



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

AREA JURIDICA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA

CARRERA DE DERECHO

TÍTULO

**“INCONGRUENCIA JURÍDICA ENTRE EL CÓDIGO DE TRABAJO
Y LA LEY ORGÁNICA DE SERVICIO PÚBLICO CON RESPECTO
AL PERMISO DEL CUIDADO DEL RECIÉN NACIDO PARA LA
MADRE LACTANTE.”**

TESIS PREVIA A LA
OBTENCION DEL TITULO DE
ABOGADO

AUTOR: Germán Rodrigo Ortega Fierro

DIRECTOR: Dr. Freddy Yamunaqué Vite

LOJA — ECUADOR

2015

CERTIFICACIÓN

**DR. FREDY YAMUNAQUÉ VITE, DOCENTE DEL ÁREA, JURÍDICA SOCIAL
Y ADMINISTRATIVA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.**

CERTIFICA:

Haber dirigido el desarrollo de la presente Tesis, realizada por el señor Germán Rodrigo Ortega Fierro, Titulada “INCONGRUENCIA JURÍDICA ENTRE EL CÓDIGO DE TRABAJO Y LA LEY ORGÁNICA DE SERVICIO PÚBLICO CON RESPECTO AL PERMISO DEL CUIDADO DEL RECIÉN NACIDO PARA LA MADRE LACTANTE”, la misma que ha sido revisada debidamente en su contenido y su forma de acuerdo a las normas de graduación vigentes en la Universidad Nacional de Loja, por tanto autorizo su presentación para los fines de Ley.

Loja, 11 de noviembre del 2015

Dr. Freddy Yamunaqué Vite

DIRECTOR DE TESIS.

AUTORÍA

Yo, Germán Rodrigo Ortega Fierro declaro ser autor del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el repositorio Institucional-biblioteca Virtual.

AUTOR: Germán Rodrigo Ortega Fierro

FIRMA:.....

CÉDULA: 1104286065

FECHA: Loja, diciembre de 2015

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.

Yo, Germán Rodrigo Ortega Fierro declaro ser autor de la Tesis titulada: **“INCONGRUENCIA JURÍDICA ENTRE EL CÓDIGO DE TRABAJO Y LA LEY ORGÁNICA DE SERVICIO PÚBLICO CON RESPECTO AL PERMISO DEL CUIDADO DEL RECIÉN NACIDO PARA LA MADRE LACTANTE”**, Como requisito para optar al Grado de: **ABOGADO**: autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional:

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la Tesis que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 16 días del mes de diciembre del dos mil quince, firma el autor:

AUTOR: Germán Rodrigo Ortega Fierro

FIRMA:.....

CÉDULA: 1104286065

DIRECCIÓN: Loja, Av. Pio Jaramillo Alvarado y Chile

CORREO ELECTRÓNICO: germanortega1989@gmail.com

TELÉFONO: 2561043 **CÉLULAR:** 0982452109

DATOS COMPLEMENTARIOS

DIRECTOR DE TESIS: Dr. Freddy Yamunaqué Vite

TRIBUNAL DE GRADO:

Dr. Mg. Mario Enrique Sánchez Armijos Mg. Sc. **(Presidente)**

Ab. Andrea Aguirre Mg. Sc. **(Vocal)**

Dr. Diosgrafo Chamba Villavicencio PhD. **(Vocal)**

DEDICATORIA

Gracias a esas personas importantes en mi vida, que siempre estuvieron listas para brindarme toda su ayuda, ahora me toca regresar un poquito de todo lo inmenso que me han otorgado. Con todo mi cariño esta tesis se las dedico a ustedes: Germán Guillermo, Sandra Fierro, Andrea Ivanova, Anthony Guillermo, Mateo Germán, José Andrés y de manera especial para los dos grandes amores de mi vida Cisne Elizabeth y Germán Nicolas.

EI AUTOR

AGRADECIMIENTO

Dejo constancia de mi sincero agradecimiento a la Universidad Nacional de Loja prestigioso centro de estudios, al Área Jurídica, Social y Administrativa, carrera de Derecho, por darme la oportunidad de estudiar para la formación profesional, a todos y cada uno de sus catedráticos por participar sus instrucciones y sabios conocimientos, de manera especial al Dr. Freddy Yamunaqué Vite, Director de la presente Tesis, quien colaboró desinteresadamente en la realización de este trabajo investigativo. Finalmente agradezco a los ciudadanos que colaboraron con la información y ayuda para la consecución de aquel objetivo.

EL AUTOR.

TABLA DE CONTENIDOS

CARÁTULA

CERTIFICACIÓN

AUTORÍA

CARTA DE AUTORIZACION

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

1. TÍTULO

2. RESUMEN

2.1. ABSTRACT

3. INTRODUCCIÓN

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. DERECHO

4.1.2. DERECHO A LA IGUALDAD

4.1.3. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO A LA IGUALDAD

4.1.4. ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICO EN CONDICIONES DE IGUALDAD

4.1.5. EL TRABAJO

4.1.6. CONCEPTO DE TRABAJO

4.1.7. ORIGEN Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL TRABAJO

4.1.8. CLASIFICACIÓN DEL TRABAJO

4.1.9. EL TRABAJADOR

- 4.1.10. EL EMPLEADOR
- 4.2. MARCO DOCTRINARIO
 - 4.2.1. FAMILIA
 - 4.2.2. TIPOS DE FAMILIA
 - 4.2.3. MATERNIDAD
 - 4.2.4. PERMISO POR MATERNIDAD
 - 4.2.5. LACTANCIA
 - 4.2.6. EL DERECHO A LA SEGURIDAD JURÍDICA
 - 4.2.7. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE SEGURIDAD JURIDICA
- 4.3. MARCO JURÍDICO
 - 4.3.1. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR
 - 4.3.2. CÓDIGO DEL TRABAJO DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR
 - 4.3.3. LEY ORGÁNICA DE SERVICIO PÚBLICO
 - 4.3.4. REGLAMENTO DE LA LEY ORGÁNICA DE SERVICIO PÚBLICO
- 4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA
 - 4.4.1. CONSTITUCIÓN POLITICA DE PERÚ
 - 4.4.2. CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO PERÚ
 - 4.4.3. CÓDIGO SUSTANTIVO DE TRABAJO COLOMBIA
- 5. MATERIALES Y MÉTODOS
 - 5.1. MATERIALES.
 - 5.2. MÉTODOS.
 - 5.3. TÉCNICAS
- 6. **RESULTADOS**
 - 6.1. ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS DE LA APLICACIÓN DE ENCUESTAS

6.2. RESULTADOS DE LAS ENTREVISTAS

7. DISCUSIÓN

7.1. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS.

7.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

7.3. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA QUE SUSTENTA LA PROPUESTA DE
REFORMA AL CÓDIGO DE TRABAJO.

8. CONCLUSIONES

9. RECOMENDACIONES

9.1 PROPUESTA DE REFORMA

10. BIBLIOGRAFIA.

11. ANEXOS.

INDICE

1. TÍTULO.

**“INCONGRUENCIA JURÍDICA ENTRE EL CÓDIGO DE TRABAJO Y LA LEY
ORGÁNICA DE SERVICIO PÚBLICO CON RESPECTO AL PERMISO DEL
CUIDADO DEL RECIÉN NACIDO PARA LA MADRE LACTANTE”.**

2. RESUMEN.

La importancia y trascendencia del problema Socio-Jurídico bajo el título **“INCONGRUENCIA JURÍDICA ENTRE EL CÓDIGO DE TRABAJO Y LA LEY ORGÁNICA DE SERVICIO PÚBLICO CON RESPECTO AL PERMISO DEL CUIDADO DEL RECIÉN NACIDO PARA LA MADRE LACTANTE”**, se fundamenta principalmente en las falencias encontradas en la Ley Orgánica de Servicio Público en sus Arts. 27 Literal c) y 33 refieren “la maternidad, toda servidora pública tiene derecho a una licencia con remuneración de doce (12) semanas para el nacimiento de su hija o hijo, en caso de nacimiento múltiple el plazo se extenderá por diez días adicionales” “las servidoras tendrán permiso para el cuidado del recién nacido por dos horas diarias, durante doce meses contados a partir de que haya concluido su licencia de maternidad”, mientras que en el Código de Trabajo en su Art. 155 refiere que “durante los doce (12) meses posteriores al parto, la jornada de la madre lactante durará seis (6) horas, de conformidad con la necesidad de la beneficiaria”.

Mientras que en un cuerpo normativo se extiende el tiempo para el cuidado del recién nacido por doce semanas o en su lugar por tres meses, en el segundo se disminuye radicalmente este periodo de tiempo, resultando ser perjudicial para quienes tengan que ampararse en el Código de Trabajo.

La Constitución de la República reconoce dentro de los derechos de protección el derecho a la seguridad jurídica, fundamentada en el acatamiento a la Constitución y en la coexistencia de normas jurídicas que deben ser aplicadas por las autoridades competentes.

Es trascendental que se estudie, reforme y unifique el Código de Trabajo con la Ley Orgánica de Servicio Público, ya que en ello se involucran derechos tales como la igualdad formal y materia, el derecho a la seguridad jurídica y el principio de no discriminación,

Es necesario armonizar el Código de Trabajo con la Ley Orgánica de Servicio Público, a las exigencias del Estado Constitucional, tomando en cuenta que el Art. 84 de la Constitución determina que es obligación de la Asamblea Nacional y de todo órgano con potestad normativa de adecuar formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos consagrados en la Constitución.

2.1.ABSTRACT.

The importance and significance of Socio-Legal issue under the title “LEGAL INCONGRUITY CODE BETWEEN WORK AND PUBLIC SERVICE ORGANIC LAW WITH RESPECT TO PERMIT THE NEWBORN CARE FOR MOTHER INFANT”, is mainly based on the weaknesses found in the Public Service Act in its Art. 27 Literal c) and 33 refer “motherhood, every public servant is entitled to a paid leave of twelve(12) weeks for the birth of their daughter or son, in case of multiple births the period will be extended for an additional ten days “the servants will be allowed for the care of the newborn for two hours a day for twelve months after they have completed their maternity leave”, while the Labour Code in its Art. 155 states that” during the twelve (12) months after delivery, the day of the nursing mother will last six (6) hours, in accordance with the need of the beneficiary.

While a regulatory body extends the time for newborn care for twelve weeks or in place for three months, in the second dramatically decreasing this time, proving to be detrimental to those who have to rely on the Code Work.

The Constitution recognizes in protecting the rights of the right to legal certainty, based on the observance of the Constitution and the coexistence of legal rules to be applied by the competent authorities.

It is vital that consideration, reform and unify the labor Code in this case to the Public Service Act, because it involved rights such as formal and substantive equality and non-discrimination, and the right to security.

It is necessary to harmonize the Labour Code to the Public Service Act, the requirements of the State Constitution, taking into account that Article 84 of the Constitution, it is the National Assembly and any body with regulatory powers to adapt formally and materially, the laws and other legal norms to the rights enshrined in the Constitution.

3.- INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación aborda un tema importante dentro de la realidad jurídica actual, referente a la incongruencia jurídica entre dos normas legales que vulnera principalmente el derecho a la igualdad.

En la investigación de campo, se ha receptado el criterio que tienen los abogados y personas amparados en el Código de Trabajo, acerca de la vulneración de derechos a la que son sometidos el personal amparado en el Código de Trabajo con respecto a los amparados en la Ley Orgánica de Servicio Pública, por una incongruencia que afecta directamente a la madre para el cuidado del recién nacido, lo que determina que el Estado no garantiza de forma efectiva el derecho a la igualdad, en todas sus modalidades tanto en el sector público como privado.

El presente trabajo Jurídico y Doctrinario, previo a la obtención del grado de Abogado de los Juzgados y Tribunales, se Titula: **“INCONGRUENCIA JURÍDICA ENTRE EL CÓDIGO DE TRABAJO Y LA LEY ORGÁNICA DE SERVICIO PÚBLICO CON RESPECTO AL PERMISO DEL CUIDADO DEL RECIÉN NACIDO PARA LA MADRE LACTANTE”**, el cual nace del análisis profundo y el estudio de la problemática de la realidad social, donde realmente se ha evidenciado atentados contra el derecho de igualdad y a la seguridad jurídica para con las personas amparadas bajo el Código de Trabajo.

