía que sacarme la leche en el baño...y como no tenía tiempo era, o comer, o sacarme la leche, por tanto era lógico que una de las dos cosas iba a faltar.⁹⁴
MARÍA

...tenía que estar o parada o sentada ahí en un inodoro sacándose la leche...⁹⁵
GISSELA

159. Actualmente las instituciones públicas, en su gran mayoría, no cuentan con lugares adecuados para dar de lactar, para extraer la leche materna o para alimentar al niño o niña. Como se escuchó en la audiencia pública ante esta Corte, muchas mujeres acuden a los baños de las instituciones en sus horas de almuerzo para amamantar o extraer su leche. Esto constituye un trato indigno y además insalubre. Ninguna persona se alimentaría en un servicio higiénico. El sentido común no lo permite. En el Ecuador esto sucede porque no existen lugares adecuados para la lactancia.

160. Las instituciones públicas deberán disponer lugares dignos, específicos y condicionados para la lactancia, extracción y conservación de la leche materna, que se denominan “*lactarios*”. En los lugares donde trabajen mujeres en edad fértil⁹⁶ se implementarán lactarios conforme las normas para la implementación y funcionamiento de lactarios del Ministerio de Salud Pública y las normas que rigen el servicio público.⁹⁷

161. El órgano rector de la inclusión en coordinación con el órgano rector de la Salud deberá promover y garantizar que cada entidad estatal, a nivel nacional y en los gobiernos locales inviertan en adecuación para lactarios para que progresivamente toda institución pública cuente con un lactario en el plazo de dieciocho meses. Para el efecto, cada año, el órgano rector de inclusión deberá elaborar y publicar el “Informe de lactarios y cuidado en el trabajo”. Este informe deberá contener la política nacional sobre cuidado, los indicadores y las actividades encaminadas al cumplimiento progresivo del derecho al cuidado.

Los centros de cuidado diario o guarderías

162. Una de las formas de prestar las condiciones para conciliar el trabajo con el cuidado es contar con la posibilidad de tener cerca a la persona que requiere cuidado, tanto para el hombre como para la mujer que tiene bajo sus responsabilidades cuidar al hijo o hija. Estos espacios se los conoce como centros de cuidado diario o guarderías.

⁹⁴ Versión de María Cobo Suárez, audiencia pública, 31 de enero de 2020.

⁹⁵ Versión de Gissela Flores abogada de Cristina Flores Calvopiña, audiencia pública, 31 de enero de 2020.

⁹⁶ Estándar señalado por el Ministerio de Salud Pública del Ecuador, en “*Normas para la implementación y funcionamiento de lactarios institucionales en los sectores público y privado en el Ecuador*”, p. 9.

⁹⁷ LOSEP, artículo 23 (p); Reglamento de la LOSEP, artículo 240.

163. La LOSEP ya ha reconocido el derecho del servidor o servidora pública a contar con un lugar de cuidado infantil: *“Mantener a sus hijos e hijas, hasta los cuatro años de edad, en un centro de cuidado infantil pagado y elegido por la entidad pública”*⁹⁸. El Reglamento extiende este derecho hasta los cinco años de edad.

164. Los servicios de cuidado infantil podrán ser ofrecidos por la propia entidad o, cuando el servicio sea accesible por la cercanía al lugar de trabajo, por entidades del sector público, tales como el Instituto de la Niñez y la Familia o Centros de cuidado diario infantil, creados o que se creen y manejados directamente por las instituciones del sector público. Si no fuere posible, la entidad pública podrá realizar acuerdos con centros de cuidado infantil privado que se encuentren cerca del lugar de trabajo y ofrezcan las condiciones adecuadas para el servicio. Podrán realizarse convenios entre dos o más instituciones para que se utilicen las instalaciones de una institución por parte de las o los hijos o hijas de las o los servidores que laboren en otra institución. En el caso de que sean servidores públicos en dos instituciones diferentes, tanto el padre, como la madre de las niñas y niños, podrán beneficiarse con este servicio en una de las dos instituciones por cada hija o hijo, de tal manera que el beneficio no se duplique.

165. Los centros infantiles públicos o privados que proporcionen el servicio de cuidado diario, deberán cumplir con todas las disposiciones del organismo que regule este tipo de establecimientos, así como haber obtenido la autorización de funcionamiento correspondiente, de tal manera que se pueda garantizar los planes pedagógicos y de cuidado, la infraestructura, implementos y materiales adecuados, así como el personal especializado y capacitado para brindar atención y estimulación, acorde a las edades de las niñas y niños, y cuidar que la alimentación que se brinde mantenga los estándares óptimos para un adecuado desarrollo y la buena nutrición de las niñas y niños.

166. Las instituciones recibirán las solicitudes de las o los servidores para acceder a este beneficio. Las entidades públicas deberán realizar la debida planificación presupuestaria para garantizar este derecho.

167. En caso de que una institución no cuente con los servicios necesarios, podrá pagarse en dinero a la servidora o servidor, hasta los montos máximos establecidos por el ministerio encargado de las relaciones laborales, y previo el respectivo dictamen favorable del Ministerio encargado de la economía y finanzas del Estado, por cada hija o hijo que tengan hasta que cumpla los 5 años, independientemente de la modalidad de trabajo y la compensación del cuidado⁹⁹.

3.5. Las modalidades de trabajo en el sector público

⁹⁸ LOSEP, artículo 23 (p).

⁹⁹ Reglamento LOSEP, artículo 240.

168. De los casos seleccionados, se identifica que todas las mujeres trabajaban, al momento de los hechos, en instituciones del sector público bajo las siguientes modalidades: i) contratos de servicios ocasionales, ii) nombramientos provisionales, y iii) cargos de libre nombramiento y remoción.

169. La Corte considera que los contratos ocasionales, los nombramientos provisionales y los cargos de libre remoción no deben cambiar de naturaleza jurídica, sino que tienen un régimen especial debido al derecho a la protección especial, a la no discriminación y al derecho cuidado que tienen las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia.

Contratos de servicios ocasionales

170. Los contratos de servicios ocasionales son aquellos que se crean debido a una necesidad institucional no permanente a través de una partida presupuestaria y de la disponibilidad de recursos económicos.¹⁰⁰

171. Las instituciones públicas han aplicado como regla común la contratación de personal bajo esta modalidad, situación que no permite a los trabajadores y trabajadoras alcanzar estabilidad y permanencia en la institución. En ese sentido, si bien el objeto de este contrato es responder a una necesidad institucional temporal y excepcional, la Corte Constitucional ha sostenido que mantener al trabajador o trabajadora bajo esta modalidad por un tiempo indefinido pasado el año, da a entender que la necesidad institucional ya no es temporal, sino permanente.¹⁰¹ Por ello, el abuso de esta modalidad de contratación constituye una forma de precarización laboral.

172. Respecto a las mujeres embarazadas o en periodo de lactancia que se encuentran dentro de este tipo de contratos, la Corte ha determinado que prima su situación especial ante cualquier necesidad administrativa, que el plazo del contrato durará hasta el fin del período fiscal en que concluya su periodo de lactancia¹⁰², que la no renovación del contrato vulnera su derecho a la no discriminación, que estos contratos no tienen un máximo de duración¹⁰³, que la no renovación o terminación anticipada del contrato vulnera el derecho a la igualdad y no discriminación de las mujeres¹⁰⁴, que la no renovación en permiso de maternidad vulnera el derecho al trabajo¹⁰⁵, y que el contrato

¹⁰⁰ LOSEP, artículo 58.

¹⁰¹ Corte Constitucional, Sentencia No. 048-17-SEP-CC.

¹⁰² Esta regla se aplica ya que los contratos ocasionales tienen duración de 1 año fiscal. Es decir, si a una persona bajo esta modalidad le contratan en febrero de 2020, su contrato finalizará en diciembre de 2020. En el caso de mujeres en estado de gravidez, la lógica de la estabilidad laboral es proteger a la mujer cuando da a luz, con 3 meses de maternidad y 9 de lactancia. Si en el mismo caso, le contratan a una mujer embarazada en febrero de 2020, su contrato no terminará en diciembre de 2020, sino al finalizar el año fiscal en que concluya su período de lactancia.

¹⁰³ Corte Constitucional, Sentencia No. 048-17-SEP-CC.

¹⁰⁴ Corte Constitucional, Sentencias No. 309-16-SEP-CC y 263-18-SEP-CC.

¹⁰⁵ Corte Constitucional, Sentencias No. 048-17-SEP-CC y 138-SEP-CC.

ocasional con las mujeres embarazadas o en periodo de lactancia se entiende vigente hasta el fin del año fiscal en que terminó el periodo de lactancia.¹⁰⁶

173. La jurisprudencia de la Corte ha recogido importantes regulaciones que lograron el objetivo de brindar protección a las mujeres embarazadas trabajadoras con contratos de servicios ocasionales. Sin embargo, la Corte, por brindar protección a las mujeres embarazadas, terminó desnaturalizando este tipo de contratos y estableciendo regulaciones de excepción. El contrato no tiene que cambiar de naturaleza jurídica, sino que las exigencias de protección a las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia requiere consideraciones especiales de acuerdo a los mandatos constitucionales y al derecho al cuidado. Por otro lado, sin mayor explicación, la Corte consideró que el contrato de servicios ocasionales debía extenderse hasta la finalización del periodo fiscal en que terminó el año de lactancia.¹⁰⁷ Este tipo de límite a la protección generó innecesariamente una situación de trato diferenciado que podría ser discriminatorio. Estando en igualdad de condiciones dos mujeres en periodo de lactancia con el mismo tipo de contrato (comparabilidad), reciben un trato diferenciado por el tiempo en que termina el contrato (categoría diferenciadora) y terminan teniendo un trato desigual (resultado).¹⁰⁸ Si es que el periodo de lactancia concluye en enero el beneficio hasta el final de periodo fiscal sería de once meses; en cambio, si la lactancia termina en noviembre, el beneficio sería de un mes.

174. Por lo expuesto, esta Corte se aleja de la mencionada regla jurisprudencial¹⁰⁹ específicamente en cuanto a la modificación del contrato de servicios ocasionales por razones de maternidad y lactancia y al tiempo de extensión de la protección hasta la finalización del periodo fiscal. En estos aspectos, la Corte examinará la constitucionalidad de dicha regulación a fin de revisarla en orden a garantizar la no regresividad y el desarrollo progresivo de los derechos (artículo 11.8 de la Constitución).

175. La regla jurisprudencial que estableció la extensión de la protección hasta la finalización del período fiscal¹¹⁰ fue incorporada en la LOSEP, mediante reforma legal el 13 de septiembre de 2017¹¹¹. La norma vigente de la LOSEP establece que “*en el caso de las mujeres embarazadas la vigencia del contrato durará hasta el fin del período fiscal en que concluya su período de lactancia...*”¹¹² Como se ha establecido en

¹⁰⁶ Corte Constitucional, Sentencias No. 309-16-SEP-CC, 263-18-SEP-CC, 048-17-SEP-CC, 138-17-SEP-CC.

¹⁰⁷ Corte Constitucional, Sentencias No. 309-16-SEP-CC.

¹⁰⁸ Corte Constitucional, Caso N. 11-18-CN (matrimonio igualitario), Sentencia de 12 de junio de 2019, párr. 82.

¹⁰⁹ LOGJCC, Artículo 2 (3).

¹¹⁰ Corte Constitucional números 258-15-SEP-CC, 048-17-SEP-CC, 309-16-SEP-CC.

¹¹¹ Artículo 1 de la Ley s/n, R.O. 78-S.

¹¹² LOSEP, artículo 58. El texto original de esta norma, en lo pertinente, fue reformado por las Sentencias de la Corte Constitucional números 258-15-SEP-CC, 048-17-SEP-CC, 309-16-SEP-CC y que fue adecuada mediante reforma legal el 13 de septiembre de 2017, Art. 1 de la Ley s/n, R.O. 78-S.

esta sentencia, la norma establece una distinción para la duración del contrato que depende del mes del año para tener beneficios y que podría tener efectos discriminatorios en su aplicación. En consecuencia, la frase “*hasta el fin del período fiscal en que concluya su período de lactancia*” se declara inconstitucional por contravenir el artículo 11 (2) de la Constitución, y la Corte considera que debe sustituirse por la expresión “*hasta el fin del periodo de lactancia*”, que garantizará una temporalidad para la protección en igual condición para toda mujer que requiera protección por embarazo o período de cuidado por lactancia.

176. La situación expuesta obliga a la Corte a establecer un criterio que beneficie por igual a la mujer indistintamente del tiempo en que termina la lactancia en relación al año fiscal. Para evitar este trato diferenciado, la Corte considera que independientemente del tipo de contrato o cargo no se contabilizará la protección especial en atención al cierre del año fiscal, sino que durará hasta el fin del periodo de lactancia.

177. En cuanto al periodo de tiempo de cuidado (licencia de maternidad), de acuerdo con las normas de la OIT, debería tener una duración de al menos 14 semanas. Para considerar esta posible reforma legal, la Corte remite a la Asamblea Nacional para que adecue la normativa de la LOSEP al periodo establecido por la OIT¹¹³.

Nombramientos provisionales

178. Los nombramientos provisionales son aquellos que se expiden para ocupar temporalmente un puesto determinado de un servidor o servidora i) suspendido en sus funciones o destituido, ii) en licencia sin remuneración, iii) en comisión de servicios sin remuneración o vacante, iv) quienes ocupen puestos dentro de la escala jerárquica superior; y v) de prueba¹¹⁴. De igual manera se otorgará nombramiento provisional a quienes fueron ascendidos, mientras sean evaluados en un periodo máximo de 6 meses. El artículo 18 del Reglamento a la LOSEP señala que para este tipo de nombramientos tiene que existir la partida correspondiente y no se puede dar nombramientos provisionales a través de la celebración de contratos de servicios ocasionales.

179. Estos nombramientos, cuando se trata de partidas vacantes, terminan cuando se haya llamado a un concurso de méritos y oposición y se designe al ganador o ganadora.¹¹⁵

180. La Corte considera que los nombramientos provisionales, en atención al derecho al cuidado, deberán renovarse hasta la terminación de la protección especial (periodo de

¹¹³ Convenio 183 de la OIT, artículo 4 (1).

¹¹⁴ LOSEP, artículo 19 (b). El servidor o servidora pública se encuentra sujeto a evaluación durante un periodo de 3 meses, superado el cual se otorgará el nombramiento definitivo; si no superare la prueba respectiva, cesará en el puesto.

¹¹⁵ Reglamento General a la LOSEP, Artículo 18 (c).

lactancia), por lo que la respectiva Unidad de Talento Humano tomará en consideración dentro de su planificación a las mujeres que se encuentren en estado de gestación, en licencia de maternidad o en periodo de lactancia bajo esta modalidad.

181. La entidad pública suspenderá y declarará desierto el concurso de méritos y oposición para cubrir una vacante que estaba provisionalmente ocupada por la mujer embarazada o en período de lactancia. Una vez que culmine el periodo de lactancia de la trabajadora, se planificará el concurso para que pueda participar en igualdad de condiciones si así la trabajadora lo quisiera. Si se convocare a concurso para ocupar dicha vacante dentro del periodo de embarazo o lactancia, el concurso será nulo.

Libre nombramiento y remoción

*...como si las madres somos un poco o menos
madres por estar en un cargo de libre
remoción.¹¹⁶*

MARÍA

182. Los cargos de libre remoción son aquellos “*expedidos a favor de personas que van a ocupar puestos de dirección política, estratégica o administrativa en las instituciones del Estado.*”¹¹⁷ Se caracterizan por cumplir un papel de manejo, conducción u orientación institucional, que están ligados al grado de confianza que la autoridad nominadora tenga sobre quienes ocupan estos cargos.

183. Los cargos de libre remoción terminan cuando la autoridad nominadora considera que ha perdido la confianza.

184. Si la mujer venía trabajando en el cargo de libre remoción y la supuesta “pérdida de confianza” coincide con la noticia del embarazo o con su periodo de cuidado o lactancia, se presumirá que la terminación de la relación laboral se basa en un hecho discriminatorio, por lo que el empleador deberá demostrar que la terminación no se produjo por razón de embarazo o lactancia, sino por incumplimiento comprobado del desempeño de su trabajo. Si no existe esa demostración, la trabajadora tendrá derecho a la compensación para el derecho al cuidado hasta el fin de su periodo de lactancia.

185. Cuando se trata de una nueva administración o de una nueva autoridad que tiene la potestad de designar a personas de libre remoción, la autoridad nominadora procurará contar con el trabajo de la persona bajo protección especial. Si no fuere posible, hasta un período máximo de 30 días, contados a partir de la posesión del funcionario con dicha potestad, se podrá terminar la relación laboral sin que exista la obligación de la compensación por cuidado. Transcurrido ese plazo, se estará a lo dispuesto en el párrafo anterior.

¹¹⁶ Versión de María Cobo Suárez, audiencia pública, 31 de enero de 2020.

¹¹⁷ Reglamento General a la LOSEP, artículo 17 (c).

Terminación de los contratos

186. Ningún contrato podrá terminar por razón del embarazo o lactancia.

187. En todo tipo de contrato, las mujeres en estado de gestación tendrán protección especial hasta que termine el periodo de lactancia. La protección especial consiste en garantizar la misma remuneración a la percibida antes del embarazo o una mejor, el respeto de la licencia de maternidad y el permiso de lactancia, además de la obligación que tiene el empleador de generar un ambiente laboral adecuado, acorde a sus necesidades específicas.

188. Independientemente de la causal por la que se separa a la trabajadora de sus funciones, no pierde su derecho a recibir una compensación económica hasta que finalice su periodo de lactancia, además de la liquidación que por ley le corresponda, salvo en los casos de remoción por faltas graves y de los contratos de libre remoción cuando se trata de una nueva administración o de una nueva persona con competencia para designar a personas de libre remoción.

189. Si se produjo la desvinculación del trabajo por las causales leves contempladas al momento que asumió el cargo y la mujer se encontraba embarazada con anterioridad, pero no dio aviso, si fuere posible se le contratará nuevamente, de lo contrario se le otorgará la compensación para el derecho al cuidado, lo cual abarca el tiempo desde que fue notificada hasta que culmine su periodo de lactancia.

190. En caso de que se produzca la desvinculación de la trabajadora por embarazo o lactancia, por estar expresamente prohibida la discriminación en el ámbito laboral, conforme con el artículo 43 (1) de la Constitución, esta desvinculación se considerará una falta grave por parte del empleador, y el despido carecerá de validez. Por lo que la mujer podrá reincorporarse inmediatamente a su puesto, o en caso de no desearlo así, además de su derecho a la compensación, se establecerán las medidas de reparación según corresponda la circunstancia en cada caso.

3.6. La compensación para el derecho al cuidado

191. Independientemente del tipo de contrato o nombramiento, si se termina la relación laboral de forma unilateral por parte del empleador o empleadora, la mujer embarazada, en licencia de maternidad o en periodo de lactancia, tiene derecho a la *compensación para el derecho al cuidado* como parte de la corresponsabilidad estatal, salvo los casos previstos en el párrafo 188. No se trata de una indemnización ni tampoco puede considerarse como un gasto público innecesario. El cuidado a la madre y al niño o niña lactante es una cuestión de corresponsabilidad social y pública. De igual modo, independientemente si la madre es biológica o adoptiva, la mujer tendrá igual protección conforme a esta sentencia, siempre que sus hijas e hijos se encuentren dentro del rango de edad de recién nacido a 15 meses y 2 semanas o requieran un período de

adaptación. De esta manera se valora el rol de cuidado y permite que personas recién nacidas se desarrollen en contextos en los cuales puedan alcanzar el mejor comienzo posible de vida.

192. La naturaleza de la compensación busca garantizar el derecho de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia a la protección especial, además, desincentivar su desvinculación del trabajo.

193. La compensación correrá a cargo del empleador o empleadora, y deberá realizarse dentro del plazo de 30 días contados a partir de la notificación de terminación del trabajo, sin la necesidad de judicialización para que la trabajadora pueda obtener el valor respectivo, salvo incumplimiento del empleador o empleadora en cuyo caso cabría la demanda judicial correspondiente.

194. La compensación para el derecho al cuidado comprenderá la suma de los siguientes componentes:

- a. La misma remuneración que venía percibiendo la persona por el resto de meses de embarazo.
- b. La misma remuneración que venía percibiendo por 14 semanas de cuidado (licencia de maternidad).¹¹⁸
- c. La misma remuneración que venía percibiendo por el tiempo que reste para cumplir el periodo de lactancia establecido en la ley.

195. La compensación se calcula a partir del día de terminación de trabajo y se suma el tiempo que faltare hasta completar el periodo de lactancia. En este sentido, por ejemplo, si la terminación se produce durante el cuidado por maternidad (licencia) no se tomará en cuenta el tiempo del embarazo (literal a del párrafo anterior), se sumará el tiempo restante hasta cumplir 14 semanas (literal b) y se añadirá el monto correspondiente a lactancia (literal c); de igual manera, si la terminación se produce en el período de lactancia, no se agregarán los montos de embarazo ni cuidado por maternidad (literal b y c).

4. Violaciones a los derechos de las mujeres embarazadas, en período de lactancia y al derecho al cuidado

...me tuvieron en una silla tres o cuatro días...hasta que ellos me digan cuándo me restituía y a qué institución...eso me dolió un poco, luego en el trabajo saben decir hasta ahora es que "tú no trabajas".¹¹⁹

VICKY

¹¹⁸ Convenio 183 OIT, Artículo 4 (1).

¹¹⁹ Versión de Vicky Aguilera Atiencie, audiencia pública, 31 de enero de 2020.

...es un tema de acoso laboral por ser jerárquico superior, me cambiaron de dirección manteniendo el salario, pero como dijeron varias personas, estoy en un congelador, no me toman en cuenta para absolutamente nada, “te hacemos un favor, te dejamos en el cargo porque eres madre soltera”¹²⁰

PAMELA

196. Son violaciones a los derechos de las mujeres embarazadas, en período de lactancia y cuidado, entre otras:

1. Restringir, limitar, impedir el ejercicio del derecho a decidir sobre su salud y vida reproductiva, en tanto el deseo de tener el hijo o hija, por razones laborales.¹²¹
2. Estigmatizar y patologizar a las mujeres embarazadas, en maternidad o en periodo de lactancia como una persona incapaz, anormal, inferior, persona no creíble o incompetente dentro de sus espacios laborales y también durante los procesos judiciales¹²², por parte de empleadores, compañeros de trabajo, operadores de justicia o profesionales del derecho. Cualquier señalamiento en este sentido constituye un tipo de violencia contra las mujeres y deberá ser investigado y sancionado de ser el caso, por la autoridad competente.
3. Ejercer cualquier tipo de violencia contra las mujeres en el trabajo, esto incluye el *mobbing maternal*¹²³, que comprende uno o varios de los siguientes actos:
 - a. Tratar a la mujer de forma indigna, irrespetuosa, inhumana o degradante.
 - b. Discriminar por razón de embarazo, lactancia o ejercicio del cuidado.
 - c. Impedir que acceda a servicios de la salud (controles médicos durante el período de embarazo y de lactancia).

¹²⁰ Versión de Pamela Ordoñez Herrera, audiencia pública, 31 de enero de 2020.