Frente a ésta realidad realicé la presente investigación, misma que la he dividido de la siguiente forma: en la parte inicial consta el Título, Introducción y

la Revisión de Literatura donde me refiero muy centralmente a temas como: Derecho, Derecho de Igualdad, Trabajo, Trabajador, Empleador, familia, Maternidad, Lactancia, Seguridad Jurídica,

Luego se presenta una descripción de los materiales y métodos que fueron empleados para la ejecución de la presente, como el camino a seguir para alcanzar los resultados que se presentan, en donde se reporta los datos que se recopilaron a través de las encuestas y entrevistas aplicadas a personas idóneas y conocedoras de la problemática. A continuación se muestra la verificación de objetivos, contrastación de hipótesis; y, finalmente se presenta la discusión y se expresa las correspondientes conclusiones, recomendaciones y propuesta de reforma legal a la problemática planteada.

Esto constituye una breve síntesis del contenido del presente trabajo, previo a la obtención del Título de Abogado de los tribunales y Juzgados de la República.

4. REVISION DE LITERATURA

4.1. Marco Conceptual.

4.1.1 Derecho.

Del Derecho se ha dicho que es un conjunto de normas jurídicas que forman un sistema hermético al punto que las soluciones hay que buscarlas en las propias normas. “El término Derecho se deriva de la voz latina *directus* igual a directo y de *dirigere* equivalente a dirigir, encausar; significa lo que está conforme a la norma, a la regla. De acuerdo a nuestro léxico la palabra Derecho equivale a obrar con rectitud, honradez, justicia, equidad. Tomando en cuenta el origen del vocablo Derecho, se deduce que hay que obrar rectamente conforme a la norma, a la regla.”¹

En principio, digamos que es un conjunto de normas de carácter general, que se dictan para regir sobre toda la sociedad o sectores preestablecidos por las necesidades de la regulación social, que se imponen de forma obligatoria a los destinatarios, y cuyo incumplimiento debe acarrear una sanción coactiva o la respuesta del Estado a tales acciones. Estas normas no son resultado solamente de elementos racionales, sino que en la formación de las mismas inciden otros elementos, tales como intereses políticos y socioeconómicos, de valores y exigencias sociales predominantes, en tanto condicionan una determinada voluntad política y jurídica, que en tanto se haga dominante se hace valer a través de las normas de Derecho. A su vez esas normas expresan

¹Dr. VICENTE P. Máximo Rolando., Módulo II, INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DE LA SOCIEDAD, EL ESTADO Y EL DERECHO, Carrera de Derecho, Modalidad Estudios a Distancia de la Universidad Nacional de Loja. Pág. 115.

esos valores, conceptos y exigencias, y contendrán los mecanismos para propiciar la realización de los mismos a través de las conductas permitidas, prohibidas o exigidas en las diferentes esferas de la vida social.

A fin de obtener un concepto adecuado, es necesario previamente analizar distintos criterios dados por algunos estudiosos del Derecho, que con distinta visión ilustran nuestro estudio, como la obra de Isabel Robalino B., denominado Manual de Derecho de Trabajo, encontramos varias concepciones:

a) Turba Urbina sostiene, que el derecho de trabajo es el conjunto de principios, normas e instituciones que protegen, dignifican y tienden a reivindicar a todos los que viven de sus esfuerzos materiales o intelectuales para la realización de su destino histórico

b) Por una parte Krotoschin, lo define como el conjunto de los principios y de las normas jurídicas destinadas a regir la conducta humana dentro de un sector determinado de la vida social, el que se limita al trabajo prestado por trabajadores al servicio de empleadores, comprendiendo todas las ramificaciones que nacen de esta relación.

c) El Profesor Jaime Luís Navas: expresa: “El derecho del trabajo es la rama del derecho que ordena el régimen profesional del trabajo dependiente y consiguientemente regula los elementos subjetivos, objetivos, formales y estructurales vinculados al trabajo dependiente y en cuanto que este vinculados al mismo”².

² ROBALINO BOLLE, Isabel: Manual de Derecho de Trabajo, Segunda Edición, Editorial Mendieta, Fundación Antonio Quevedo, Quito – Ecuador, 1998. Pág. 5

Otros autores como el profesor Mexicano Euquerio Guerrero, En su obra Relaciones Laborales, opina que El Derecho del Trabajo, es la base de la cual derivan los derechos y obligaciones de trabajadores y empresarios ”³.

En tanto que para el reconocido tratadista mexicano Mario de la Cueva, en su obra Derecho Mexicano del Trabajo, con un criterio amplio, expresa que, “El nuevo Derecho es la norma que se propone realizar la justicia social en el equilibrio de las relaciones entre el trabajo y el capital”⁴.

En su obra Curso de Derecho del Trabajo el catedrático español Pérez Botija define el Derecho del Trabajo como: “El conjunto de principios y normas que regulan las relaciones de empresarios y trabajadores y de ambos con el Estado a los efectos de la protección y tutela del trabajo”⁵.

Otros lo hacen por el objeto de este derecho, como lo manifiesta el jurista Rafael Caldera, quien nos habla de “conjunto de normas jurídicas que se aplican al hecho social trabajo, tanto por lo que toca a las relaciones entre quienes intervienen en él y con la colectividad en general como al mejoramiento de los trabajadores en su condición de tales”⁶.

En todo caso los criterios y definiciones expuestas, son muy importantes para este estudio, y que colaboran para poder establecer una definición lo más cercana y completa a lo que debemos entender como concepto de esta disciplina legal, que es materia de estudio. Por lo tanto, de este análisis hecho

³ GUERRERO, Euquerio: Relaciones Laborales, Editorial Letras, México D. F., 1971. Pág. 29

⁴ DE LA CUEVA, Mario: Derecho Mexicano del Trabajo, Segunda Edición, editorial Porrúa, Hnos, 1963, México. Pág.54

⁵PÉREZ BOTIJA, Eugenio: Curso de Derecho del Tratado, 5ta Edición, Editorial Tecnos, 1957, Madrid – España, 1957. Pág. 23

⁶CALDERA, Rafael: Derecho del Trabajo, Tipografía de la Nación, 1940, Caracas – Venezuela. Pág. 331

a distintos conceptos y criterios, así como de los fundamentos de esta ciencia jurídica, se puede llegar a definir al Derecho del Trabajo, como el conjunto de normas y principios que regulan las relaciones entre trabajadores y empleadores, cualesquiera que sean sus modalidades y condiciones del trabajo. El Derecho Laboral es una ciencia que con criterio social, debe velar porque prime la justicia en las relaciones de trabajo, al mismo tiempo será un arte para buscar los mejores medios para armonizar los intereses del capital y del trabajo, dentro de una organización beneficiosa para el Estado y la sociedad.

4.1.2. Derecho a la Igualdad.

Este derecho se encuentra previsto en nuestra carta magna en el inciso 2 del Artículo 11 de la Constitución vigente que a la letra dice. "Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación."⁷

⁷ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR , Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, 2013. Pág. 8.

De manera concordante y con sujeción a lo establecido en la cuarta disposición final y transitoria de la constitución, el derecho objeto de comentario se encuentra contemplado en los artículos 1,2,13 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en nuestro país su regulación constitucional se inicia en la constitución de 1823.

Constitucionalmente, el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir: que la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica: que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable.

Sin embargo, la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del estado social y democrático de derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribiera todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable.

La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables.

4.1.3. Antecedentes Históricos del Derecho a la Igualdad

Desde una perspectiva histórica su génesis se remonta al acta de Independencia de los Estados Unidos de fecha 4 de Julio de 1776, en donde se proclamo lo siguiente:

«Sostenemos como verdades evidentes que todos los hombres han sido creados iguales...»

«Ningún hombre o grupo de hombres tiene derecho, privilegio o ventajas exclusivas o separadas de la comunidad»

Asimismo, en el artículo 1 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano (Francia, 1789) se estableció que:

"Todos los hombres nacen y viven libres e iguales en derechos; las distinciones sociales solo pueden fundarse en la utilidad común"⁸.

Igualmente en el artículo 6 del citado texto se señaló que: "La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen el derecho de concurrir a su formación personalmente o por representantes. Ella debe ser la misma para todos, lo mismo cuando proteja como cuando castigue. Siendo todos los ciudadanos iguales ante ella, son igualmente admisibles a todas las

⁸ Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano, Artículo 1. 1789. Pág. 34

dignidades, cargos y empleos públicos, según su capacidad, sin otra distinción que la de su virtud o la de su talento"⁹.

A tenor del contenido de las disposiciones antes glosadas y como bien refiere el profesor FRANCISCO FERNANDEZ SEGADO, en el pensamiento liberal de finales del siglo XVIII y a lo largo del siglo XIX, el principio de igualdad se manifiesta básicamente como una paridad ante la ley. Esto es, como una equiparidad sin acepción de las personas, en torno a los alcances normativos de un precepto legal.

En ese contexto, el principio de igualdad quedó subsumido dentro del principio de legalidad. Por consiguiente, se consideraba como iguales a aquellos a quienes la ley considera como tales y diferentes a aquellos otros a quienes la ley los diferenciaba.

En ese sentido se consideraba que la ley era igual para todos, porque esta reunía las características de universalidad y generalidad.

En razón de la primera se determinaba normativamente el conjunto de ideas o conceptos esenciales referidos a una específica forma de relación jurídica, lo que le daba a dichos tipos de ligazón una naturaleza o carácter común.

Es evidente que dentro de dicho marco histórico ideológico, la vigencia y aplicabilidad del principio de igualdad quedaba supeditada a la voluntad del legislador. Este tenía como principal punto de orientación para consagrar dicha

⁹ <http://www.monografias.com/trabajos61/derecho-igualdad-ley/derecho-igualdad-ley2.shtml>

equiparidad personal, la imposibilidad de establecer diferencias que no resultaren del libre juego de las fuerzas sociales. En ese sentido, se postuló la neutralidad e imparcialismo del cuerpo político frente a sus súbditos o ciudadanos.

Se establece que la sociedad civil como hecho oriundo y ajeno al estado, no encontraba obstáculo para considerar naturales y consecuentemente juridizables las diferencias que la propia sociedad estableciere. Tal como puede desprenderse de sus prístinos enunciados ideológicos, la clásica enunciación de la igualdad ante ley constituye una igualdad formal; la cual devenía en insuficiente a la luz de las reflexiones que nos brinda la historia de la coexistencia social.

El cambio de orientación del sentido de la igualdad, se generará con la aparición de las corrientes políticas revolucionarias post - liberales (social demócratas, anarquistas, marxistas, etc.) y por la propia doctrina social de la Iglesia. A raíz de ello se comenzará a reivindicar la necesidad de que la igualdad no sea concebida exclusivamente en términos formales, sino que adquiera complementariamente un sentido material. Esto es, que la igualdad en el goce pleno de los derechos fundamentales y la búsqueda de la plena realización personal se convierte en un logro o meta histórica a alcanzar mediante la actuación directa o indirecta del Estado.

A partir de allí se comienza a reivindicar la necesidad que la igualdad no sea concebida como un principio exclusivamente formal, sino que la equiparidad de

oportunidades se volviera en un objetivo o meta a alcanzar mediante la actuación del Estado.

Por ende, para que todos los seres humanos podamos tener acceso a las mismas oportunidades de realización personal y coexistencial; y para que los beneficios de la ley no deniegan en una quimera, es preciso que se atenúen los desequilibrios que infraccionan el orden natural.

A la denominada igualdad ante la ley, hay que confrontarla en la práctica con la denominada igualdad real; lo que se traduce en la verificación efectiva de todo aquello que la primera enuncia. Se trata de comprobar de que modo se cumple en función de una serie de condicionamientos de carácter económico, social cultural, etc.

4.1.4. Acceso a la Función Pública en Condiciones de Igualdad

En una primera aproximación, el contenido de este derecho puede desmembrarse como sigue: a) acceso a la función pública, b) condiciones de igualdad en el acceso. Por un lado, se reconoce en cuanto derecho subjetivo el acceso a la función pública, esto es, la facultad de incorporarse a la función pública por parte de cualquier ciudadano. Se trata aquí del bien jurídico como objeto de protección (acceso a la función pública). Por otro, en cambio, se establece una exigencia particular del acceso: la igualdad de condiciones.

Cabe advertir que el ámbito de protección o contenido de este derecho fundamental no se reduce a la exigencia de condiciones iguales en el acceso a

la función pública; el acceso a la función representa en sí mismo el bien jurídico protegido por este derecho fundamental.

El derecho-principio de igualdad enunciado en el art. 11, inc. 2) de la Constitución de la República, establece una prohibición de discriminación que implica que ningún grupo destinatario de la norma se vea excluido del ejercicio o goce de un derecho fundamental, constitucional, legal, frente a otro grupo al que, por el contrario, sí se le permita.

Desde una perspectiva general, puede afirmarse que, prima facie, tal problema se plantea con los derechos de participación y los derechos de protección, entendidos aquí, en sentido restringido, como derechos sociales, económicos y culturales. Esta constatación permite advertir que todo derecho de participación y de protección lleva anexa una prohibición de discriminación que se deriva del art. 11, inc. 2) de la Constitución de la República, o, si se prefiere, a la inversa, que la prohibición de discriminación se proyecta horizontalmente sobre todos los derechos de participación y los derechos de protección.

Si esto es así, habría que concluir que el mandato de igualdad en el derecho de acceso a la función pública es una proyección específica del enunciado en el art. 11, inc. 2) de la Constitución de la República. Tal ha sido justamente la interpretación del acceso a la función pública enunciado en el art. 33, numeral 2 de la Ley Fundamental y en el art. 51 de la Constitución italiana. Ahora bien, se

trata de una proyección pero justamente sobre un derecho en particular: el derecho de acceso a la función pública.

Sin embargo, ello no debe conducir a omitir que el derecho de acceso a la función pública detenta un bien jurídico autónomo de protección: el acceso a la función pública, la participación en la función pública. La igualdad de las condiciones del acceso representa, así, sólo un contenido, una parte, mas no el todo, de este derecho fundamental.

Para entender el contenido de este derecho ha menester esclarecer su naturaleza. El derecho de acceso a la función pública constituye un derecho de participación. Constituye así manifestación del *status activae civitatis*. No se trata de un derecho de defensa o de libertad, tampoco se trata de un derecho de protección o de prestación porque no posibilita el acceso a bienes protegidos por los derechos económicos, sociales y culturales.

La razón por la que este derecho comprende también el ejercicio pleno y sin perturbación de la función pública y el ascenso en ella es que, siendo la participación en la función pública el bien protegido de este derecho, el menoscabo, restricción o limitación ilegítima del pleno desenvolvimiento de la función pública o del ascenso en la misma, pueden conducir a una afectación del bien protegido por este derecho.

La participación en la función pública tiene que ser entendida como un bien cuya concretización debe desarrollarse en toda su magnitud, es decir, con todas las implicancias que su pleno desarrollo lo exija. Ello se debe a que los

derechos fundamentales deben ser comprendidos como *mandatos de optimización*, lo cual significa, precisamente, que su contenido protegido alcanza a todos los aspectos que contribuyen a un mayor grado de realización del bien jurídico que protege.

El acceso a la función pública debe estar regulado. La previsión de una función pública por parte de cualquier norma del ordenamiento jurídico trae consigo la configuración del bien jurídico que es objeto de este derecho fundamental. Ahora bien, los requisitos y procedimientos para acceder a la función pública constituyen precisamente las “condiciones” a las que se aluden.

Las condiciones para acceder han de ser iguales. Se configura un mandato de igualdad en la determinación de las condiciones, lo que significa, correspondientemente, la institución de una prohibición de discriminación. Así, condiciones iguales significa condiciones no discriminatorias.

El acceso en igualdad de condiciones implica, en principio, la lectura sistemática de la exclusión de motivos constitucionalmente prohibidos de discriminación impuesta por el derecho-principio de igualdad (art. 11, inc. 2 de la Constitución de la República). Con ello, ha de concluirse que la igualdad de condiciones supone una prohibición de establecer discriminaciones en motivos de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica, o de “cualquier otra índole”. Ninguno de estos motivos podrán ser considerados

razones para el establecimiento de un requisito o procedimiento para el acceso a la función pública.

4.1.5. El Trabajo.

El trabajo ha sido objeto de diversos estudios, considerado como el esfuerzo físico o intelectual que pone en práctica el trabajador.

Sin coincidencia plena, pero sin discrepancias importantes, el vocablo trabajo se deriva de indudables voces latinas, con la idea de sujeción y de penoso; para unos proviene del latín trabis: traba; porque el trabajo es la traba o sujeción del hombre. Para la Academia Española, el origen es también latino: de tripaliumaparato para sujetar las caballerías, voz formada de tripalis, algo de tres palos.

Se dice que todo hombre, por ley propia de la naturaleza, ha de trabajar para obtener la subsistencia; y aunque la máquina obra al fin de trabajo intelectual de quien la concibe, alivia en buena parte cuanto de penoso tenía el trabajo antiguamente, pero no podrá eliminarse por completo; pues a más de esas imprescindibles tareas de hacer las "máquinas, está la de ponerlas en actividad, cuidarlas y repararlas; aparte de la eterna incógnita, de conocimiento imposible, que pende sobre el mundo y la aplicación de las fuerzas del hombre para dirigirlo y aprovecharlo.

Esta concepción se la considera como una manifestación esencial del ser humano y constitutivo, que al mismo tiempo es un hecho social valorable,

manifestado tanto como facultad y como deber, siendo una condición indispensable para el desarrollo del género humano.

“Antes de la era moderna, la mayoría de las personas trabajaban por cuenta propia en diversas profesiones artesanales o en plantaciones familiares. Los trabajadores individuales generalmente determinaban sus propios programas o esquemas de trabajo; con la posterior tendencia a trabajar fuera del hogar, los trabajadores cedieron esta responsabilidad a sus empresarios; dándose el resultado que solía ser unos programas de trabajo fijos, permitiendo de esta forma que los empresarios coordinen los esfuerzos de sus trabajadores”¹⁰.

La lucha por la existencia es una necesidad natural, si se quiere sobrevivir, quien mejor se adapte a ella sobrevive ya que el trabajo del hombre es una exigencia natural y vital, pues sin el trabajo la vida humana sería imposible pues a su vez adapta los objetos de la naturaleza convirtiéndolos en bienes necesarios para la existencia de un conglomerado de hombres y mujeres en constante actividad recíproca para reproducirnos; para trabajar en la consecución de los bienes necesarios para la existencia incluyéndose en estos los bienes que permiten regocijar nuestro espíritu y que tienen relación con el arte en todas sus manifestaciones para crear y fomentar relaciones de afecto con las demás personas.

¹⁰<http://www.colectivodeabogados.org/article>

4.1.6. Concepto de Trabajo.

Según el autor Galo Espinoza trabajo es el “esfuerzo humano, físico o intelectual, aplicado a la obtención o producción de riqueza. Toda actividad es susceptible de valoración económica”¹¹.

“El trabajo constituye, en esencia un esfuerzo humano en producir o conseguir algo. El hombre representa un factor originario de la producción del trabajo que es impuesto por la naturaleza, corresponde y sigue al derecho natural de cada individuo a hacer del trabajo el medio para proveer su vida propia y la de sus familiares, estableciendo un régimen económico y social”¹².

El proceso del trabajo incluye tres momentos: La actividad del hombre dirigida a un fin, es decir, el trabajo mismo; El objeto del trabajo; Los instrumentos de producción con que el hombre actúa sobre el objeto dado.

El trabajo constituye la condición primera y fundamental de la existencia humana; el Código del Trabajo lleva consigo, como toda Ley opresora, una ansia de liberación, se opone al mínimo esfuerzo, que no es sino una ley biológica resumida en la tentativa de todos los seres de subsistir al consumo de un mínimo de energías.

No es difícil observar que el hombre, en su conducta económica, procede en forma de atender a la satisfacción de sus necesidades, que es la manera de asegurar su supervivencia con el menor gasto posible de energía, históricamente se nota que todo progreso técnico en los procedimientos

¹¹ http://es.wikipedia.org/wiki/Medios_de_producci%C3%B3n

¹² DíAS, Jorge, Diccionario y Manual de Contabilidad y Administración expresa, CO.0051. Pág. 4.

empleados por el hombre para producir bienes, reduce el gasto de energía humana y el consumo de la riqueza que el proceso productor origina, y a sustentar por otra, el número y la calidad de las unidades del bien producido.

Existen diversos criterios de trabajo, y así como la acción y efecto de trabajar como también el esfuerzo humano aplicado a la producción de la riqueza.

4.1.7. Origen y Antecedentes Históricos del Trabajo

La actividad humana que produce valores materiales y espirituales cualitativamente nuevos constituye una facultad del hombre surgida gracias al trabajo, la cual le permite formar una nueva realidad con el material que tiene a su alcance para dar satisfacción a sus múltiples necesidades sociales. Cualquier trabajo puede ser una obra creadora.

Federico Engels, en su obra (1876) examina las leyes sociales que determinan la aparición del hombre y de la sociedad humana; generalizando los datos recogidos por la biología, la paleontología y la antropología, Engels muestra que en el proceso de la evolución biológica se crean premisas para pasar al trabajo (posición erecta, liberación de las extremidades anteriores al caminar, alto desarrollo de la psique de los monos andromorfos antecesores del hombre).

El trabajo adquiere rasgos de actividad específicamente humana cuando se empiezan a preparar instrumentos; ello conduce al nacimiento del lenguaje y del pensamiento, los cuales se desarrollan a medida que se van estableciendo las formas sociales de vida.

“El hombre subordina las fuerzas de la naturaleza. No sólo se aprovecha de ella como consumidor, cosa propia de los animales, sino que la obliga a servir a fines que ya se ha señalado; el trabajo es el lenguaje, el pensamiento y la organización corporal del hombre, se influyen mutuamente en el proceso de la formación del mismo. Han existido diferentes condiciones materiales y culturales en que transcurre la vida de las personas fuera de su actividad directamente productiva, política y social, condiciones en que satisfacen las necesidades como alimentación, vestido, vivienda, mantenimiento de su salud; se da en cuanto a los hábitos, las costumbres y las tradiciones de cada uno de los pueblos”¹³.

Con lo cual en el régimen de la comunidad primitiva, existe el trabajo en común, colectivo y la propiedad en común sobre los medios de producción así como sobre los frutos del trabajo, en dicho régimen no se da la explotación del trabajo ajeno. En todas las siguientes sub-formaciones económico-sociales de clases antagónicas, el trabajo del hombre está sometido a una cruel explotación: del esclavo en el régimen esclavista. La explotación del trabajo alcanza bajo su punto culminante bajo el capitalismo, ya que aquí se da el trabajo de forma y mutila al hombre espiritual y físicamente.

“Las relaciones que se han establecido entre los hombres, consiste en el trabajo de hecho intelectual que se separa del físico; los hombres productores (Físico) se convierten en objeto de explotación de las clases dominantes. Pero con la división del trabajo, constituye un fenómeno progresivo en ese entonces, creándose un antagonismo de clases: Ocuparse de trabajo intelectual convierte

¹³POMA NEIRA, Rafael. Evolución Sociológica. Científica Latina Editores, 1980. Pág. 218.

en privilegio de las clases dominantes mientras el trabajo físico queda como destino de las clases explotadas”¹⁴.

El consumo de las energías humanas disminuye, por consiguiente, en aumento el empleo de las energías naturales, pero con ello se reduce el trabajo, ya que este tiene un sentido rector, inteligente, humano, del cual es imposible desprenderse, pues el mejoramiento de la capacidad productiva, si bien ha eliminado lo que tiene más penoso el trabajo no lo suprime.

Desde que las primeras bestias fueron reducidas a domesticidad, el hombre ha venido utilizando sin tregua además de su propio esfuerzo, otros que le eran ajenos y verifico una conjunción de energías, de esfuerzos dirigidos hacia la creación de riquezas y ello se logró con el trabajo; pues este, transforma o modifica, lo cual significa que produce. Ya que el trabajo por simple que sea requiere un doble esfuerzo: físico e intelectual.

4.1.8. Clasificación del Trabajo

Toda clase de trabajo se la puede considerar como tarea individual o colectiva. Partiendo de esta clasificación general de trabajo, para luego someternos al área problemática, es necesario conocer a grandes rasgos sobre las tareas mencionadas.