¹²¹ “Muchas formas de violencia contra la mujer dan lugar a violaciones de sus derechos reproductivos por cuanto suelen poner en peligro su capacidad reproductiva y/o les impiden que ejerzan opciones reproductivas o sexuales” ECOSOC, Informe de la Sra. Radhika Coomaraswamy, Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, presentado de conformidad con la resolución 1995/85 de la Comisión de Derechos Humanos, 10 de marzo de 1999, E/CN.4/1999/68, citado en *Los derechos reproductivos son derechos humanos*, de Alda Facio, (2008), p. 38, <https://lac.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/Libro%201.%20Los%20derechos%20reproductivos-DH.pdf>.

¹²² Corte Constitucional, Sentencia 525-14-EP/20.

¹²³ De acuerdo a la OIT es una forma de violencia en el mundo del trabajo que afecta a las mujeres que se reincorporan al trabajo después de una licencia de maternidad. Este tipo de violencia puede venir de parte de sus compañeros de trabajo, ya sean subalternos o superiores jerárquicos. La obtención de pausas para la lactancia y de otras facilidades para ajustar las modalidades de trabajo a las necesidades de la familia son los principales motivos para estas actitudes de acoso. Véase en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/meetingdocument/wcms_524929.pdf, p. 23.

- d. Reducción de rango o remuneración.
 - e. Reubicación del lugar de destino.
 - f. La asignación de trabajos nocturnos o peligrosos que resultaren incompatibles con su embarazo o lactancia.¹²⁴
 - g. Asignación a un espacio u oficina inadecuada.
 - h. Despido injustificado.
 - i. Efectuar abuso físico, psicológico o sexual.
 - j. Causar dolor o sufrimiento o actuar de manera indolente ante sus necesidades.
 - k. Obstaculizar la posibilidad de que la mujer alimente o amamante a la persona recién nacida o extraiga, recolecte y almacene su leche.¹²⁵
4. La atención prioritaria y la protección especial se vulnera cuando las mujeres gestantes, o en periodo de lactancia reciben igual trato que cualquier trabajador sin atender a sus necesidades específicas.
 5. Toda actividad que impida o limite injustificadamente la lactancia, al igual todo ambiente laboral que no disponga de espacios saludables o dignos para la lactancia y cuidado infantil, constituye una violación al derecho al cuidado.
 6. En general, irrespetar la protección especial laboral y las obligaciones que emanan del derecho al cuidado.

5. El derecho a la tutela efectiva

...nadie quiere entrar en un proceso legal que es desgastante y solo genera angustias, solamente uno quiere concentrarse en su bebé...¹²⁶

MARÍA

...me iban a estigmatizar por haber seguido un proceso contra el Estado...¹²⁷

ANA

197. Toda persona que considera que sus derechos han sido violados tiene derecho a la tutela efectiva de los derechos, conforme lo dispone el artículo 75 de la Constitución:

¹²⁴ OIT, *La maternidad y la paternidad en el trabajo, la legislación y la práctica en el mundo*, p. 12.

¹²⁵ Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, Enfoque basado en los derechos humanos del maltrato y la violencia contra la mujer en los servicios de salud reproductiva, con especial hincapié en la atención del parto y la violencia obstétrica, disponible en: <https://undocs.org/es/A/74/137>; Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, Ley de Parto Humanizado, Ley No. 25.929, arts. 2 y 3; Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, Ley No. 38.668, arts. 15 y 51; y, Asamblea General del Uruguay, Ley de Violencia hacia las Mujeres basada en Género, artículo 6.

¹²⁶ Versión de María Córdova, audiencia pública, 31 de enero de 2020.

¹²⁷ Versión de Ana María Cobo González, audiencia pública, 31 de enero de 2020.

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.

198. El artículo 88 de la Constitución reconoce la acción de protección:

La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial...

199. Por su parte la LOGJCC, en su artículo 39, establece como objeto de la acción de protección:

La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos...

200. Si bien la acción de protección constituye la garantía más idónea para la protección de los derechos reconocidos en la Constitución¹²⁸, ésta no constituye un mecanismo de superposición o reemplazo de las instancias judiciales ordinarias, pues ello ocasionaría el desconocimiento de la estructura jurisdiccional establecida por la Constitución. En este sentido, la acción de protección no sustituye a todos los demás medios judiciales.¹²⁹ Esta Corte ha señalado que las discusiones de índole estrictamente laboral, tales como el pago de remuneraciones adeudadas u otro tipo de haberes laborales, la verificación de las causales de procedencia de la destitución del cargo u otras alegaciones respecto a la terminación de la relación laboral y, en general, conflictos cuya pretensión sea el reconocimiento de haberes laborales, cuentan con una vía adecuada y eficaz ante la justicia laboral ordinaria.¹³⁰ En consecuencia, la vía laboral ordinaria es la adecuada para la reparación de derechos laborales, por haber sido diseñada específicamente para salvaguardar los derechos del trabajador y equiparar su situación a la de su empleador.

201. Conviene dilucidar si es la vía ordinaria es la adecuada y eficaz para las mujeres embarazadas o en situación de lactancia a quienes se les ha violado sus derechos en el sector público.

202. Hay dos situaciones que merecen ser valoradas para determinar el mecanismo procesal adecuado y eficaz. El primero tiene que ver con los derechos que están en litigio. Si el caso se refiere a servidoras o servidores públicos por violación de sus derechos laborales, en general, la vía adecuada y eficaz es la contenciosa administrativa. Si el caso se refiere a mujeres embarazadas y en periodo de lactancia, estamos ante

¹²⁸ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, artículo 11 (3).

¹²⁹ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 041-13-SEP-CC, Caso No. 0470-12-EP.

¹³⁰ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 1679-12-EP/20.

múltiples derechos (autodeterminación reproductiva, intimidad, salud, lactancia, no discriminación y derecho al cuidado) que no fueron considerados para diseñar la vía contenciosa administrativa. La vía adecuada, entonces, para proteger los derechos de la mujer embarazada y en periodo de lactancia es la acción de protección.

203. En los casos seleccionados se identifica que existen situaciones de discriminación, afectación a los derechos de grupos de atención prioritaria, a la intimidad, a la salud de las trabajadoras y de sus hijas e hijos. Los hechos demuestran que las actuaciones de los empleadores han afectado otros derechos más allá de los derechos laborales de las trabajadoras. Es decir, las pretensiones van más allá de la mera determinación de haberes patrimoniales o de establecer las condiciones de la terminación laboral.

204. La otra situación a considerar es el tiempo del procedimiento y esto tiene relación directa con la eficacia del recurso judicial. El embarazo y la lactancia son períodos de tiempo relativamente cortos en comparación a los tiempos que tarda en emitirse una sentencia ejecutoriada en la justicia ordinaria. Resolver derechos constitucionales en este contexto, requiere una vía sencilla y rápida, tal como ha sido diseñada la acción de protección. Las situaciones fácticas excepcionales de los casos convierten a la vía laboral ordinaria en ineficaz, pues existe la urgencia de atender la situación de la mujer al encontrarse en condiciones de vulnerabilidad tanto ella como su hija o hijo recién nacido.

205. El derecho a la tutela efectiva tiene sentido cuando la persona utiliza el mecanismo procesal adecuado y eficaz. En los casos relacionados a mujeres embarazadas o en período de lactancia, la alegación común por parte del empleador estatal suele ser que en términos de contratación pública la vía adecuada es la contenciosa administrativa o, en ciertos tipos de contrato, la vía laboral.

206. De la audiencia efectuada ante esta Corte se identificó que muchas mujeres que se encontraban embarazadas, en licencia de maternidad o en periodo de lactancia, cuando fueron desvinculadas de su trabajo recibieron tratos discriminatorios, y decidieron no activar ningún proceso judicial, ya que les resultaba desgastante, no se sentían respaldadas por la justicia, o consideraban que los costos de un proceso judicial largo era difícil pagarlo además de revictimizante, porque les cerraba la posibilidad de conseguir otro trabajo en el sector público.

207. Por lo expuesto, esta Corte considera que la vía adecuada para atender las pretensiones de las mujeres embarazadas o en periodo de lactancia es la acción de protección, sin que esto impida que las personas puedan utilizar vías administrativas u otras vías jurisdiccionales que consideren idóneas y eficaces.

6. La reparación integral

208. La Constitución establece que cuando exista una violación de derechos, reconocida por un juez o jueza, procederá la reparación integral, en su artículo 86 (3):

La jueza o juez resolverá la causa mediante sentencia, y en caso de constatarse la vulneración de derechos, deberá declararla, ordenar la reparación integral, material e inmaterial, y especificar e individualizar las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la decisión judicial, y las circunstancias en que deban cumplirse.

209. Por su parte, la LOGJCC desarrolla el derecho a la reparación integral, en su artículo 18 y dispone las formas y las modalidades de reparación, que han sido desarrolladas en algunas sentencias de esta Corte:¹³¹

En caso de declararse la vulneración de derechos se ordenará la reparación integral por el daño material e inmaterial. La reparación integral procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación. La reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud.

210. Cuando el juez o jueza declare que se violaron los derechos de la mujer embarazada, en maternidad o en periodo de lactancia, dispondrá de las medidas de reparación que sean pertinentes para cada persona y en función de cada una de las violaciones a los derechos. La reparación integral depende de cada caso, de la violación de derechos y de lo expresado por las mujeres. Los jueces y juezas atenderán a la reparación solicitada en la demanda y deberán preguntar en audiencia cómo las mujeres, si se declarase la violación de derechos, se sentirían reparadas. Las medidas de reparación integral deben ser posibles, determinadas, proporcionadas a la violación y a los hechos, tomando en cuenta las circunstancias de la entidad o persona responsable.

211. En los casos seleccionados se identifican los siguientes patrones: i) el despido o cesación a las mujeres por encontrarse embarazadas, mientras gozaban de su licencia de maternidad o en periodo de lactancia; ii) la estigmatización por parte de los empleadores, compañeros de trabajo y operadores de justicia, iii) la inexistencia de espacios adecuados para que las mujeres puedan extraer su leche o dar de lactar y para el cuidado infantil; iv) la reintegración de las mujeres a un cargo de menor rango, en peores condiciones, o en “una congeladora”, v) la tramitación no inmediata del pago de remuneraciones no percibidas o liquidación, y, vi) las disculpas públicas o medidas de

¹³¹ Corte Constitucional, Sentencias 159-11-JH y 904-12-JP.

satisfacción no efectuadas. Para atender estos patrones, se hacen las siguientes consideraciones.

212. La *restitución* consiste en restablecer la situación laboral de las mujeres a su empleo cuando han sido despedidas estando embarazadas, en las mismas condiciones, similares, o mejores. Cuando se trate de terminación del contrato por razón del embarazo o lactancia, el despido será ineficaz. En los cargos de libre remoción, no procederá la compensación por el derecho al cuidado cuando se trate de una nueva administración. La restitución nunca empeorará la situación de las mujeres antes de producirse la violación, en términos de ambiente laboral y de remuneración.

213. La compensación económica, en los casos de mujeres embarazadas y lactantes, se considera la *compensación para el derecho al cuidado* conforme ha quedado establecido el cálculo en esta sentencia (ver párrafo 194).

214. Dentro del sector público, cuando termine la relación laboral con una persona que tiene protección especial de embarazo y lactancia para ejercer el derecho al cuidado, tendrá derecho a una remuneración completa por cada mes desde que dejó de trabajar hasta que termine el periodo de lactancia. El cálculo se realizará tomando en consideración las 14 semanas de licencia por maternidad que establece como mínimo la OIT¹³² y los 12 meses de lactancia correspondientes estipulados en la ley. La entidad pública deberá contar con la disponibilidad de los fondos previo a la decisión de desvincular a las mujeres que tienen derecho a la compensación de cuidado.

215. La *rehabilitación* cabe en los casos en que, por no propiciar un ambiente laboral de cuidado, los derechos de las mujeres embarazadas, en maternidad o en periodo de lactancia, así como su salud física o psicológica resulte afectada. La rehabilitación podrá incluir tratamientos médicos y acompañamiento psicosocial de acuerdo a las necesidades y requerimientos de las mujeres.