La tarea individual, es la que está sujeta y regulada bajo el Contrato Individual de Trabajo. La tarea colectiva, es la que está sujeta y regulada bajo el Contrato Colectivo de Trabajo.

¹⁴. EDICIONES DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR, Edic. II., Quito, 1968 y 1979. Pág. 151.

El Contrato Individual.- Es el convenio en virtud del cual una persona se compromete con otra persona o con una entidad de cualquier naturaleza a prestar sus servicios lícitos y personales, bajo su dependencia y por el pago de una remuneración.

El Contrato Individual de Trabajo puede ser expreso, cuando las partes acuerdan las condiciones en forma verbal o por escrito, pero puede ser también tácito cuando hay relación de trabajo, aun en las partes no hayan formalizado el contrato en forma expresa.

El Contrato Colectivo.- Es el celebrado entre el empleador y una asociación de trabajadores de la empresa, legalmente constituida, con el objeto de establecer las condiciones o bases generales, conforme a las cuales han de celebrarse en lo sucesivo los contratos individuales entre ese empleador y los trabajadores representados por la asociación contratante.

Esto significa que si en un contrato individual se establecieran estipulaciones en contravención de las bases fijadas en el contrato colectivo, prevalecerán estas últimas por sobre las establecidas en el contrato Individual.

Cabe indicar además que el contrato colectivo puede celebrarse entre más de un empleador e inclusive por asociaciones de empleadores, por una parte y por más de una asociación de trabajadores, por otra parte, con lo cual los alcances del contrato colectivo podrán extenderse a más de una empresa.

4.1.9. El Trabajador.

El trabajador, es la persona que se obliga a prestar sus servicios. Puede ser: Empleado, si los servicios que presta son de carácter intelectual, o intelectual y material a la vez; y Obrero, si los servicios son de carácter material.

El trabajador siempre será una persona natural y, así mismo, su capacidad se establecerá según el Código Civil. Podrá entonces contratar libremente la persona mayor de edad y no sujeta a interdicción.

“...los adolescente que ha cumplido 15 años de edad podrá contratar, por la capacidad legal para suscribir un contrato de trabajo sin la necesidad de autorización alguna y recibirán directamente su remuneración.”¹⁵

La ley prohíbe el trabajo en relación de dependencia a los menores de catorce años, Sin embargo el Juzgado de la Familia puede autorizar la posibilidad de trabajar como aprendices a los menores comprendidos entre 12 y 14 años que han terminado la instrucción primaria.

4.1.10. El Empleador.

El empleador es la persona o entidad a quien se presta los servicios. Se le llama también empresario.

El empleador puede ser una persona natural o jurídica de cualquier clase. Su capacidad, entonces, se determinara según cada caso:

¹⁵ CÓDIGO DE TRABAJO, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010. Pág.10.

- a) Persona natural; tendrá plena capacidad para contratar, según las realas del Código Civil; es decir si es mayor de 18 años y no está sujeto a ninguna clase de interdicción legalmente establecida.
- b) Persona Jurídica: necesita contratar mediante la intervención de sus representantes que pueden ser los directores, gerentes, administradores y, en general las personas que a nombre de sus principales ejercen funciones de dirección y administración, aunque no tengan poder escrito y suficiente. La Naturaleza Social del Derecho del Trabajo determina que, en este caso, el empleador y sus representantes sean solidariamente responsables en sus relaciones con el trabajador.
- c) Si se tratará de una asociación de hecho, sin personería jurídica, a la cual al trabajador va a prestar sus servicios, cualquiera, de sus integrantes podrá contratar, pero todos serán responsables para con el trabajador.

4.2 Marco Doctrinario

4.2.1 La Familia

En el seno de la familia se ha fraguado a través de la historia numerosos actos de supervivencia y prolongación de la existencia del ser humano, es por eso que al hablar de familia no se la puede concebir independientemente de la sociedad, si no que cada familia forma parte básica de lo que es la sociedad misma.

El concepto de lo que es familia, expresa el Dr. Arturo Valencia Zea en el Manual de Derecho Civil. “La familia en el sentido restringido, se entiende por familia el grupo social de padres e hijos que forman la comunidad doméstica; pero en un sentido más amplio se dice que la familia es el conjunto de personas que descendiendo de un tronco común se hallan unidas por lazos de parentesco o lo que es lo mismo un conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales de un linaje. En este sentido más amplio la familia está formada por todas las personas actualmente vivas que descienden de un mismo tronco como son: los abuelos, hijos, nietos, etc.”¹⁶

La familia, como grupo social de padres e hijos, conforma el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. Es indiscutible la importancia que la familia tiene para la sociedad y para el Estado ya que dentro de ella es donde la persona humana desarrolla su propia personalidad y es por excelencia el instrumento mediante el cual una generación transmite a otra una serie de valores morales, culturales, cívicos, etc.

El Dr. Galo Espinosa Merino, en “La Mas Practica Enciclopedia Jurídica” Volumen I, nos dice que familia es “Gente que vive en una casa bajo la autoridad del señor de ella. Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje. Parentela inmediata a una persona. Conjunto de individuos que tienen alguna condición común. Agrupación de géneros

¹⁶VALENCIA ZEA, Arturo. Manual de Derecho de Civil. Temis, 1995. Pág. 2.

naturales que poseen gran número de caracteres comunes”.¹⁷

La definición de familia asegura que tanto la estructura como el papel de cada una de ellas varía según la sociedad; el modelo más conocido de esta estructura es la denominada familia nuclear la cual está compuesta por dos adultos con sus respectivos hijos. En otras familias, dicho núcleo se encuentra comandado por los abuelos y otros familiares; también tenemos a la familia monoparental, aquí los hijos viven sólo con el padre o con la madre en situación de soltería, divorcio o viudez.

Para Guillermo Cabanellas en su Diccionario Jurídico Elemental expresa que familia es: “Por linaje o sangre, la constituye el conjunto de ascendientes, descendientes y colaterales con un tronco común, y los cónyuges de los parientes casados”.¹⁸

Con predominio de lo efectivo, familia es la inmediata parentela de uno; por lo general, el cónyuge, los padres, hijos y hermanos solteros. Por combinación de convivencia, parentesco y subordinación doméstica.

Es importante mencionar que dentro de la familia existen algunos caracteres que la identifican como son: la monogamia, la libertad del hombre y la mujer para formar una familia, la comunidad familiar codoméstica, un principio de autoridad; y el carácter de orden público de las obligaciones familiares.

¹⁷ESPINOSA MERINO, Galo: La Mas Practica Enciclopedia Jurídica, Volumen I, Vocabulario Jurídico, Editorial Instituto de Informática Legal, Quito – Ecuador, 1986. Pág. 297

¹⁸CABANELLAS, Guillermo: Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, 1998. Pág. 166.

La familia, célula intermedia entre el individuo y el Estado, tiene su origen legítimo en el matrimonio, en cuyo seno nacen vínculos de afecto entre los que se unen y entre estos y la prole, vínculos que tienen un carácter eminentemente moral porque tienden al mejoramiento del individuo al bienestar social.

4.2.2. Tipos de Familia

Ofrecer una definición exacta sobre la familia es una tarea compleja debido a enormes variedades que encontramos y al amplio espectro de culturas existentes en el mundo. "La familia ha demostrado históricamente ser el núcleo indispensable para el desarrollo de la persona, la cual depende de ella para su supervivencia y crecimiento". No se desconoce con esto otros tipos de familia que han surgido en estas últimas décadas, las cuales también enfrentan desafíos permanentes en su estructura interna, en la crianza de los hijos/as, en su ejercicio parental o maternal. Por mencionar algunas, la familia de madre soltera, de padres separados las cuales cuentan con una dinámica interna muy peculiar.

Existen varias formas de organización familiar y de parentesco, entre ellas se han distinguido cuatro tipos de familias:

La familia nuclear o elemental: es la unidad familiar básica que se compone de esposo (padre), esposa (madre) e hijos. Estos últimos pueden ser la descendencia biológica de la pareja o miembros adoptados por la familia.

La familia extensa o consanguínea: se compone de más de una unidad nuclear, se extiende más allá de dos generaciones y está basada en los vínculos de sangre de

una gran cantidad de personas, incluyendo a los padres, niños, abuelos, tíos, tías, sobrinos, primos y demás; por ejemplo, la familia de triple generación incluye a los padres, a sus hijos casados o solteros, a los hijos políticos y a los nietos.

La familia monoparental: es aquella familia que se constituye por uno de los padres y sus hijos. Esta puede tener diversos orígenes. Ya sea porque los padres se han divorciado y los hijos quedan viviendo con uno de los padres, por lo general la madre; por un embarazo precoz donde se configura otro tipo de familia dentro de la mencionada, la familia de madre soltera; por último da origen a una familia monoparental el fallecimiento de uno de los cónyuges.

La familia de madre soltera: Familia en la que la madre desde un inicio asume sola la crianza de sus hijos/as. Generalmente, es la mujer quien la mayoría de las veces asume este rol, pues el hombre se distancia y no reconoce su paternidad por diversos motivos. En este tipo de familia se debe tener presente que hay distinciones pues no es lo mismo ser madre soltera adolescente, joven o adulta.

La familia de padres separados: Familia en la que los padres se encuentran separados. Se niegan a vivir juntos; no son pareja pero deben seguir cumpliendo su rol de padres ante los hijos por muy distantes que estos se encuentren. Por el bien de los hijos/as se niegan a la relación de pareja pero no a la paternidad y maternidad.

4.2.3. Maternidad

Los términos más comunes para referirse al proceso reproductivo de la mujer son embarazo, gestación y maternidad. El último es el empleado en la legislación laboral y de seguridad social; la razón puede obedecer a su amplitud conceptual al abarcar además del proceso fisiológico, periodos como

la lactancia y el puerperio. La gestación se refiere estrictamente al proceso de formación del producto en el vientre materno.

Jurídicamente la maternidad tiene la naturaleza de un hecho jurídico, relacionado con la reproducción del ser humano, del cual surgen derechos y obligaciones. En las relaciones jurídicas de las trabajadoras surgen derechos relacionados con la maternidad, por ello la legislación laboral y la de la seguridad social contienen disposiciones concretas acerca del desempeño de su trabajo durante el periodo de gestación. La maternidad como asunto de salud también es materia de regulación en materia de legislación sanitaria.

En medicina la maternidad es la función reproductiva de la mujer que comprende la gestación y el embarazo. La gravidez se inicia con la fecundación y termina con el nacimiento del niño o niña que, médicamente se conoce como parto, aunque también se lo llama alumbramiento. Es costumbre popular decir que la madre se alivia, expresión incorrecta, porque la maternidad no es enfermedad.

4.2.4. Permiso por Maternidad

El permiso de maternidad de 12 semanas, que establece la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, para las mujeres que se encuentran en periodo de gestación sí aplica en días previos al alumbramiento, indicó Juan Carlos Almeida, director regional de Trabajo y Servicio Público.

Aunque la disposición entró en vigencia en septiembre del año pasado, sin embargo existen dudas en las trabajadoras sobre el momento en el cual se debe aplicar el permiso.

Almeida señaló que la licencia de 12 semanas se puede contabilizar desde los días previos al parto, siempre y cuando sea justificada por un certificado médico otorgado por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, IESS, o del médico tratante.

En el certificado debe constar la fecha probable del parto, o la fecha en la que éste se ha producido. En el caso de que exista un nacimiento múltiple el permiso se extiende por 10 días y si la madre presenta complicaciones antes del parto y debe guardar reposo, esos días no serán descontados.

La ley también estipula que el padre tiene derecho a una licencia remunerada de 10 días y en caso de nacimientos múltiples o por cesárea, ese tiempo se extiende por cinco días.

En el caso del fallecimiento de la madre durante el parto, o mientras goza de la licencia de maternidad, el padre podrá hacer uso de la totalidad o de la parte que reste del permiso.

Para los padres adoptivos, la ley establece una licencia con remuneración por 15 días, contados a partir de la legalmente entrega.

4.2.3. Lactancia

Sobre el permiso de lactancia, que se incrementó de nueve a doce meses, la normativa establece que se debe contabilizar desde el nacimiento. Este permiso consiste en que las madres laborarán sólo seis horas al día.

Para las mujeres que se encuentran en periodo de gestación, la ley tiene beneficios que también son aplicados en otros países y que no afectan a la productividad de la empresa en la que se labora.

Es cuestión de organizar el tiempo de trabajo, hay cargos en los que es necesario la contratación de otra persona para que desempeñen estas funciones o esas dos horas pueden ser compensadas con otras actividades.

4.2.6. El Derecho a la Seguridad Jurídica

Este derecho nace de la esencia del estado constitucional de derechos, en donde se produce un orden jurídico que da seguridad a los bienes, a las personas, a las inter relaciones entre éstas con el Estado, lo que permite en definitiva que haya un progreso social y económico del Estado.

En nuestro país no existe la cultura del respeto a la Constitución, gobernantes y gobernados no se someten a las reglas del juego determinadas en la norma vigente, constantemente cambian las reglas jurídicas y las acomodan a los intereses de los gobiernos de turno y sus allegados y los gobernados siguiendo la misma línea de corrupción oficial.

“Es indispensable que se fomente la seguridad jurídica, no solo que haya un derecho positivo rector de la conducta y que exista el mecanismo judicial al cual podamos recurrir para poner en vigencia las normas jurídicas, restablecer el orden, cuando han sido violadas: si no también de una sociedad que ame la justicia y que, sienta verdadera pasión por el orden”.¹⁹

Para que exista seguridad jurídica debe haber permanencia equilibrada y sostenida de la normatividad jurídica para su observancia. Por ello es importante la implementación de veedurías ciudadanas que se encarguen de vigilar y controlar el cumplimiento de la normatividad legal en los diferentes organismos del Estado.

La seguridad jurídica es la protección jurídica que el Estado brinda a sus ciudadanas y ciudadanos, de allí que nadie puede estar por encima de la Ley, ningún organismo puede invadir las competencias establecidas u otro organismo de la administración del Estado.

“La misión del Estado, es pues, garantizar la seguridad jurídica en el despliegue de derechos individuales situados más allá del estado mismo y derivados del hecho de considerar al hombre como principio y fin del Estado y a la libertad como condición del despliegue vital, la seguridad que la Constitución proporciona no es una seguridad formal, sino una seguridad para el libre despliegue de las actividades individuales”²⁰.

¹⁹ ORTEGA JARAMILLO, Rubén, “Introducción al derecho”, Editorial Casa de la Cultura, 1968. Pág. 74.

²⁰ CUEVA CARRION, Luis, “El debido proceso”, Artes Graficas Señal, 2006. Pág. 42

La actual Constitución ha determinado que el País pase de un Estado de Derecho a ser un Estado constitucional de derechos, así lo determina el Art. 1 de la Constitución del Ecuador. El Estado Constitucional de Derechos tiene como objetivo determinarla como garantista a la Constitución, a fin de que las normas ahí expresadas sean de aplicación directa, es por ello que en su artículo 424 expresa el principio de supremacía. Esta declaración es la que brinda seguridad jurídica, ya que las normas se encuentran claramente jerarquizadas y su aplicación adquiere un carácter técnico y preciso, que impide violentar procedimientos que no estén apegados al respeto y la observancia de las normas constitucionales.

La misión del Estado es la de brindar seguridad jurídica, de estabilidad en la aplicación de las normas jurídicas, de permanencia y vigencia en el ordenamiento jurídico para su fiel cumplimiento. La seguridad jurídica es el elemento esencial y patrimonio común de la cultura del Estado, implica una convivencia ordenada de respeto a los valores jurídicos.

4.2.7. Principios Constitucionales de Seguridad Jurídica

Principio de legitimidad.- Toda norma constitucional debe ser cumplida, gozar de eficacia jurídica, mientras no haya sido derogada ni declarada inconstitucional por parte de la Corte Constitucional.

Principio de unidad.- La norma Constitucional no se puede interpretar de forma aislada, debe ser considerada dentro del contexto constitucional, en concordancia con los instrumentos internacionales legalmente reconocidos por

el Estado.

Principio de eficacia integradora de la Constitución.- El propósito es lograr la unidad política de todos los componentes de un Estado, como base de estabilidad de un sistema político de desarrollo sustentable.

Principio de perdurabilidad.- La Constitución debe tener una vocación de permanencia, debe de perdurar en el tiempo, regulando la evolución de la vida nacional.

La Constitución de la República del Ecuador, en su Artículo 341, dice: “El Estado genera las condiciones para la protección integral de sus habitantes a lo largo de sus vidas, que aseguren los derechos y principios reconocidos en la Constitución, en particular la igualdad en la diversidad y la no discriminación, y priorizará su acción hacia aquellos grupos que requieran consideración especial por la persistencia de desigualdades, exclusión, discriminación o violencia...”²¹

²¹ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR , Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, 2013. Pág. 225.

4.3. Marco Jurídico

4.3.1 Constitución de La República del Ecuador

Art. 6.- Todas las ecuatorianas y los ecuatorianos son ciudadanos y gozarán de los derechos establecidos en la Constitución.

La nacionalidad jurídica es el vínculo jurídico político de las personas con el Estado, sin perjuicio de su pertenencia a alguna de las nacionalidades indígenas que coexisten en el Ecuador.

Art. 10.- Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozaran de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

La naturaleza será sujeta de aquellos que le reconozca la Constitución.

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado

menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

4. Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

Art. 43.- El Estado garantizará a las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia los derechos a:

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

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

Art. 69.- Para proteger los derechos de las personas integrantes de la familia:

1. Se promoverá la maternidad y paternidad responsable; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos, en particular cuando se encuentren separados de ellos por cualquier motivo.

Art. 325.- El Estado garantizará el derecho al trabajo. Se reconocen todas las modalidades de trabajo, en relación de dependencia o autónomas, con inclusión de labores de autosustento y cuidado humano; y como actores sociales productivos, a todas las trabajadoras y trabajadores.

Art. 326.- El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios:

1. El Estado impulsará el pleno empleo y la eliminación del subempleo y del desempleo.
2. Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario.
3. En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, estas se aplicarán en el sentido más favorable a las personas trabajadoras.
4. A trabajo de igual valor corresponderá igual remuneración.
5. Toda persona tendrá derecho a desarrollar sus labores en un ambiente adecuado y propicio, que garantice su salud, integridad, seguridad, higiene y bienestar.
6. Toda persona rehabilitada después de un accidente de trabajo o enfermedad, tendrá derecho a ser reintegrada al trabajo y a mantener la relación laboral, de acuerdo con la ley.
7. Se garantizará el derecho y la libertad de organización de las personas trabajadoras, sin autorización previa. Este derecho comprende el de formar

sindicatos, gremios, asociaciones y otras formas de organización, afiliarse a las de su elección y desafiliarse libremente. De igual forma, se garantizará la organización de los empleadores.

8. El Estado estimulará la creación de organizaciones de las trabajadoras y trabajadores, y empleadoras y empleadores, de acuerdo con la ley; y promoverá su funcionamiento democrático, participativo y transparente con alternabilidad en la dirección.

9. Para todos los efectos de la relación laboral en las instituciones del Estado, el sector laboral estará representado por una sola organización.

10. Se adoptará el diálogo social para la solución de conflictos de trabajo y formulación de acuerdos.

11. Será válida la transacción en materia laboral siempre que no implique renuncia de derechos y se celebre ante autoridad administrativa o juez competente.

12. Los conflictos colectivos de trabajo, en todas sus instancias, serán sometidos a tribunales de conciliación y arbitraje.

13. Se garantizará la contratación colectiva entre personas trabajadoras y empleadoras, con las excepciones que establezca la ley.

14. Se reconocerá el derecho de las personas trabajadoras y sus organizaciones sindicales a la huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias en estos casos. Las personas empleadoras tendrán derecho al paro de acuerdo con la ley.

15. Se prohíbe la paralización de los servicios públicos de salud y saneamiento ambiental, educación, justicia, bomberos, seguridad social, energía eléctrica, agua potable y alcantarillado, producción hidrocarburífera, procesamiento, transporte y distribución de combustibles, transportación pública, correos y telecomunicaciones. La ley establecerá límites que aseguren el funcionamiento de dichos servicios.

16. En las instituciones del Estado y en las entidades de derecho privado en las que haya participación mayoritaria de recursos públicos, quienes cumplan actividades de representación, directivas, administrativas o profesionales, se sujetarán a las leyes que regulan la administración pública. Aquellos que no se incluyen en esta categorización estarán amparados por el Código del Trabajo.

Art. 341.- El Estado genera las condiciones para la protección integral de sus habitantes a lo largo de sus vidas, que aseguren los derechos y principios reconocidos en la Constitución, en particular la igualdad en la diversidad y la no discriminación, y priorizará su acción hacia aquellos grupos que requieran consideración especial por la persistencia de desigualdades, exclusión, discriminación o violencia...”²²

La Constitución de la República del Ecuador, es la ley de máxima jerarquía que garantiza y protege los derechos, deberes y oportunidades establecidos para las ecuatorianas y ecuatorianos, sin discriminación de ninguna índole.

²² CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL Ecuador , Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, 2013. Págs. 5, 8, 28, 56, 214, 215 y 225 .

En Estado protege a la familia como núcleo fundamental de la sociedad así como a cada persona que la integra, garantizando derecho al trabajo de manera prioritaria a las mujeres embarazadas, cuidando su salud integral y su proceso de embarazo, parto y posparto. Cuando se habla de posparto, se estaría hablando de la licencia que tiene la madre tanto por maternidad, como para cuidado del recién nacido.

4.3.2 Código del Trabajo de la República del Ecuador

Art. 8.- “Contrato individual de trabajo es el convenio en virtud del cual una persona se compromete para con otra u otras a prestar sus servicios lícitos y personales, bajo su dependencia, por una remuneración fijada por el convenio, la ley, el contrato colectivo o la costumbre.

Art. 9.- La persona que se obliga a la prestación del servicio o a la ejecución de la obra se denomina trabajador y puede ser empleado u obrero.

Art. 10.- La persona o entidad, de cualquier clase que fuere, por cuenta u orden de la cual se ejecuta la obra o a quien se presta el servicio, se denomina empresario o empleador.

El Estado, los consejos provinciales, las municipalidades y demás personas jurídicas de derecho público tienen la calidad de empleadores respecto de los obreros de las obras públicas nacionales o locales. Se entiende por tales obras no solo las construcciones, sino también el mantenimiento de las mismas y, en general, la realización de todo trabajo material relacionado con la prestación de servicio público, aun cuando a los obreros se les hubiere extendido

nombramiento y cualquiera que fuere la forma o periodo de pago. Tiene la misma calidad de empleadores respecto de los obreros de las industrias que están a su cargo y que pueden ser explotadas por particulares.

Art. 152.- Toda mujer trabajadora tiene derecho a una licencia con remuneración de doce (12) semanas por el nacimiento de su hija o hijo; en caso de nacimientos múltiples el plazo se extiende por diez días adicionales. La ausencia al trabajo se justificará mediante la prestación de un certificado médico otorgado por un facultativo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, y, a falta de este, por otro profesional; certificado en el que debe constar la fecha probable del parto o la fecha en que tal hecho se ha producido.

El padre tiene derecho a licencia con remuneración por diez días por el nacimiento de su hija o hijo cuando el nacimiento sea por parto normal; en los casos de nacimiento múltiples o por cesárea se prolongará por cinco días más.

En los casos en que la hijo o hijo haya nacido prematuro o en condiciones de cuidado especial, se prolongará la licencia por paternidad con remuneración, por ocho días más y cuando la hija o hijo haya nacido con una enfermedad, degenerativa, terminal o irreversible, o con un grado de discapacidad severa, el padre podrá tener una licencia con remuneración por veinte y cinco días, hecho que se justificará con la presentación de un certificado del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, y, a falta de éste, por otro profesional.

En caso de fallecimiento de la madre durante el parto o mientras goza de la licencia por maternidad, el padre podrá hacer uso de la totalidad, o en su caso,

de la parte que reste del periodo de licencia que le hubiere correspondido a las madre si no hubiese fallecido”²³.

Art. 153.- No se podrá dar por terminado el contrato de trabajo por causa del embarazo de la mujer trabajadora y el empleador no podrá reemplazarla definitivamente dentro del período de doce semanas.....”

Durante este lapso la mujer tendrá derecho a percibir la remuneración completa, salvo el caso de lo dispuesto en la ley de Seguridad Social, siempre que cubra en forma igual o superior los amparos previstos en este Código.