216. La *satisfacción* cabe siempre que sea posible y que se considere necesario en función de lo demandado por las mujeres, como disculpas públicas en el lugar del trabajo y por parte de quien no cumplió con sus obligaciones de cuidado. El juez o jueza no podrá ordenar disculpas públicas si las mujeres no están de acuerdo con esta medida.

217. Para cumplir con la obligación de *no repetición*, el juez o jueza tomará medidas encaminadas para que el lugar donde se produjo la violación se constituya en un ambiente laboral de cuidado y de ser el caso dispondrá medidas tales como la reforma o la expedición de reglamentos que incluyan sanciones disciplinarias, sin perjuicio de la acción civil u otras acciones a que hubiere lugar por discriminar a las mujeres embarazadas o en periodo de lactancia, capacitaciones, la implementación de lactarios en las instituciones del sector público.

¹³² OIT, Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000, Artículo 4 (1).

218. La entidad encargada de la prevención y erradicación de la violencia contra mujeres, niñas, niños y adolescentes en coordinación con las instituciones públicas, los Gobiernos Autónomos Descentralizados, junto con la sociedad civil, deberán implementar un Plan Integral de Formación en derechos humanos con enfoque de género y en el derecho al cuidado compartido, dirigido a las Unidades de Talento Humano, Jurídicas y Directivas de las instituciones públicas. En cuanto al derecho a la tutela efectiva, el Consejo de la Judicatura deberá organizar capacitaciones sobre la tutela efectiva de mujeres embarazadas y en periodo de lactancia, y sobre el derecho al cuidado en ambientes laborales.

219. Cuando del caso se desprenda que existieron infracciones administrativas o penales, el juez o jueza dispondrá que autoridades competentes investiguen y, de ser el caso, sancionen a quienes provocaron la violación de derechos.

7. Políticas públicas e indicadores para garantizar el derecho al cuidado

220. El derecho al cuidado tiene dimensiones sociales, familiares e individuales y dimensiones de políticas públicas. Esta última tiene la potencialidad de incidir en la promoción y satisfacción del derecho a nivel nacional, por un lado; y de garantizar, como medida de reparación de potenciales violaciones a futuro, la no repetición y la prevención de violaciones semejantes a las que sufrieron las personas en los casos conocidos por la Corte.

221. El contenido de derechos, de acuerdo con el artículo 11 (8) de la Constitución, se desarrolla de manera progresiva a través de normas, de la jurisprudencia (como es el caso de esta sentencia) y de las políticas públicas. Efectivamente, las políticas públicas son una garantía para el ejercicio de derechos, conforme lo establece el artículo 85 de la Constitución. Las políticas públicas son formuladas, ejecutadas, evaluadas y controladas en términos generales por la Función Ejecutiva.

222. Relacionado al cuidado, a nivel internacional, se han determinado algunos objetivos a alcanzar en políticas públicas, que el órgano rector encargado de la inclusión debe promover además de lo establecido en la Constitución y en esta sentencia:

- a. Aumentar la financiación de las iniciativas de promoción de lactancia materna y centros de cuidado diario infantil.
- b. Promulgar mejores políticas de licencias por cuestiones familiares y de lactancia materna en el lugar de trabajo.
- c. Mejorar la calidad de los servicios a personas embarazadas y para personas recién nacidas.
- d. Reforzar la cobertura del Sistema de Seguridad Social; para que las mujeres embarazadas, en licencia de maternidad o en período de lactancia, si son

desvinculadas del espacio laboral público, no pierdan sus aportes provisionales.

- e. Aumentar el acceso al asesoramiento especializado en lactancia.
- f. Reforzar las redes comunitarias que protegen, promueven y apoyen la lactancia materna.
- g. Crear sistemas de vigilancia para hacer un seguimiento del progreso de las políticas, los programas y el financiamiento.¹³³

223. En políticas públicas como garantías de derechos, la determinación concreta de las obligaciones se ha realizado a través del sistema de indicadores, que ha tenido un considerable avance en el sistema universal y regional de protección de derechos humanos y a nivel doctrinario.¹³⁴ El sistema de indicadores es un mecanismo que ha demostrado ser efectivo para apreciar el cumplimiento de derechos a través de políticas públicas y abordar problemas estructurales que derivan en violaciones individuales y colectivas de derechos. Además, los indicadores promueven la elaboración de información que permiten la evaluación de las políticas públicas relacionadas con el cumplimiento de derechos.¹³⁵ A nivel de políticas públicas, en un contexto patriarcal, el derecho al cuidado debe cumplirse de manera progresiva para llegar a que el disfrute y goce de este derecho sea universal, se pueda medir el cambio de patrones culturales y para prevenir medidas regresivas, conforme lo ordena el artículo 11 (8) de la Constitución, y para que los hombres puedan ejercer el rol de cuidado en forma equitativa comparada con las mujeres.

224. Si bien no existe un estándar aceptado de forma unánime¹³⁶ y los órganos rectores encargados del trabajo, de la inclusión y los Consejos Nacionales para la Igualdad pueden desarrollar mejores parámetros para medir el derecho al cuidado, la

¹³³ FAO, OMS, ICN2 2014/3 Corr. 1, Marco de Acción Roma, 2014.

¹³⁴ Véase CIDH, *Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales*. OEA/Ser.L/V/II.132, Doc. 14 rev. 1, 2008; OACNUDH, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2012), *Indicadores de Derechos Humanos. Guía para la medición y aplicación*. Ginebra y Nueva York, HR/PUB/12/5; Paul Hunt, *Los derechos económicos, sociales y culturales. Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, Comisión de Derechos Humanos, Doc E/CN. 4/2006/48 del 3 de marzo de 2006; MESECVI, *Guía práctica para la aplicación del sistema de indicadores de progreso para la medición de la implementación de la Convención De Belém Do Pará*. Comisión Interamericana de Mujeres, Washington, DC, 2015; PNUD, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, *Objetivos de Desarrollo del Milenio. Informe de 2015*; Abramovich y Laura Pautassi (Comps.), *La medición de derechos en las políticas sociales*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2010.

¹³⁵ Laura Pautassi, "Access to Justice in Health Matters: An Analysis Base on the Monitoring Mechanisms of the Inter-American System", en *Health and Human Rights Journal*, Vol. 20, No. 1, Junio 2018, p. 196.

¹³⁶ Ottar Maestad, Lise Rakner, Octavio Motta, "Evaluación del impacto de la litigación en el terreno de los derechos de la salud. Análisis comparativo de Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, India y Sudáfrica", en Alicia Ely Yamin y Siri Gloppen (coordinadores), *La lucha por los derechos de la salud. ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?* Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2013, p. 368.

Corte desarrollará algunos indicadores y criterios que contribuyen a medir el ejercicio de este derecho.¹³⁷

225. Los indicadores son referenciales y pueden cambiar con mejor información o más actualizada. En la actualización puede ocurrir incluso que las formas de cuantificar varíen o que los responsables tengan otra denominación. El Ministerio encargado del trabajo y de la inclusión, el Consejo Nacional para la Igualdad de Género y el Consejo Nacional para la Igualdad Intergeneracional, deberán tomar en cuenta estas posibilidades para adaptar los indicadores que se describirán. Para efectos de la supervisión del cumplimiento de esta sentencia, si es que existe cambio en los indicadores o en las formas de medición, estos ministerios deberán justificar cualquier adecuación y siempre que el indicador reformado o diferente tenga como finalidad el eficaz cumplimiento del derecho al cuidado.

226. Los indicadores permiten, si es que hay regresividad no justificada, tener una evidencia para considerar que existe violación de derechos por una política pública. De ahí que la acción de protección, que puede interponer cualquier persona, pueda realizarse contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales, conforme lo establece el artículo 88 de la Constitución.

227. El modelo de indicadores para la medición del cumplimiento de derechos sociales, de los que se desprende el derecho al cuidado, ha sido desarrollado por el Grupo de Trabajo del Protocolo de San Salvador (GTPSS), que fueron aprobados por la Asamblea General de la OEA¹³⁸ y que el Estado ecuatoriano se obligó a presentar informes¹³⁹. Este modelo tiene tres tipos indicadores: los estructurales, de proceso y de resultado. A fin de optimizar el proceso de monitoreo, para hacer operativos los indicadores anteriores, se complementan con tres categorías: recepción del derecho, contexto financiero y compromiso presupuestario, y capacidades institucionales o estatales. Finalmente, estas categorías requieren principios transversales, que permiten caracterizar a los indicadores como de derechos (y no como indicadores de desarrollo económico) y a la vez visibilizar problemas de violaciones estructurales a los derechos: igualdad y no discriminación, acceso a la justicia, acceso a la información y participación.¹⁴⁰

¹³⁷ Sobre el derecho al cuidado, se ha utilizado referencialmente la propuesta realizada por Laura Pautassi y Laura Royo, *Enfoque de derechos en las políticas de infancia. Indicadores para su medición*. Santiago de Chile: CEPAL-UNICEF, pp. 45-47; Laura Pautassi, “Perspectivas actuales en torno al enfoque de derechos y cuidado: la autonomía en tensión”, pp. 124-129.

¹³⁸ Asamblea General de la OEA, AG/RES. 2713 (XLII-O/12), 4 de junio de 2012. En https://www.oas.org/en/sedi/pub/indicadores_progreso.pdf.

¹³⁹ Ecuador, *Informe Nacional sobre la implementación del Protocolo de San Salvador*, 2016, <http://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/informe-consolidado-ecuador.pdf>.

¹⁴⁰ Grupo de Trabajo del Protocolo de San Salvador, *Indicadores de progreso para la medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador*. Washington D.C.: OEA, 2015.

228. Los indicadores desarrollados por la Corte en esta sentencia rigen al sector público; se basan en la información remitida por el Ministerio de Inclusión Económica y Social¹⁴¹, Ministerio de Trabajo¹⁴², Ministerio de Salud Pública¹⁴³ y del Consejo Nacional para la Igualdad de Género¹⁴⁴, en los datos del INEC, y en los indicadores propuestos por el GTPSS con adaptaciones propias al contexto ecuatoriano y al derecho al cuidado.

229. Los *indicadores estructurales* exigen: i) el reconocimiento del derecho en el sistema jurídico ecuatoriano (ratificación de tratados, suscripción de instrumentos internacionales, Constitución, leyes, reglamentos y resoluciones), ii) el contar con un aparato institucional para cumplir los derechos reconocidos, iii) políticas, planes y programas para implementar los derechos. Los indicadores estructurales constatan la existencia o inexistencia de normas, instituciones y políticas para garantizar el derecho al cuidado.¹⁴⁵

230. El Estado ecuatoriano ha reconocido el derecho al cuidado en su Constitución y ha ratificado los principales instrumentos de derechos humanos de los que se desprende el derecho al cuidado. Sin embargo, debe adecuarse de forma progresiva la normativa específica que contemple la provisión de instancias de cuidado infantil, normativa laboral que incluya regulaciones de conciliación trabajo-familia y normativa civil que incluya la obligación de cuidado de las niñas y niños a ambos progenitores. Por otro lado, el Estado también cuenta con institucionalidad que podría estar encaminada a proteger y promover el derecho al cuidado, pero que no está debidamente adecuada. Cuenta con órganos rectores para las políticas de trabajo, inclusión e igualdad. También, para garantizar judicialmente el derecho, existen jueces y juezas con competencia constitucional para declarar la violación de derechos y su reparación. Finalmente, el Estado aún no cuenta con una política bien definida sobre el derecho al cuidado de mujeres embarazadas, en licencia de maternidad y en período de lactancia por lo que se deben ajustar los planes y programas para garantizar el derecho al cuidado.