Art. 154.- En caso de que una mujer permanezca ausente de su trabajo hasta por un año a consecuencia de enfermedad que, según certificado médico, se origine en el embarazo o en el parto, y la incapacite para trabajar, no podrá darse por terminado el contrato de trabajo por esa causa. No se pagará la remuneración por el tiempo que exceda de las doce semanas fijadas en el artículo precedente, sin perjuicio de que por contratos colectivos de trabajo se señale un período mayor.

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

Art. 155.- En las empresas permanentes de trabajo que cuenten con cincuenta o más trabajadores, el empleador establecerá anexo o próximo a la empresa, o

²³ CÓDIGO DEL TRABAJO DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010. Pág. 39.

centro de trabajo, un servicio de guardería infantil para la atención de los hijos de éstos, suministrando gratuitamente atención alimentación, local e implementos para este servicio.

Las empresas que no podrán cumplir esta obligación directamente, podrán unirse con otras empresas o contratar con terceros para prestar este servicio.

Durante los doce (12) meses posteriores al parto, la jornada de la madre lactante durará seis (6) horas, de conformidad con la necesidad de la beneficiaria²⁴.

El Código de Trabajo como norma jurídica que ampara a los trabajadores de una institución tanto pública como privada, garantiza la estabilidad del trabajador por un determinado tiempo y a una remuneración fijada por el convenio, la Ley, el contrato colectivo o la costumbre.

Asimismo garantiza los derechos que tiene la mujer embarazada a una licencia con remuneración, tanto para la licencia por maternidad de doce semanas como a la licencia que tiene para el cuidado del recién nacido de doce meses contados a partir del día del parto, esta licencia será de dos horas diarias y se puede acoger como mejor le convenga a la madre lactante.

Claramente se puede dar cuenta que si bien es cierto las licencias son las mismas, tanto en el tiempo como para los fines con los que se lo realizan, comparada con la Ley Orgánica de Servicio Público, la incongruencia radica en el que, la Ley Orgánica de Servicio Pública a la licencia para el cuidado del

²⁴ CÓDIGO DEL TRABAJO DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010. Págs. 4, 39, 40 y 41.

recién nacido la otorga por doce meses posteriores a la culminación de la licencia por paternidad, lo que indica que prácticamente en el Código de Trabajo que si bien se otorga la licencia por maternidad esta es tomada en cuenta conjuntamente con el tiempo al que tiene derecho la madre para el cuidado del recién nacido y no, como un licencia aparte, como lo indica la Ley Orgánica de Servicio Público.

4.3.3 LEY ORGÁNICA DE SERVICIO PÚBLICO

Art. 4.- “Serán servidoras y servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público.

Las trabajadoras y trabajadores del sector público estarán sujetos al Código de Trabajo.

Art. 26.- Se concederá licencia o permiso para ausentarse o dejar de concurrir ocasionalmente a su lugar de trabajo, a las servidoras o los servidores que perciban remuneración, de conformidad con las disposiciones de esta ley.

Art. 27.- Toda servidora o servidor público tendrá derecho a gozar de licencia con remuneración en los siguientes casos:

c) Por maternidad, toda servidora pública tiene derecho a una licencia con remuneración de doce (12) semanas por el nacimiento de su hija o hijo; en caso de nacimiento múltiple el plazo se extenderá por diez días adicionales. La ausencia se justificará mediante la presentación del certificado médico

otorgado por un facultativo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; y, a falta de éste, por otro profesional de los centros de salud pública. En dicho certificado se hará constar la fecha probable del parto o en la que tal hecho se produjo.

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.

e) En los casos de nacimientos prematuros o en condiciones de cuidado especial, se prolongará la licencia por paternidad con remuneración por ocho días más; y, cuando hayan nacido con una enfermedad degenerativa, terminal o irreversibles o con un grado de discapacidad severa, el padre podrá tener licencia con remuneración por veinte y cinco días, hecho que se justificará con la presentación de un certificado médico, otorgado por un facultativo del Instituto Ecuatoriano de seguridad Social y a falta de este, por otro profesional médico debidamente avalado por el centro de salud Pública.

f) En caso de fallecimiento de la madre, durante el parto o mientras goza de la licencia por maternidad, el padre podrá hacer uso de la totalidad, o en su caso de la parte que reste del periodo de licencia que le hubiere correspondido a la madre.

Art. 33.- La autoridad nominadora concederá permisos hasta por dos horas diarias para estudios regulares, siempre y cuando se acredite matrícula y

regular asistencia a clases. Para el caso de los estudiantes, se certificará expresamente la aprobación del curso correspondiente. No se concederá estos permisos, a las o los servidores que laboren en jornada especial.

Las y los servidores tendrán derecho a permiso para atención médica hasta por dos horas, siempre que se justifique con certificado médico correspondiente otorgado por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o abalizado por los centros de salud pública.

Las servidoras públicas tendrán permiso para el cuidado del recién nacido por dos horas diarias, durante doce meses contados a partir de que haya concluido su licencia de maternidad”²⁵.

La Ley Orgánica de Servicio Pública es más clara y garantiza de una mejor manera los derechos a los que tienen derecho los servidores público, en especial a las mujeres, tanto en el embarazo, parto y posparto. En el posparto otorga la licencia por maternidad de doce semanas y posteriormente la licencia para el cuidado del recién nacido por dos hora diarias, por doce meses contados a partir de que se culmine la licencia por maternidad.

Claramente es fácil darse cuenta que la Ley de Servicio Público brinda mayores beneficios y esta mas apegada a la Constitución de la República de Ecuador, que el Código de Trabajo.

²⁵ LEY ORGÁNICA DE SERVICIO PÚBLICO, Quito, Editorial Corporación de Estudio y Publicaciones, 2012. Págs. 3, 15, 18.

4.3.4 REGLAMENTO DE LA LEY ORGÁNICA DE SERVICIO PÚBLICO

Art. 35.- “La servidora podrá hacer uso del derecho a la licencia por maternidad desde dos semanas anteriores al parto, las que se imputará a la 12 semana establecidas en la letra c) del artículo 27 de la LOSEP, que podrán ser acumulables.

La licencia se justificará con la presentación del respectivo informe médico, y en caso de acumularse a más tardar dentro del término de tres días hábiles de haberse producido el parto mediante la presentación del certificado de nacido vivo otorgado por la autoridad competente; y, a falta de este, por otro profesional de la salud, y será validado en el IESS en el término de 15 días.

De producirse el fallecimiento de la o el niño, dentro del período de la licencia por maternidad concedida, la servidora continuará haciendo de esta licencia por el tiempo que le reste a excepción del tiempo por lactancia.

En el caso de los padres, la certificación de maternidad servirá de sustento para planificar la concesión de la licencia por el tiempo establecido en el artículo 27 de la LOSEP”²⁶.

²⁶ REGLAMENTO A LA LEY ORGÁNICA DE SERVICIO PÚBLICO, Segundo Suplemento del Registro Oficial, Quito, 2011 – Nro. 418. Pág. 12.

4.4 LEGISLACIÓN COMPARADA

4.4.1. CONSTITUCIÓN POLITICA DE PERÚ

Art. 2.- “Todas las personas tienen derecho:

2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser criminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

Art. 3.- La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”²⁷.

4.4.2. CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO PERU

Art. 10.- “Todos los trabajadores son iguales ante la ley, tienen las mismas protecciones y garantías, y, en consecuencia, queda abolida toda distinción jurídica salvo las excepciones establecidas por la Ley.

Art. 236.- Descanso remunerado en la época del parto:

1. Toda trabajadora en Estado de embarazo tiene derecho a una licencia de doce (12) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.

²⁷ file:///F:/constitucion%20de%20peru.pdf

2. Si se tratare de un salario que no sea fijo, como en el caso de trabajo a destajo o por tarea, se toma en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicio, o en todo el tiempo si fuere menor.

3. para los efectos de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al empleado un certificado médico, en el cual debe constar:

a) El estado de embarazo de la trabajadora;

b) la indicación del día probable del parto, y

c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.

Art. 238.- Descanso de la remuneración durante la lactancia:

1. El empleador está en la obligación de conceder a la trabajadora dos descansos de treinta (30) minutos cada uno, dentro de la jornada para amamantar a su hijo, sin descuento alguno en el salario por dicho concepto, durante los primeros seis (6) meses de edad.

2. El empleador está obligado de conceder más descansos que los establecidos en el inciso anterior si la trabajadora presenta certificado médico en el cual se expongan las razones que justifiquen ese mayor número de descansos.

3. Para dar cumplimiento a la obligación consagrada en este artículo, los patronos deben establecer en un local contiguo a aquel en donde la mujer trabaja, una sala de lactancia a un lugar apropiado para guardar al niño.

4. los empleadores pueden contratar con las instituciones de protección infantil el servicio de que trata el inciso anterior.

Art. 239.- Prohibición de despedir por motivo de embarazo o lactancia:

1. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia.

2. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del periodo del embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, y sin autorización de las autoridades de que se trata el artículo anterior.

3. La trabajadora despedida sin autorización de las autoridades tienen derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta (60) días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo y, además, el pago de las doce (12) semanas de descanso remunerado de que trata este capítulo, si no lo ha tomado”²⁸.

²⁸ http://www.secretariasenado.gov.co/leyes/C_SUSTRA.HTM

4.4.3. CÓDIGO SUSTANTIVO DE TRABAJO COLOMBIA

Art. 236.- “Descanso remunerado en la época del parto:

1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de catorce (14) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devenguen al entrar a disfrutar del descanso.

2. Si se tratare de un salario que no sea fijo, como en el caso de trabajo a destajo o por tarea, se toma en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicio, o en el tiempo si fuere menor.

3. Para los efectos de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico, en el cual debe constar.

a) el estado de embarazo de la trabajadora

b) la indicación del día probable del parto

c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.

5. La licencia de maternidad para madres de niños prematuros, tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, las cuales serán sumadas a las 14 semanas que se establecen en la presente ley. Cuando se trate de madres con parto múltiple, se tendrá en cuenta lo establecido en el inciso anterior sobre niños prematuros, ampliados la licencia en dos (2) semanas más.

7. La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto tomará las 14 semanas de licencia a que tiene derecho, de la siguiente manera:

a) Licencia de maternidad preparto. Esta será de dos (2) semanas con anterioridad a la fecha probable del parto debidamente acreditada. Si por alguna razón medica la futura madre no puede optar por estas dos (2) semanas previas, podrá disfrutar las catorce (14) semanas en el posparto inmediato.

Así mismo, la futura madre podrá trasladar una de las dos semanas previas para disfrutarla con posterioridad al parto, en este caso gozaría de trece (13) semanas posparto y una semana preparto”²⁹.

Las Repúblicas del Perú y Colombia en sus normas jurídicas de máxima jerarquía y las normas de menor jerarquía, que amparan a los servidores públicos y trabajadores de una institución tanto públicas como privadas, garantizan los mismos derechos y obligaciones que la República del Ecuador, sobre todo el derecho a la igualdad y a los derechos que tienen las mujeres embarazadas en todas sus fases como los son: embarazo, parto y posparto.

La discrepancia que existe con nuestra legislación radica en el tiempo de licencia al que tienen derecho, en la República de Perú se les concede doce semanas por maternidad, pero para amamantar al recién nacido como ellos lo denominan solo se les otorga un permiso de 30 minutos por dos veces al día durante los primeros 6 meses de edad del recién nacido. Mientras que, la

²⁹ file:///F:/Codigo%20Sustantivo%20del%20Trabajo%20Colombia.pdf

República de Colombia concede un permiso por 14 semanas por maternidad y prohíbe radicalmente por cualquier tipo de motivo el despido de la trabajadora o la servidora que se encuentre en estado de embarazo y estipula la sanción en caso de contradecir dicha norma.

Por lo tanto, la República del Ecuador otorga mayores beneficios y derechos que las normas jurídicas de Perú y Colombia, hablando de la Constitución de la República del Ecuador y de la Ley Orgánica de Servicio Público, mas no del Código de Trabajo que in concuerda con lo dispuesto en la Constitución.

5. MATERIALES Y METODOS

En el desarrollo de la presente Tesis, se utilizó varios materiales, métodos, procesos y técnicas que a continuación se detalla:

5.1 MATERIALES.

Con la finalidad de constituir la base teórica se emplearon particularmente textos relacionados con el tema investigado, también se emplearon fichas para extraer la información analizada. Para seleccionar y ordenar la información conseguida se empleó una computadora, hojas de papel bond, copiadora, impresora y materiales de oficina.

5.2 MÉTODOS.

Para la realización de esta investigación se hizo uso de lineamientos como:

Método Científico.- Permitió llegar a elaborar las teorías a través de un estudio sistemático que incluye algunas reglas para el razonamiento y la predicción con el acopio bibliográfico de la revisión de literatura, la contrastación de la hipótesis misma que de acuerdo a la pregunta número cinco de la encuesta aplicadase determina que pese a la existencia de norma para sancionar el incumpliendo por parte de los empleadores al no insertar al trabajo a personas que sufren alguna discapacidad, ésta no es lo suficiente como para obligar a que tales empleadores la cumplan toda vez que es permisiva en cuanto a que las sanciones son multas pequeñas. También sirvió como base para la comprobación de los objetivos al analizar la parte doctrinaria con la parte jurídica conjuntamente con la observación, encuestas y

entrevistas llegando al descubrimiento de la realidad objetiva en torno al problema estudiado así como al planteamiento seguro y efectivo de alternativas de solución al mismo.

Método Histórico.- Este método ayudó a conocer los antecedentes en las normas con respecto a la lactancia, de una manera general y en el país en particular, así como de su evolución a través del tiempo, en las distintas sociedades en que se desarrollaron.

Método Deductivo.- Se lo utilizó para iniciar desde un conocimiento particular o empírico de lo investigado hasta llegar a una noción concreta del problema objeto de estudio; para posteriormente arribar a las conclusiones y recomendaciones formando un nuevo conocimiento basado en la Constitución de la República, Código del Trabajo y la Ley Orgánica de Servicio Público.

Método Inductivo.- Ayudó a establecer los aspectos generales o universales del problema a estudiar, partiendo de los aspectos individuales en que se manifiesta el problema en discusión.

Método Hermenéutico.- Este método permitió realizar un análisis de las normas jurídicas referentes al problema a investigar, es menester señalar el estudio de los diferentes cuerpos normativos internos, tales como la

Constitución de la República del Ecuador, Código del trabajo, Ley Orgánica de Servicio Público etc.

Método Analítico Comparado.- Este método ayudó a estudiar y analizar las diversas legislaciones, respecto de la problemática diseñada, para conocer como se regula los derechos de las personas al permiso para el cuidado del recién nacido en otros estados, y en su defecto realizar un estudio comparado respecto de la normativa jurídica ecuatoriana, establecer diferencias y similitudes, para llegar a tener posibles alternativas de solución.

Método Analítico – Sintético: Ayudó para realizar un estudio integral de la problemática trazada así como de la recopilación de información, de tal forma que logre realizar una síntesis en la cual me permita exponer el resultado de todo el proceso de investigación.

Método Descriptivo.- favoreció para registrar los hechos y fenómenos actuales respecto al permiso para el cuidado del recién nacido.

5.3. TÉCNICAS

Se hizo uso de la técnica del fichaje a través de la elaboración de fichas bibliográficas y nemotécnicas que permitieron recoger la información sobre las calidades conceptuales de sustento adecuado para el desarrollo de la presente.

Para la recolección de la información de campo se aplicó la técnica de la muestra, que fue aplicada con una encuesta a 100 personas de manera especial a profesionales del derecho, trabajadores y servidores públicos, sobre la base de un cuestionario relacionado con el título, problema y objetivos de esta investigación. También se realizó cuatro entrevistas, a especialistas en la temática que se está investigando.

Lo cual permitió tabular, graficar, verificar los objetivos, propuestas y contrastar las hipótesis y conclusiones y recomendaciones, realizar el análisis necesario y preciso, para con estos elementos, concluir, recomendar, y plantear alternativas de solución y reforma al Código del Trabajo para la existencia de una congruencia con la Ley Orgánica de Servicio Público, con relación a la licencia para el cuidado del recién nacido

En cuanto a la presentación del informe final de éste estudio, se efectuó de acuerdo con las normas generales de graduación de la Universidad Nacional de Loja.

6. RESULTADOS

6.1. ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACION DE CAMPO.

De conformidad con lo planificado y con la finalidad de obtener información actualizada acerca de la problemática planteada, se realizó la investigación de campo a base de la aplicación de encuestas con interrogantes, relacionadas al problema central de la tesis. Las mismas fueron aplicadas a un universo de 100 personas de una población entre profesionales del derecho, trabajadores y servidores públicos de la ciudad de Loja. Cuyos resultados se exhiben a continuación:

PRIMERA PREGUNTA: ¿Desde su punto de vista, cree usted que se vulnera el derecho a la igualdad con respecto al permiso para el cuidado del recién nacido otorgado por el Código de Trabajo y la LOSEP?

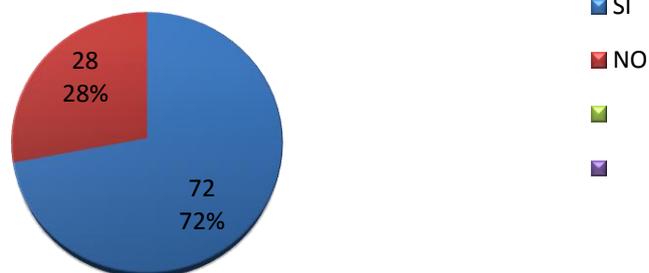
CUADRO N0. 1

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	72	72%
NO	28	28%
TOTAL	99	100 %

FUENTE: Población encuestada

ELABORACIÓN: El Autor

GRÁFICO Nº 1 VULNERACIÓN DE DERECHO



INTERPRETACIÓN

Se observa en el presente cuadro descriptivo que 72 encuestados manifiestan que si se está vulnerando el derecho a la igual, ya que, las dos normas jurídicas no tienen los mismos derechos lo que representa el 72%; mientras que 28 individuos de dicha encuesta manifiestan que no se están vulnerando ese derecho.

ANÁLISIS

Es demasiado evidente la diferencia existente entre las dos alternativas manifestadas, lo que deja entrever que se vulnerando el derecho a la igualdad para el cuidado del recién nacido en el Código de Trabajo.

SEGUNDA PREGUNTA: ¿Cómo se ha venido ejecutando el proceso para determinar el tiempo que se concede para el cuidado del recién nacido en el Código de Trabajo, considera que es el idóneo?

CUADRO N0. 2

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	33	33%
NO	67	67%
TOTAL	100	100 %

FUENTE: Población encuestada

ELABORACIÓN: El Autor



INTERPRETACIÓN:

De las 100 personas encuestadas; 67 manifiestan que no es idóneo el tiempo que se concede para el cuidado del recién nacido en el Código de Trabajo que representa el 67%; mientras que 33, manifiestan que si, ya que, es el mismo tiempo que otorga la Ley Orgánica de Servicio Público solo que se encuentra mal empleado, con un rango porcentual del 33%.

ANÁLISIS:

La mayoría de los encuestados indican que no es idóneo tiempo que se concede para el cuidado del recién nacido por no encontrarse en semejanza con lo que manifiesta la Ley Orgánica de Servicio Público, pero también se aclara que las dos normas jurídicas otorgan el mismo tiempo solo que el Código de Trabajo lo otorga conjuntamente con la licencia por maternidad, mientras que, la Ley Orgánica de Servicio Público lo otorga seguido de la licencia por maternidad.

TERCERA PREGUNTA: ¿Estima usted que, hay incongruencia en la normativa existente en la Ley Orgánica de Servicio Público y el Código de Trabajo respecto al permiso para el cuidado del recién nacido?

CUADRO N0. 3

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	80	80%
NO	20	20%
TOTAL	100	100 %

FUENTE: Población encuestada

ELABORACIÓN: El Autor



INTERPRETACIÓN:

De las 100 personas encuestadas 80 consideran que si existe una incongruencia entre la Ley Orgánica de Servicio Público y el Código de Trabajo, respecto al permiso para el cuidado del recién nacido, lo que representa el 80%; mientras que los 20 restantes manifiestan lo contrario representando el 20%.

ANÁLISIS:

De conformidad a los datos estadísticos que anteceden se puede determinar que en su mayoría los profesionales del derecho, trabajadores y servidores públicos, ven reflejadas en estas dos leyes como lo son: La Ley Orgánica de Servicio Público y el Código de trabajo, una incongruencia bien notoria con respecto al permiso para el cuidado del recién nacido.

CUARTA PREGUNTA: ¿Considera usted que el permiso para el cuidado del recién nacido otorgado a los servidores amparados en el Código de Trabajo, trae como consecuencia la vulneración de derechos de estas personas?

CUADRO N0. 4

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	69	69%
NO	31	31%
TOTAL	100	100 %

FUENTE: Población encuestada

ELABORACIÓN: El Autor



INTERPRETACIÓN:

De las 100 personas encuestadas, 69 manifiestan que si se están vulnerando derechos a los servidores amparados en el Código de Trabajo lo que

representa un porcentaje del 69%; mientras que 31 personas indican lo contrario lo que representa el 31%.

ANÁLISIS:

Si bien es cierto el hecho de existir una incongruencia entre la Ley Orgánica de Servicio Público y el Código de Trabajo, trae como consecuencia la vulneración de derechos para las personas amparadas en la norma jurídica desprotegida. Derechos amparados en la Constitución en su Art. 11.

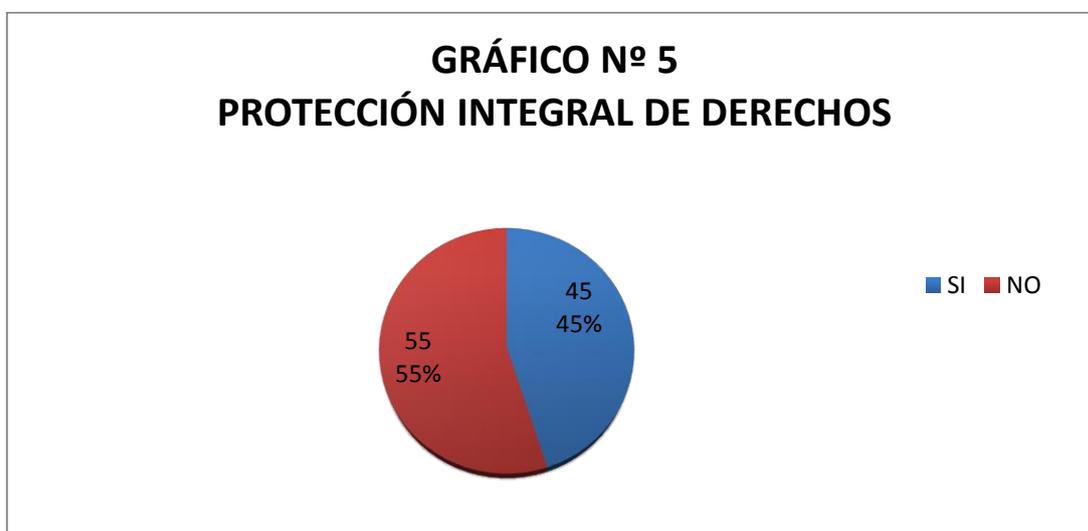
QUINTA PREGUNTA: ¿Cree usted que el Estado genera las condiciones para la protección integral de derechos y principios reconocidos en la Constitución, en particular la igualdad y la no discriminación?.

CUADRO N0. 5

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	45	45%
NO	55	55%
TOTAL	100	100 %

FUENTE: Población encuestada

ELABORACIÓN: El Autor



INTERPRETACIÓN:

De las 100 personas encuestadas 55 manifiestan que el Estado no genera las condiciones para la protección integral de derechos y principios, de igualdad y discriminación, lo que representa el 57%; mientras que 45 personas manifiestan lo contrario, lo que representa el 45% del total de encuestados.

ANÁLISIS:

De conformidad a los datos estadísticos que anteceden se puede determinar que es poca la diferencia que existe entre las dos respuestas, pero prevalece el no, ya que, el Estado no genera las condiciones para la protección integral de derechos y principios, como la igualdad y discriminación, porque si bien es cierto que se encuentran estipuladas en la Constitución de la República, pero mas no, en el Código de Trabajo que es donde se vulneran estos derechos y principios.