231. Las iniciativas en el lugar de trabajo no bastan por sí solas, por ejemplo, para respaldar el retorno de las mujeres al trabajo tras la licencia de maternidad, las políticas públicas específicamente deben estar encaminadas a mejorar la disponibilidad, la calidad y la asequibilidad de servicios de cuidado infantil y otras medidas de fomento de la conciliación entre el trabajo y la familia.¹⁴⁶

¹⁴¹ Ministro de Inclusión Económica y Social, Iván Granda Molina, Oficio N. MIES-MIES-2020-035-O, 4 de marzo de 2020.

¹⁴² Subsecretaría Interinstitucional de Servicio Público Trabajo y Empleo, María Gabriela Salgado Mendoza, Oficio N. MDT-SSPTE-2020-0202-0, 4 de marzo de 2020.

¹⁴³ Subsecretario Nacional de Promoción de la Salud e Igualdad, Vinicio Román, Memorando N. MSP-VGVS-2020-0133-M, 19 de febrero de 2020.

¹⁴⁴ Secretaria Técnica del Consejo Nacional para la Igualdad de Género, Oficio N. CNIG-ST-2020-0129-0, 5 de marzo de 2020.

¹⁴⁵ Grupo de Trabajo del PSS, *Indicadores de progreso para la medición de derechos*, párr. 33.

¹⁴⁶ OIT, *La maternidad y la paternidad en el trabajo, la legislación y la práctica en el mundo*, p. 15.

232. En consecuencia, Ecuador cumple formalmente con la mayoría de los indicadores estructurales necesarios para el reconocimiento y protección del derecho al cuidado.

233. Los *indicadores de proceso* miden “la calidad y magnitud de los esfuerzos del Estado para implementar los derechos, a través de la medición del alcance, la cobertura y el contenido de las estrategias, planes, programas, o políticas u otras actividades e intervenciones específicas encaminadas al logro de metas que corresponden a la realización de un determinado derecho.”¹⁴⁷ Estos indicadores permiten vigilar la realización progresiva de derechos, ofrecen información sobre los niveles de calidad o cobertura de programas o servicios sociales en un determinado período de tiempo, reflejan los esfuerzos de las distintas estructuras e instancia al interior del Estado por alcanzar el resultado deseado o progresar en lograrlo.¹⁴⁸

234. Los *indicadores de resultado* reflejan los logros en la realización del derecho, miden el impacto real de las estrategias, programas, intervenciones del Estado, proveen una medida cuantitativamente comprobable y comparable en el tiempo del cumplimiento progresivo de los derechos. Si mejora el indicador, significa que las políticas, planes y programas son adecuados. Si empeoran, significa que hay que tomar medidas adecuadas para mejorar el cumplimiento de derechos.¹⁴⁹

235. La *recepción del derecho* da cuenta que el derecho reconocido en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos se encuentra desarrollado en leyes, jurisprudencia, reglamentos, resoluciones, ordenanzas y más normas del sistema jurídico. El indicador permite apreciar inconsistencias, vacíos, defectos de regulación. También debe señalar si hay vías de reclamo administrativo y garantías constitucionales eficaces.¹⁵⁰

RECEPCIÓN DEL DERECHO		
Indicador estructural	Si	Pendiente
Reconocimiento constitucional.	X	
Ratificación y reconocimiento de principales instrumentos internacionales de derechos humanos.	X	
Adecuación normativa provisión de instancias de cuidado materno-infantil, normativa laboral que incluya regulaciones de conciliación trabajo-familia y normativa civil que incluya la obligación de cuidado de los niños a ambos progenitores.		X

¹⁴⁷ Grupo de Trabajo del PSS, *Indicadores de progreso para la medición de derechos*, párr. 34.

¹⁴⁸ Grupo de Trabajo del PSS, *Indicadores de progreso para la medición de derechos*, párr. 34.

¹⁴⁹ Grupo de Trabajo del PSS, *Indicadores de progreso para la medición de derechos*, párr. 35.

¹⁵⁰ Grupo de Trabajo del PSS, *Indicadores de progreso para la medición de derechos*, párr. 37.

Indicador de proceso		
Política pública específico (con programas y proyectos) que incorpore componentes del cuidado compartido y estímulo a la lactancia		X
Indicador de resultado		
Tasa de población económicamente activa por sexo y edad, nivel educativo y quintiles de ingreso		
Número de personas trabajadoras		2019: H: 8.099.030; M: 4.711.947.
Tasa de empleo adecuado o pleno		2019: H: 44,8%; M:30.6% 2020: progresividad.
Tasa de participación global en la fuerza de trabajo		2019: H: 77.7%; M:53.5% 2020: progresividad.
Tasa de participación bruta en la fuerza de trabajo		2019: H: 55.2%; M:38.0% 2020: progresividad.
Ingreso laboral promedio mensual		2019: H \$345,5; M: \$292,7 2020: no regresividad
Personal directivo		2019: H: 93%; M: 7% 2020: progresividad.
Número de mujeres en personal directivo		2020: 2.552. 2021 progresividad
Tasa de trabajo formal/informal	2019	Formal: H: 60.8%; M: 39.2%
		Informal: H.57.5%; M: 42.5%
		Doméstico: H: 4.5%; 95.5%.
		No clasificado: H: 78.4%; M: 21,6%
		Total: H: 58.5; M: 41.5%
	2020	Formal:
		Informal: Doméstico: No clasificado: Total:
Rangos de edad de trabajo mujer	2019	15-24 años: 402.329 25-34 años: 732.816

		35-44 años: 790.688
		45-64 años: 1.057.367
		Más 65 años: 246.771
	2020	15-24 años:
		25-34 años:
		35-44 años:
		45-64 años:
		Más 65 años:
Trabajadoras del hogar no remuneradas		2019: 1.324.077
		2020:
Participación trabajadoras no remuneradas en PEA		2019: 16.35%
		2020:
Porcentaje de tiempo para trabajo remunerado		2012: H: 86.1%; M: 59.6%
Porcentaje de personas que realizan labores de cuidado (trabajo no remunerado)		2012: H: 13.9%; M: 40.4%
		2020: progresividad.
Porcentaje de personas que realizan labores de cuidados a niños/as (menores 5 años)		2012: Padre: 2.8%; Madre:84.3%
		2020: no regresividad
Porcentaje de personas que realizan labores de cuidado a personas enfermas		N/D
		N/D
Porcentaje de personas que realizan labores de cuidado a personas con discapacidad		N/D
		N/D
Porcentaje de personas que realizan labores de cuidado a personas adultas mayores		N/D
		N/D
Número de horas dedicadas al cuidado (por cada 100 horas)		2019: H: 33 horas; M: 77 horas
		2020: progresividad
Número de licencias otorgadas para el cuidado y porcentaje en relación con hombre y mujeres		2020:
		2021: progresividad.
Número de mujeres en edad fértil en el sector público		N/D
Horas de trabajo total remuneradas		2012: H: 51.36; M: 46.15.
		2020: progresividad
Horas de trabajo total remuneradas		2012: H: 9:09; M: 31.49.
		2020: progresividad
Número de mujeres con compensación para el derecho al cuidado		N/D

Número de personas varones con licencia de paternidad	N/D
Porcentaje de personas trabajadoras (hombres y mujeres) que se han sentido discriminadas por ejercer el derecho y las obligaciones de cuidado	N/D
Número de inspecciones de trabajo para ver condiciones de trabajo de mujer embarazado y lactancia en sector público	N/D
Número de niños y niñas que reciben cuidado estatal (desarrollo infantil integral: CDI, CNH, CCRA, otros DI)	2020: 287.142
	2021: progresividad
Número de personas adultos mayores que reciben cuidado estatal	2020: 106.716
	2021: progresividad
Número de personas con discapacidad que reciben cuidado estatal	2020: 34.027
	2021: progresividad
Número de personas que requieren protección especial	2020: 13.642
	2021: progresividad
Número de personas que reciben bonos para cuidado (MIES)	2020: 1.025.285
	2012: Progresividad

Elaboración Corte Constitucional.

236. En los indicadores de proceso, los entes rectores del trabajo, inclusión e igualdad deben elaborar un indicador base para poder determinar el porcentaje de cobertura del derecho al cuidado desagregado por sexo/género, edad, auto identificación étnica, nivel de estudio, quintil de ingreso, ruralidad, discapacidad, tenencia de cualquier seguro. La desagregación de información es importante para determinar si existe igualdad y no discriminación en el desempeño de la política pública. En términos cuantitativos, se requiere establecer el porcentaje de personas que ejercen labores de cuidado y reproductivas. Estos indicadores requieren tener instrumentos para su medición. Se espera que, para los años sucesivos, debería aumentar el número de personas que ejercen el derecho y las obligaciones del cuidado.

237. La normativa para regular los ambientes laborales adecuados para el cuidado debe actualizarse y estar conforme con los estándares de esta sentencia.

238. Lo financiero informa sobre la disponibilidad efectiva de recursos del Estado para ejecutar el gasto público destinado a inversión en derechos sociales, su distribución (puede ser medida de la manera usual, porcentaje del Producto Bruto Interno, o la que use el Estado pero que sea consistente en el tiempo), permiten ver los compromisos presupuestarios para evaluar la importancia que el propio Estado le está asignando al derecho al cuidado. El incremento o la reducción del gasto en el derecho permite valorar, entre otros criterios, la progresividad o regresividad en el cumplimiento del derecho.¹⁵¹

¹⁵¹ Grupo de Trabajo del PSS, *Indicadores de progreso para la medición de derechos*, párr. 39.

239. Para la planificación y para poder analizar el gasto en cuidado, se requiere que los entes rectores de las políticas de trabajo, inclusión e igualdad cuenten con un presupuesto específico para desarrollar progresivamente este derecho.

240. Una inversión importante en el derecho al cuidado es la formación del talento humano para que, cuando se tenga que promover ambientes laborales adecuados para el cuidado, se garantice el cumplimiento de obligaciones para cuidar.

241. El gasto personal para el cuidado también es importante valorarlo. Esto es cuánto invierten los ecuatorianos en pagar guarderías, labores de enfermería, cuidado a niños y niñas, a personas enfermas o adultas mayores.

COMPROMISO FINANCIERO	
Indicadores de Proceso	Indicadores de resultado
Porcentaje del presupuesto asignado al financiamiento al cuidado	2020: 2021: progresividad.
Presupuesto del ente rector de la inclusión sobre cuidado (MIES en protección especial)	2020: 343.681.225,32 (codificado verificar devengado fin de año) 2021: progresividad.
Presupuesto en cuidado niñez (Desarrollo infantil integral)	2020: 220.191.797,84 (codificado). 2021: progresividad.
Presupuesto para adulto mayor (Mis mejores años)	2020: 73.310.593,42 2021: progresividad.
Presupuesto para personas con discapacidad	2020: 21.810.001,03 2021: progresividad.
Presupuesto para protección especial (institucional, trabajo infantil, otros)	2020: 28.368.833,03 2021: progresividad
Inversión en guarderías	2020: 2021: progresividad.
Inversión en guarderías en el sector público	N/D
Inversión en centros para el adulto mayor	
Inversión en adecuación para lactarios en toda institución público	N/D
Estimaciones del costo fiscal de políticas de cobertura universal sobre cuidado	N/D
Bonos para cuidado ¹⁵²	2020: 959.710.300 2021: progresividad.

¹⁵² Bono de desarrollo humano, bono de desarrollo humano variable, pensión adulto mayor, pensión mis mejores años, pensión personas con discapacidad, bono Joaquín Gallegos Lara, pensión toda una vida.

242. La capacidad institucional describe la organización institucional y la distribución de recursos, humanos, de infraestructura y financieros, para realizar el derecho. Es decir, *“implica revisar de qué manera y bajo qué parámetros el Estado (y sus diversas funciones y reparticiones) resuelven el conjunto de cuestiones socialmente problematizadas. Particularmente cómo definen sus metas y estrategias de desarrollo y bajo qué parámetros se inscribe el proceso de implementación de los derechos.”* Con estos indicadores se deben identificar las relaciones interinstitucionales, la división de tareas, la coordinación, la capacidad de los recursos humanos para llevar adelante las tareas definidas para cumplir el derecho. Las capacidades son 4: i) capacidad administrativa (habilidad para llevar adelante la adquisición, prescripción, entrega, vigilancia, y evaluación de insumos adecuados que garanticen el derecho al cuidado en el trabajo); ii) capacidad técnica (habilidad para analizar e implementar políticas económicas y sociales que satisfagan el derecho al cuidado); iii) capacidad política (habilidad para responder a demandas de las mujeres embarazadas, en maternidad o en periodo de lactancia, permitiendo la participación ciudadana en la toma de decisiones y la resolución de conflictos); iv) la capacidad institucional (habilidad para organizar y fortalecer las reglas que gobiernan la interacción política y económica).¹⁵³

CAPACIDAD INSTITUCIONAL	
	Indicadores de resultado
Número de mujeres en edad fértil en el sector público	2019: 2020:
Número de mujeres embarazadas en el sector público	N/D
Número de mujeres que ejercen la lactancia en el lugar de trabajo	N/D
Número de lactarios en función del número de entidades públicas	N/D
Modelo de ambientes laborales para el cuidado	2020: elaboración participativa.
	2021: promulgación y difusión.
	2022: implementación.
Porcentaje de Aplicación del Modelo de Ambientes Laborales para el Cuidado	En 2022
	En 2023
Número de direcciones de Talento Humano capacitadas para garantizar el derecho al cuidado	2020:
	2021:

¹⁵³ Grupo de Trabajo del PSS, *Indicadores de progreso para la medición de derechos*, párr. 40.

Redes comunitarias para promover la lactancia	2020: mapeo de actores.
	2021: coordinación y capacitación.
	2022: refuerzo de redes comunitarias
Sistemas de vigilancia para cumplir el derecho al cuidado por parte de los entes rectores	2020: diseño participativo de sistemas de vigilancia.
	2021: implementación de sistema.
	2022: progresividad
Incorporación en documentos oficiales el concepto de derecho al cuidado dirigido a trabajadores y trabajadoras.	N/D
Existencia de medidas de promoción de políticas de conciliación trabajo-familia y garantía efectiva de cumplimiento de licencias de cuidado para hombres (manuales, directrices, reglamentos, entre otros).	N/D
Existencia de mecanismos de coordinación interinstitucional en materia de cuidado (trabajo, educación, inclusión, seguridad social, salud, igualdad)	N/D
Número de unidades para cuidado infantil (CDI, CNH, CCRA, DI)	2020: 6.902.
	2021: progresividad
Número de unidades para cuidado adulto mayor (diurnos, residenciales, domiciliar y activos)	2020: 2.604.
	2021: progresividad
Número de unidades para personas con discapacidad (diurnos, residenciales, domiciliar)	2020: 240.
	2021: progresividad
Número unidades para personas que requiere protección especial	2020: 240
	2021: progresividad
Número de inspectores/as de trabajo que garantizan cumplimiento de licencia paternal y maternal	2020: 140
	2021: progresividad

Elaboración: Corte Constitucional.

* N/D: dato no disponible.

243. La *igualdad y no discriminación* busca visibilizar la situación de personas y poblaciones excluidas y en situación de vulnerabilidad, impedir las diferencias de trato

basadas en factores expresamente prohibidas (categorías prohibidas, artículo 11. 2 de la Constitución) y que limitan, restrinjan o anulen el ejercicio del derecho al cuidado.¹⁵⁴ Para visibilizar a estas poblaciones, los datos deben ser desagregados de tal forma que se pueda apreciar las diferencias de trato, por género, etnia, edad, clase social, población rural, origen nacional y más datos que sean necesarios y disponibles. Este indicador se mide con la información desagregada que consta en algunos de los indicadores anteriores.

244. El *acceso a la justicia* se refiere a la tutela efectiva, mediante las garantías constitucionales, cuando exista violación al derecho al cuidado. En este indicador se incluye reclamos administrativos e intervención de la Defensoría del Pueblo, y se registra el número de demandas presentadas, resueltas y efectivamente cumplidas. Además, se valora la eficacia de las garantías y si éstas han sido resueltas respetando los estándares del derecho. El hecho de contar con casos acumulados, demuestra que existe acceso a la administración de justicia. Conviene medir el número de juicios y el número de casos en los que se ha cumplido con los estándares de esta sentencia.

ACCESO A LA JUSTICIA	
Indicadores de proceso	Indicadores de resultado
Operadores de justicia capacitados en derecho al cuidado	2020: 30 %
	2021:
Jueces y juezas que aplican estándares de esta sentencia	2020: 80%
	2021: 100%
Número de personas que han presentado demandas por derecho al cuidado en el ámbito laboral	N/D
	N/D
Número de juicios en los que se demandó compensación por cuidado	N/D
	N/D
Número de demandas aceptadas/rechazadas	N/D
	N/D
Número de denuncias en ámbito administrativo por acoso y discriminación (MT)	2019: 479.
	2020:
	2021:

Elaboración: Corte Constitucional.

¹⁵⁴ Grupo de Trabajo del PSS, *Indicadores de progreso para la medición de derechos*, párr. 44.

245. La *información y participación ciudadana* permite visibilizar la participación de la sociedad civil en las políticas públicas y sociales, y la difusión de la información que habilita a los ciudadanos y ciudadanas a controlar las acciones de las instituciones y funcionarios públicos.¹⁵⁵ La información disponible debe ser la necesaria y suficiente para que la ciudadanía pueda evaluar y fiscalizar las políticas públicas para comprender y conocer los avances en el derecho al cuidado.

246. En este indicador se debe hacer constar si la información sobre normativa, institucionalidad, políticas (con sus capacidades) está disponible en los portales de internet de cada institución y otras formas de acceso, así como también la constatación de la participación de actores de la sociedad civil en distintos espacios de toma de decisiones (organizaciones de mujeres, sindicatos y otras formas de representación).

247. La fuente fundamental para poder determinar el acceso a la información es un portal de internet. En este portal deben constar las normas, las políticas, los informes, estadísticas, resultados, para dar a conocer la situación y evolución del derecho al cuidado y transmitir con claridad la información sobre los nuevos beneficios implementados y los alcances más específicos de las medidas.

ACCESO A LA INFORMACIÓN	
Indicador de proceso	Indicador de resultado
Creación de un Portal WEB con información sobre el derecho al cuidado en los entes rectores y en las entidades del sector público	Portal web con información accesible (2021)

Elaboración: Corte Constitucional.

V. Decisión

248. La Corte Constitucional, administrando justicia constitucional conforme lo dispuesto en el artículo 436 (6) de la Constitución, artículo 25 de la LOGJCC, RESUELVE:

1. Disponer que la Defensoría del Pueblo, como Institución Nacional de Derechos Humanos con iniciativa legislativa¹⁵⁶, presente en un plazo de seis meses, a la Asamblea Nacional un proyecto de reforma de ley, para incorporar el derecho al cuidado en el ámbito laboral y para que se adecúe el sistema jurídico a los

¹⁵⁵ Grupo de Trabajo del PSS, *Indicadores de progreso para la medición de derechos*, párr. 53.

¹⁵⁶ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, artículo 134 (4).

parámetros de esta sentencia y de los estándares internacionales que regulan la materia.

2. La Asamblea Nacional deberá legislar, en el plazo de un año contados a partir de la entrega del proyecto de ley, sobre el derecho al cuidado, la terminación del derecho al cuidado hasta que concluya el periodo de lactancia; ampliar el periodo de lactancia y período de cuidado; ampliar y regular el permiso de los hombres para el cuidado; regular el derecho al cuidado de madres adoptivas, y ampliar el periodo de cuidado de licencia, sin perjuicio de que, transcurrido este plazo, la Corte Constitucional aplique lo dispuesto en la ley para el control constitucional de las omisiones normativas¹⁵⁷, y declare la inconstitucionalidad por omisión¹⁵⁸.
3. Disponer que el ministerio encargado de la salud, a través de su dirección de promoción, y de todas las entidades que tienen relación con salud, apoyo y promoción de la lactancia materna, junto con el ministerio encargado de las relaciones laborales, el de la inclusión social y el Consejo Nacional para la Igualdad de Género, garanticen progresivamente el derecho al cuidado, ambientes laborales de cuidado, acceso y disponibilidad a espacios, seguros y adecuados a las trabajadoras que se encuentren dando de lactar. Para el efecto, en el plazo de un año, deberán hacer un diagnóstico situacional y contar con todos los indicadores para medir el cumplimiento progresivo del derecho al cuidado, y en el plazo de dos años deberá implementar la política de protección laboral para mujeres embarazadas y en periodo de lactancia. En el plazo de 6 meses se informará a esta Corte el plan para la ejecución de esta medida.
4. Disponer que el Consejo de la Judicatura en el plazo de seis meses elabore, proporcione e informe a la Corte sobre los indicadores correspondientes al acceso a la justicia.
5. Disponer que todas las instituciones públicas, donde trabajen mujeres en edad fértil¹⁵⁹, implementen lactarios y, donde existan más de veinte (20) personas que ejercen el cuidado, hombres o mujeres, implementen centros de cuidado infantil, guarderías o garanticen la disponibilidad del servicio de cuidado infantil cercano al lugar de trabajo, en el plazo de un año a partir de la emisión de esta sentencia. Para lo cual, contarán con la orientación del ministerio encargado de la salud, el de inclusión, de relaciones laborales y el Consejo Nacional para la Igualdad de

¹⁵⁷ LOGJCC, Capítulo IX, artículos 128 al 130.

¹⁵⁸ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, artículo 436 (10).

¹⁵⁹ Estándar señalado por el Ministerio de Salud Pública del Ecuador, en “*Normas para la implementación y funcionamiento de lactarios institucionales en los sectores público y privado en el Ecuador*”, p. 9.

Género. En el plazo de 6 meses se informará a esta Corte el plan para la ejecución de esta medida.

6. Disponer que el ministerio encargado de la salud y de las relaciones laborales en coordinación con el de inclusión y el Consejo Nacional para la Igualdad de Género trabajen de forma interinstitucional para el seguimiento y monitoreo de los lactarios y centros de cuidado diario infantil implementados en las instituciones públicas, ambas instituciones deberán reportar anualmente a la Corte y publicar en su página web el *Informe de lactarios y cuidado en el trabajo*.
7. Los entes rectores de las políticas de trabajo, salud, inclusión e igualdad elaborarán e implementarán, de forma participativa, en el que se escuche a organizaciones de mujeres, sindicatos, academia y personas más expertas en el tema, un *Modelo de Ambientes Laborales para el Cuidado*, que incluya indicadores de medición que reflejen el cumplimiento progresivo del derecho al cuidado, en el plazo de un año contado a partir de la emisión de esta sentencia. En el plazo de 6 meses se informará a esta Corte el plan para la ejecución de esta medida.
8. Los entes rectores de las políticas de trabajo, salud e inclusión emprenderán una campaña permanente de sensibilización, protección y promoción de la lactancia materna en los espacios públicos, incentivando con certificaciones a locales que apoyen la lactancia materna, en un plazo de un año a partir de la emisión de esta sentencia. En el plazo de 6 meses se informará a esta Corte el plan para la ejecución de esta medida.
9. Establecer que durante los seis meses siguientes a la notificación de esta sentencia, el Ministerio de Salud Pública como cartera de Estado encargada de la gobernanza del Sistema Nacional de Salud, el Ministerio del Trabajo como principal ente rector encargado de generar políticas públicas de trabajo, empleo y del talento humano del servicio público, que regula y controla el cumplimiento a las obligaciones laborales y el Consejo de la Judicatura, como órgano encargado de velar por la eficiencia de la Función Judicial, deberán difundir el contenido de esta sentencia en la página principal de sus páginas web institucionales y en otros medios de difusión pertinentes para el conocimiento de los servidores públicos de sus instituciones y de la ciudadanía en general. El cumplimiento de esta medida se informará a esta Corte en el plazo de 6 meses.
10. Con relación a las políticas públicas, esta Corte podrá convocar a audiencias de seguimiento y solicitar informes de ejecución de la sentencia, para adecuar y adaptar dichas políticas en base a información actualizada.

11. Disponer que los criterios establecidos en esta sentencia tengan efectos para los casos que se presenten después de su expedición. Se confirman las sentencias revisadas, salvo aquellas que estén en conocimiento de esta Corte por otras acciones constitucionales.

Notifíquese, publíquese y cúmplase.

Dr. Hernán Salgado Pesantes
PRESIDENTE

Razón: Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional con siete votos a favor, de los Jueces Constitucionales Karla Andrade Quevedo, Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez, Alí Lozada Prado, Teresa Nuques Martínez, Daniela Salazar Marín y Hernán Salgado Pesantes; y, dos votos salvados de los Jueces Constitucionales Carmen Corral Ponce y Enrique Herrería Bonnet, en sesión ordinaria de miércoles 05 de agosto de 2020.- Lo certifico.

Dra. Aída García Berni
SECRETARIA GENERAL

CASO No. 3-19-JP

VOTO SALVADO

Jueces constitucionales Carmen Corral Ponce y Enrique Herrería Bonnet

I. Disidencia

I.1. Consideraciones previas

1. Respetando la decisión contenida en la sentencia aprobada, emitimos el presente voto salvado, por discrepar con el análisis de mayoría en varios puntos medulares. Para ello, resulta indispensable delimitar el contexto en el que se desarrollará el análisis y fundamentación de este voto salvado. Si bien el contexto laboral de las mujeres en el sector público es bastante amplio y podría abarcar el análisis de una diversidad de derechos constitucionales, como se derivan de los hechos de los casos No. 3-19-JP y acumulados, los mismos giran en torno a servidoras públicas que - con nombramiento provisional, contrato de servicios ocasionales o cargos de libre remoción regulados por la Ley Orgánica de Servicio Público - se encontraban en estado de embarazo, período de maternidad o período de lactancia y fueron desvinculadas, correspondiendo remitirnos exclusivamente a este tema.
2. Para la comprensión del problema jurídico que se desarrollará en este voto salvado, es necesario identificar y distinguir las figuras jurídicas por medio de las cuales se vincularon las distintas accionantes a las instituciones públicas, a saber:
 - a. **Contratos de servicios ocasionales:** este tipo de contrato tiene como finalidad satisfacer necesidades institucionales, previo un informe de la unidad de administración de talento humano, siempre que exista la partida presupuestaria y disponibilidad de recursos económicos para este fin. La duración de este tipo de contrato es de un año, con posibilidad de ser renovado por una sola vez hasta por un año adicional; de modo que, este contrato no otorga estabilidad laboral, no da acceso a la carrera administrativa, ni derecho adquirido para la emisión de un nombramiento provisional ni definitivo, pudiendo darse por terminado en cualquier momento.¹
 - b. **Nombramiento provisional:** a través de esta figura, se designa de manera temporal: 1) *El puesto de un servidor que ha sido suspendido en sus funciones o destituido, hasta que se produzca el fallo de la Sala de lo Contencioso Administrativo u otra instancia competente para este efecto;* 2) *El puesto de una servidora o servidor que se hallare en goce de licencia **sin** remuneración. Este nombramiento no podrá exceder el tiempo determinado para la señalada licencia;* 3) *Para ocupar el puesto de la servidora o servidor que se encuentre en comisión de servicios sin remuneración o vacante. Este nombramiento no podrá exceder el tiempo determinado para la señalada comisión;* 4) *Quiénes ocupen puestos comprendidos dentro de la escala del nivel jerárquico superior; y,* 5) *De prueba, otorgado a la servidora o servidor que ingresa a la administración pública o a quien fuere ascendido durante el periodo de prueba. El servidor o servidora pública se encuentra sujeto a evaluación durante un periodo de*

¹ Ley Orgánica de Servicio Público, art. 58

tres meses, superado el cual, o, en caso de no haberse practicado, se otorgará el nombramiento definitivo; si no superare la prueba respectiva, cesará en el puesto. De igual manera se otorgará nombramiento provisional a quienes fueron ascendidos, los mismos que serán evaluados dentro de un periodo máximo de seis meses, mediante una evaluación técnica y objetiva de sus servicios y si se determinare luego de ésta que no califica para el desempeño del puesto se procederá al reintegro al puesto anterior con su remuneración anterior.² Por consiguiente, esta clase de nombramiento no otorga estabilidad laboral y excluye a quienes lo tengan de la carrera del servicio público.

- c. Cargos de libre nombramiento y remoción:** la designación a través de esta figura, implica la asignación laboral a discreción del empleador o nominador, para ocupar puestos de dirección política, estratégica o administrativa en las instituciones del Estado³; quienes ostenten estos cargos, pueden ser removidos en cualquier momento, por ello, esta figura tampoco otorga estabilidad laboral.

Las figuras jurídicas referidas, por regla general, no otorgan estabilidad laboral.

3. Corresponde en este punto, considerar que el artículo 66 de la Constitución de la República, reconoce y garantiza el derecho al trabajo de todas las personas; para la protección de este derecho constitucional existen diversas garantías legales y constitucionales. Entre las garantías legales, de existir controversias se pueden resolver ante la justicia administrativa y la justicia ordinaria; y, entre las garantías constitucionales para la protección del derecho al trabajo se encuentran las garantías normativas, las políticas públicas, institucionales y jurisdiccionales.
4. La Constitución, reconoce y garantiza expresamente en los artículos 35, 331 y 332 la estabilidad laboral reforzada, la no discriminación y la igualdad en el trabajo de las mujeres; otorgándole la categoría de grupo de atención prioritaria a la mujer embarazada y en período de lactancia. Con la finalidad, de adecuar, formal y materialmente las leyes y demás normas jurídicas internas a los derechos que la Constitución garantiza y protege, la Asamblea Constituyente sobre este tema en particular, en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar, incorporó al Código de Trabajo de la figura de despido ineficaz.
5. Se considera ineficaz el despido “*de personas trabajadoras en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad*”; en virtud de esta nueva figura, nació la acción de despido ineficaz que debe deducirse ante el juez de trabajo de la jurisdicción correspondiente al lugar donde se produjo el despido intempestivo en el plazo de máximo de treinta días. Respecto de los efectos de esta acción, de ser declarada la ineficacia del despido, en sentencia, se entenderá que no se ha interrumpido la relación laboral y el juez ordenará el pago de las remuneraciones pendientes con el diez por ciento de recargo. Sin embargo, el artículo faculta a la mujer despedida a decidir si desea o no continuar en la relación de trabajo; en caso de decidir no continuar trabajando, este artículo prescribe la indemnización equivalente a un año de la remuneración que venía percibiendo además de la general que corresponde por despido intempestivo.⁴

² Ley Orgánica de Servicio Pública, art. 17.

³ *Ibíd.*

⁴ Código de Trabajo, artículos 195.1 y 195.2

6. En función de la inclusión de la figura del despido ineficaz en el ordenamiento jurídico, la disposición general segunda de la Ley Orgánica Reformatoria de las Leyes que rigen el sector público publicada el 19 de mayo de 2017 en el Registro Oficial Suplemento 1008, prescribe:

“Se considerará ineficaz la supresión del puesto y la compra de renuncia obligatoria con indemnización, así como la terminación de los contratos de servicios ocasionales de las servidoras públicas en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad, en razón del principio de inamovilidad que les ampara (...). Serán aplicables en estos casos las disposiciones sustantivas del Código del Trabajo que regulan el "despido ineficaz", con los mismos efectos establecidos en el referido cuerpo legal, según corresponda. En lo procedimental se estará a lo dispuesto en el Código Orgánico General de Procesos, siendo competencia de las Unidades Judiciales de lo Contencioso Administrativo el conocimiento de estas acciones (...).”

7. En este contexto, el voto salvado analizará el siguiente problema jurídico:

(i) **La desvinculación de una servidora pública cuyos servicios se prestaron bajo las modalidades de los contratos de servicios ocasionales, nombramiento provisional y cargos de libre nombramiento y remoción que se encuentre en estado de embarazo, en período de maternidad o en lactancia, ¿vulnera el principio de estabilidad laboral reforzada en el derecho al trabajo?**

8. La estabilidad laboral *“es el derecho de la clase trabajadora para la permanencia y continuidad ocupacional en el medio empresarial estable para el cual ha desarrollado actividades, con la recíproca obligación del empleador de no privarle del trabajo mientras no hubiera causas legales que lo motive, o hechos legales o justificables que determinen la separación.”*⁵ En palabras de Sanchez Alvarado la estabilidad en el empleo es *“el derecho que todo trabajador subordinado tiene de permanecer en su empleo hasta que se presente una causa legítima, contenida expresamente en la legislación, que autorice el que se le prive del mismo.”*

9. Al respecto, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece que los Estados Partes tienen la obligación de garantizar a las personas su derecho al trabajo libremente elegido o aceptado, en particular el derecho a no ser privado de trabajo de forma injusta. En este sentido, el Convenio No. 158 de la Organización Internacional de Trabajo (“OIT”), en relación a la terminación de la relación de trabajo, en su artículo 4 determina *“No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio.”* Por su parte, el artículo 5 del Convenio en mención, prescribe los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo entre los cuales consta *“(d) la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social; (e) la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad.”* (énfasis agregado)

10. De igual manera, el artículo 331 de la Constitución de la República reconoce que es deber del Estado garantizar a las mujeres igualdad en el acceso al empleo, a la formación y promoción laboral, profesional y a la remuneración equitativa. Se adoptarán todas las medidas necesarias para eliminar las desigualdades y se prohíbe toda forma de

⁵ Viteri Llanga, 2006.

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

11. El artículo 35 de la Constitución de la República del Ecuador reconoce como parte del grupo de atención prioritaria a las mujeres embarazadas en los ámbitos público y privado. Entre los derechos derivados por su condición, el artículo 42 de la Carta Magna reconoce a este grupo los derechos a: *“1. No ser discriminadas por su embarazo en los ámbitos educativo, social y laboral 2. La gratuidad de los servicios de salud materna 3. La protección prioritaria y cuidado de su salud integral y de su vida durante el embarazo, parto y posparto; y, 4. Disponer de las facilidades necesarias para su recuperación después del embarazo y durante el periodo de lactancia”*.
12. Adicionalmente, el artículo 332 del cuerpo constitucional señala que el Estado garantizará el respeto a los derechos reproductivos de las personas trabajadoras, lo que incluye la eliminación de riesgos laborales que afecten la salud reproductiva, el acceso y estabilidad en el empleo sin limitaciones por embarazo o número de hijas e hijos, derechos de maternidad, lactancia, y el derecho a licencia por paternidad. Se prohíbe el despido de la mujer trabajadora asociado a su condición de gestación y maternidad, así como la discriminación vinculada con los roles reproductivos.
13. De lo anterior, se observa que la mujer embarazada o en cualquier etapa relacionada a su estado de gestación, se encuentra revestida de una protección especial constitucional, la denominada estabilidad laboral reforzada, que busca evitar cualquier tipo de discriminación, la desvinculación a causa de su estado; y, precautelar la integralidad de su salud y la del hijo o hija que está por nacer.
14. No obstante, es menester considerar que, el derecho a la estabilidad laboral reforzada de este grupo considerado vulnerable, no es absoluto. La Ley Orgánica de Servicio Público y su Reglamento, en su ámbito de aplicación, regulan las formas por las que se pueden desvincular al servidor público; asimismo, la ley en mención, regula, en sus artículos 42 y 43 las faltas disciplinarias en las que se puede incurrir y las sanciones por orden de gravedad. Por lo tanto, existen causas de separación de la servidora pública de orden legal que son imputables a ella o que por resultar propias al tipo de figura bajo la cual se encuentra contratada no devienen en discriminatorias.
15. Corresponde en este punto, establecer que el derecho a la estabilidad laboral sólo puede ser ejercido cuando el empleador tenga conocimiento del estado de embarazo, sea porque el mismo es notorio o en caso de no serlo porque ha mediado comunicación escrita por parte de la trabajadora comunicando dicha situación. Este es un presupuesto esencial que permite al empleador tomar decisiones en conocimiento de los hechos considerando el gravamen (indemnizaciones) que implicaría para el empleador la desvinculación de la trabajadora en estado de gravidez. En este sentido, deviene en una arbitrariedad disponer el pago de indemnizaciones respecto de un hecho (embarazo no notorio) desconocido para el empleador, discrepando en este punto con el voto de mayoría que sostiene lo contrario por las razones que se explican más adelante.
16. Respecto de los contratos de servicios ocasionales, como se estableció anteriormente, no otorgan estabilidad laboral porque responden a una necesidad temporal de la institución que contrata a través de esta figura. Las causales de terminación de los contratos de servicios ocasionales son taxativas, las mismas se encuentran contenidas en el artículo 146 del Reglamento General a la LOSEP; más tratándose de mujeres en gestación o en periodo de

lactancia con contratos ocasionales. En este caso, la Corte Constitucional⁶, señaló que la terminación o la no renovación del contrato de servicios ocasionales vulnera el derecho de igualdad y no discriminación de las mujeres; razón por la cual, consideró que el mismo debe extenderse hasta la finalización del período fiscal en el que terminó la lactancia⁷. Respecto de este punto, coincidimos con el voto de mayoría, que de manera acertada, en aplicación del principio de igualdad y no discriminación, modifica el precedente jurisprudencial declarando la inconstitucionalidad de la frase “*hasta el fin del período fiscal en que concluya su período de lactancia*” contenida en el inciso tercero del artículo 58 de la LOSEP; y, la sustituye por la expresión “*hasta el fin del periodo de lactancia*”.

17. Si bien por norma general las modalidades de contrato de servicios ocasionales, nombramientos provisionales y cargos de libre nombramiento y remoción no generan estabilidad laboral; para el caso de las mujeres embarazadas y en período de lactancia cuyos servicios se prestaron bajo las modalidades antes detalladas, existe estabilidad laboral reforzada hasta que finalice el período de lactancia lo que no altera las modalidades por las cuales prestan sus servicios. Tal es así que, para precautelar este derecho existe la acción de despido ineficaz.
18. Por otro lado, se debe precisar que, la Corte Constitucional en sentencia No. 175-16-SP-CC, señaló que, la separación de la servidora en estado de gravidez de una empresa pública, por visto bueno, no vulnera derechos constitucionales y tampoco la hace acreedora a la indemnización por despido ineficaz. Si bien el alcance de este precedente no son las relaciones de trabajo reguladas por la LOSEP, este voto salvado, encuentra necesario extender este criterio para las relaciones de trabajo reguladas por la LOSEP, es decir, en caso de que la mujer embarazada o en período de lactancia sea desvinculada por reincidencia en faltas leves, por faltas graves o por incurrir en cualquiera de las causales de destitución, no corresponde el pago de indemnización alguna por haber concluido la prestación del servicio por una causa legal imputable a la servidora pública.

II. Comentarios adicionales sobre el voto de mayoría

19. Erradamente, el voto de mayoría, desconoce el derecho del empleador a estar informado y a tomar decisiones en conocimiento de hechos reales sobre el personal y sobre sus obligaciones relativas a seguridad social. En virtud de esto, este voto salvado, se aparta de la decisión de mayoría, recordando a la mujer embarazada su obligación de notificar sobre el embarazo - cuando el mismo no sea notorio - con la finalidad, no sólo de que el empleador tome decisiones informadas, sino también de que pueda acceder a las prestaciones de seguridad social a las que tiene derecho por su estado de gestación oportunamente. Es importante mencionar, que, los derechos de libertad de la mujer embarazada, como el derecho a tomar decisiones sobre la salud sexual; y, el derecho a la intimidad y a la no injerencia arbitraria, no pueden servir de sustento para eximir una

⁶ Corte Constitucional, Sentencias No. 309-16-SEP-CC y 263-18-SEP-CC.

⁷ Corte Constitucional Sentencia No. 258-15-SEP-CC, declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 58 de la LOSEP, incluyendo el siguiente texto en el tercer inciso del mismo “*en el caso de las mujeres embarazadas la vigencia del contrato durará hasta el fin del período fiscal en que concluya su período de lactancia, de acuerdo con la ley.*”

obligación de notificación que constituye un requisito mínimo que busca justamente precautelar los derechos constitucionales de la mujer.

20. La estabilidad laboral reforzada garantiza que la mujer embarazada permanezca en su trabajo hasta que concluya el período de lactancia, lo que implica que tenga ingresos tanto para su cuidado, como el del bebé. Hay que considerar que la separación de una mujer en estado de embarazo – por su condición – se torna en excepcional. En este contexto, el voto de mayoría, extralimitándose de las facultades conferidas por la Constitución y la ley, erradamente, crea una compensación para el derecho al cuidado⁸, desconociendo que la disposición general segunda de la Ley Orgánica Reformatoria a las leyes del sector público extiende la figura del despido ineficaz al sector público; por lo que, de ser declarada en sentencia la ineficacia de la separación de la mujer embarazada, se entenderá que no se ha interrumpido la relación laboral y el juez procederá a ordenar el pago de las remuneraciones pendientes con el diez por ciento de recargo. Además, en caso de que la mujer no considere ni desee retornar al trabajo, la figura del despido ineficaz prescribe una indemnización equivalente a un año de la remuneración que venía percibiendo además de la general que corresponde por despido intempestivo.
21. No deja de llamar la atención que, el voto de mayoría, sin fundamentar ni motivar las circunstancias que le permiten otorgarse competencias que son exclusivas de la Asamblea Nacional, en atención al artículo 135 de la Constitución de la República y en observancia de lo prescrito por el artículo 74.15 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, crea una compensación por el derecho al cuidado sin considerar las condiciones económicas y financieras reflejadas en el Presupuesto General del Estado. Inobserva también la disposición del despido ineficaz que ya contempla una indemnización, generando una doble sanción para el empleador público, cuyos recursos son escasos.
22. En relación al derecho a la tutela judicial efectiva en el marco de los hechos de los casos analizados, el voto de mayoría señala, desnaturalizándola, que “*la vía adecuada para atender las pretensiones de las mujeres embarazadas o en período de lactancia es la acción de protección*”; no obstante omite considerar la acción de despido ineficaz a la cual las mujeres en estas condiciones pueden acceder; acción que por su naturaleza deviene en un mecanismo procesal adecuado, rápido y eficaz para dilucidar si existiere vulneración a la estabilidad laboral reforzada a través de una sentencia que determine la ineficacia o no de la terminación de la relación laboral. La disposición general segunda de la Ley Orgánica

⁸ La sentencia de mayoría sostiene: “194. La compensación para el derecho al cuidado comprenderá la suma de los siguientes componentes:

- a. La misma remuneración que venía percibiendo la persona por el resto de meses de embarazo.
- b. La misma remuneración que venía percibiendo por 14 semanas de cuidado (licencia de maternidad).⁸
- c. La misma remuneración que venía percibiendo por el tiempo que reste para cumplir el periodo de lactancia establecido en la ley.

195. La compensación se calcula a partir del día de terminación de trabajo y se suma el tiempo que faltare hasta completar el periodo de lactancia. En este sentido, por ejemplo, si la terminación se produce durante el cuidado por maternidad (licencia) no se tomará en cuenta el tiempo del embarazo (literal a del párrafo anterior), se sumará el tiempo restante hasta cumplir 14 semanas (literal b) y se añadirá el monto correspondiente a lactancia (literal c); de igual manera, si la terminación se produce en el período de lactancia, no se agregarán los montos de embarazo ni cuidado por maternidad (literal b y c).

Reformatoria a las leyes del sector público expresamente establece que *“Se considerará ineficaz la supresión del puesto y la compra de renuncia obligatoria con indemnización, así como la terminación de los contratos de servicios ocasionales de las servidoras públicas en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad, en razón del principio de inamovilidad que les ampara (...). Serán aplicables en estos casos las disposiciones sustantivas del Código del Trabajo que regulan el "despido ineficaz", con los mismos efectos establecidos en el referido cuerpo legal, según corresponda. En lo procedimental se estará a lo dispuesto en el Código Orgánico General de Procesos, siendo competencia de las Unidades Judiciales de lo Contencioso Administrativo el conocimiento de estas acciones (...).”* Por este motivo, sí existe una acción expedita de justicia ordinaria que permite que este grupo vulnerable acceda a una justicia oportuna precautelando su derecho a la tutela judicial efectiva.

23. Adicionalmente, el voto de mayoría, en el marco del análisis de la reparación integral equivocadamente señala que *“los jueces y juezas atenderán a la reparación solicitada en la demanda y deberán preguntar en audiencia cómo la mujer, si se declarase la violación de derechos, se sentiría reparada”*; obligación que trasciende las establecidas en la Constitución y la ley; y, que además, desnaturaliza la figura de la reparación integral, pues la misma no depende ni debe corresponderse con la apreciación subjetiva de la mujer que goza de una protección especial y que fue desvinculada de su cargo sobre cómo se sentiría reparada, sino que responde propiamente a hechos objetivos y probados sobre el daño causado.
24. En relación a la modalidad del nombramiento provisional, el voto de mayoría, establece que *“si se convocare a concurso para ocupar dicha vacante dentro del período de embarazo o lactancia, el concurso será nulo”*; resolución con la que este voto salvado no está de acuerdo, pues la nulidad de un concurso de méritos y oposición es un asunto netamente de legalidad, sujeto a causales taxativas, o a actos que vulneren el debido proceso sin que dentro de estos se encuentre la afectación de un derecho constitucional a un grupo vulnerable.
25. Sobre los cargos de libre nombramiento y remoción, el voto de mayoría, señala que en los casos de cambio de administración o autoridad que tiene la potestad de designar a personas de libre remoción, *“la autoridad nominadora procurará contar con el trabajo de la persona bajo protección especial. Si no fuere posible, se podrá terminar la relación laboral sin que exista la obligación de la compensación por cuidado.”*; aspectos que no comparte este voto en virtud de que, la naturaleza jurídica del cargo de libre nombramiento y remoción no puede ser modificada incorporando criterios que devienen en arbitrarios, desconociendo los principios constitucionales de igualdad y no discriminación, toda vez que no se entiende la razón por la cual se aceptaría la desvinculación de la mujer embarazada solo en este caso, cuando los contratos ocasionales y los nombramientos provisionales carecen también de estabilidad laboral.
26. La Corte Constitucional, administrando justicia constitucional conforme lo dispuesto en el artículo 436 (6) de la Constitución, artículo 25 de la LOGJCC, RESUELVE:
 1. Disponer que la Asamblea Nacional, en atención a las facultades conferidas por la Constitución de la República, incorpore y regule expresamente en las leyes del sector público la figura del despido ineficaz, de conformidad a la disposición general segunda

de la Ley Orgánica Reformatoria a las leyes del sector público publicada el 19 de mayo de 2017 en el Registro Oficial Suplemento 1008.

Dra. Carmen Corral Ponce
JUEZA CONSTITUCIONAL

Dr. Enrique Herrería Bonnet
JUEZ CONSTITUCIONAL

Razón: Siento por tal que el voto salvado de los señores Jueces Constitucionales Carmen Corral Ponce y Enrique Herrería Bonnet, en la causa N.º 3-19-JP, fue presentado en Secretaría General, mediante correo electrónico, el 20 de agosto de 2020, a las 16h35; y, ha sido procesado conjuntamente con la Sentencia.- Lo certifico.

Dra. Aída García Berni
Secretaria General