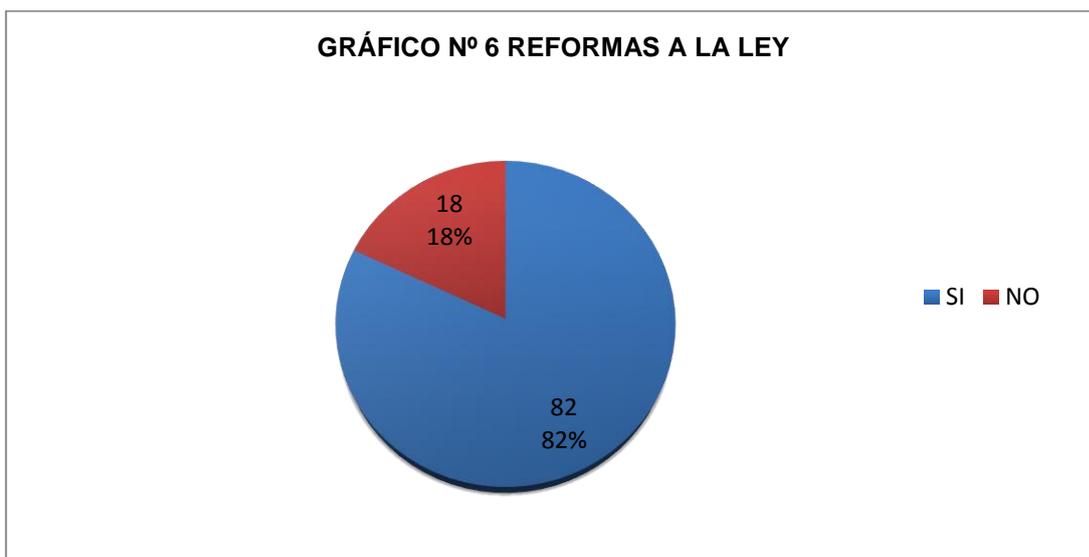
SEXTA PREGUNTA: ¿Considera necesario realizar una reforma al Código de Trabajo conforme a la Ley Orgánica de Servicio Público, de acuerdo a las exigencias del Estado Constitucional, tomando en cuenta el Art. 84 de la Constitución?

CUADRO N0. 6

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	82	82%
NO	18	18%
TOTAL	100	100 %

FUENTE: Población encuestada

ELABORACIÓN: El Autor



INTERPRETACIÓN:

De las 100 personas encuestadas 82 manifiestan que si se debe hacer alguna reforma, lo que representa el 82%; mientras que 18 personas manifiesta lo contrario, lo que representa el 18% del total de encuestados.

ANÁLISIS

Evidentemente en su mayoría expresan que se debe reformar el Código de Trabajo, para así equipararlo con los derechos establecidos para la Ley Orgánica de servicio Público, y así, no vulnerar los derechos y principios otorgados por la Constitución de la República del Ecuador..

6.2 RESULTADOS DE LAS ENTREVISTAS

En éste trabajo se consideró pertinente la ejecución de cuatro entrevistas a especialistas en materia laboral, pero es importante indicar que todos los entrevistados no autorizaron que sean publicados sus nombres en cada una de sus versiones; los criterios que se obtuvieron se reportan a continuación.

PRIMERA ENTREVISTA:

1.- *La Constitución de la República del Ecuador reconoce dentro de los derechos de protección el derecho a la seguridad jurídica, fundamentada en el acatamiento a la Constitución y en la coexistencia de normas jurídicas que deben ser aplicadas por las autoridades competentes. ¿Qué criterio le merece usted la inconcordancia que existe entre el Código de Trabajo y la Ley Orgánica de Servicio Público en cuanto al tiempo de permiso para el cuidado del recién nacido?*

La Constitución al ser relativamente nueva tiene muchas incongruencias con estas dos Leyes Orgánicas, pero partiendo del derecho que tienen los padres para el cuidado del recién nacido se lo debería realizar acorde a lo estipulado en la Constitución según el Art. 424 que habla acerca de la supremacía de la Constitución, hasta que se realice la respectiva reforma a estas Leyes Orgánicas.

2. *¿Considera que derechos tales como los de igualdad formal y material y principio de no discriminación, y el derecho a la seguridad jurídica, se*

ven afectados por la inconformidad entre el Código de Trabajo y la Ley de Servicio Público?

Evidentemente que si, el derecho a la seguridad jurídica es indispensable hacerlo respetar en nuestro ordenamiento jurídico; pero estas Leyes Orgánicas están en colisión con la Constitución de la República.

3. ¿Qué opinión le merece los actuales criterios con los que se determinan el tiempo de permiso para la madre y para el cuidado de su recién nacido?

Considero que el tiempo otorgado por nuestras leyes es el oportuno y adecuado, tomando en consideración el derecho a la lactancia.

4. ¿Que considera usted necesario para que el tiempo de permiso para el cuidado del recién nacido, verifique las exigencias del Estado constitucional de derechos y justicia, en el que se cumplan las garantías constitucionales respecto del derecho a la seguridad jurídica?

El tiempo de permiso otorgado es legal para la protección de la madre hacia el menor y nuestra Constitución lo respeta y valora, y vela por los mismos, por lo que considero que la seguridad jurídica establecida en las disposiciones legales se cumplen eficazmente.

5. ¿Qué aspectos deben ser considerados para una acertada armonización entre el Código de Trabajo y la Ley de Servicio Público en cuanto al permiso para el cuidado del recién nacido?

Al estar reconocida por la Constitución debería estar en concordancia con la misma para que no exista antinomia de leyes, por tanto considero que resulta indispensable realizar una reforma a esta Leyes Orgánicas con la finalidad de que se pueda brindar una correcta administración en las instituciones tanto públicas como privadas.

SEGUNDA ENTREVISTA

1.- *La Constitución de la República del Ecuador reconoce dentro de los derechos de protección el derecho a la seguridad jurídica, fundamentada en el acatamiento a la Constitución y en la coexistencia de normas jurídicas que deben ser aplicadas por las autoridades competentes. ¿Qué criterio le merece usted la inconcordancia que existe entre el Código de Trabajo y la Ley Orgánica de Servicio Público en cuanto al*

Me parece que existe una discriminación a las madres que trabajan bajo el Código de Trabajo, ya que, a ellas se les concede el permiso de año o doce meses (12) para el cuidado del recién nacido, a partir del día de nacimiento de su hijo y a las madres bajo la LOSEP se concede un año (12) semanas a partir de culminada la maternidad.

2. *¿Considera que derechos tales como los de igualdad formal y material y principio de no discriminación, y el derecho a la seguridad jurídica, se ven afectados por la inconformidad entre el Código de Trabajo y la Ley de Servicio Público?*

Si se encuentran afectados por no estar estas dos normas jurídicas equiparadas y por ende discriminar a los trabajadores amparados en el Código de Trabajo.

3. *¿Qué opinión le merece los actuales criterios con los que se determinan el tiempo de permiso para la madre y para el cuidado de su recién nacido?*

Que deberían ser igualitarios tanto para la madre que trabaja bajo la legislación del Código de Trabajo como para los de la Ley Orgánica de Servicio Público.

4. *¿Que considera usted necesario para que el tiempo de permiso para el cuidado del recién nacido, verifique las exigencias del Estado constitucional de derechos y justicia, en el que se cumplan las garantías constitucionales respecto del derecho a la seguridad jurídica?*

Considero necesario adentrarse en el rol de madres tanto de servidoras como trabajadoras y de derecho a la igual que tienen estas dos servidoras no importa la forma de contrato que estas posean.

5. *¿Qué aspectos deben ser considerados para una acertada armonización entre el Código de Trabajo y la Ley de Servicio Público en cuanto al permiso para el cuidado del recién nacido?*

Se debe considerar que tanto la madre regida por el Código del Trabajo como la regida por la LOSEP, necesitan cuidar y atender a su hijo o hija de mejor forma.

TERCERA ENTREVISTA

1.- *La Constitución de la República del Ecuador reconoce dentro de los derechos de protección el derecho a la seguridad jurídica, fundamentada en el acatamiento a la Constitución y en la coexistencia de normas jurídicas que deben ser aplicadas por las autoridades competentes. ¿Qué criterio le merece usted la inconcordancia que existe entre el Código de Trabajo y la Ley Orgánica de Servicio Público en cuanto al tiempo de permiso para el cuidado del recién nacido?*

La Constitución de la República del Ecuador es muy clara, y las normas jurídicas como el Código de Trabajo y la Ley Orgánica de Servicio Público, están mal empleadas porque no existe la igualdad de derechos de la que habla la Constitución, por lo que lo mejor que podría hacer el Estado es garantizar el cumplimiento de derechos estipulados en su norma jurídica.

2. *¿Considera que derechos tales como los de igualdad formal y material y principio de no discriminación, y el derecho a la seguridad jurídica, se ven afectados por la inconformidad entre el Código de Trabajo y la Ley de Servicio Público?*

El derecho a la igualdad formal y el principio de no discriminación y el derecho de la seguridad jurídica no pueden verse afectados por el Código de Trabajo, por lo que deben ser analizados y modificados para una mejor aplicación.

3. *¿Qué opinión le merece los actuales criterios con los que se determinan el tiempo de permiso para la madre y para el cuidado de su recién nacido?*

Los criterios empleados para el permiso para la madre y para el cuidado del recién nacido, en el Código de Trabajo no están bien fundamentados como lo son en la Ley Orgánica de Servicio Público.

4. *¿Que considera usted necesario para que el tiempo de permiso para el cuidado del recién nacido, verifique las exigencias del Estado constitucional de derechos y justicia, en el que se cumplan las garantías constitucionales respecto del derecho a la seguridad jurídica?*

Considero que es muy importante el tiempo que se otorga para el cuidado del recién nacido, siempre y cuando se cumplan las garantías constituciones como no es el caso del Código de Trabajo.

5. *¿Qué aspectos deben ser considerados para una acertada armonización entre el Código de Trabajo y la Ley de Servicio Público en cuanto al permiso para el cuidado del recién nacido?*

Para que estas dos leyes tengan una acertada armonización se deben tomar en cuenta los principalmente consagrados en la Constitución y que no pueden ser vulnerados.

CUARTA ENTREVISTA

1.- *La Constitución de la República del Ecuador reconoce dentro de los derechos de protección el derecho a la seguridad jurídica, fundamentada en el acatamiento a la Constitución y en la coexistencia de normas jurídicas que deben ser aplicadas por las autoridades competentes. ¿Qué*

criterio le merece usted la inconcordancia que existe entre el Código de Trabajo y la Ley Orgánica de Servicio Público en cuanto al tiempo de permiso para el cuidado del recién nacido?

La Ley de Defensa de los derechos laborales promulgada el 26 de septiembre del 2012, sustituye el inciso 3 del Art. 155 del Código del Trabajo disponiendo permiso de dos años para la madre, 12 meses posteriores al parto, la Ley Orgánica de Servicio Público en el Art. 33, dispone dos de permiso para el cuidado del recién nacido doce meses posteriores a que haya concluido la licencia por maternidad existiendo una inequidad de derechos.

2. ¿Considera que derechos tales como los de igualdad formal y material y principio de no discriminación, y el derecho a la seguridad jurídica, se ven afectados por la inconformidad entre el Código de Trabajo y la Ley de Servicio Público?

Considero que existe una afectación al principio de igualdad ante la ley (formal) o igualdad real (material) ya que, las trabajadoras/servidoras no se están sometiendo igualmente al ordenamiento y no están siendo titulares de los mismos derechos reconocidos en la Ley.

3. ¿Qué opinión le merece los actuales criterios con los que se determinan el tiempo de permiso para la madre y para el cuidado de su recién nacido?

El legislador debería plantear una reforma al Código de Trabajo, o que se le incluya en el nuevo proyecto de la Ley y de esta forma haya igualdad de derechos para los dos regímenes laborales.

4. ¿Que considera usted necesario para que el tiempo de permiso para el cuidado del recién nacido, verifique las exigencias del Estado constitucional de derechos y justicia, en el que se cumplan las garantías constitucionales respecto del derecho a la seguridad jurídica?

Una reforma a la Ley de tal manera que se cumpla con la tipificado en el Art. 11 de la Constitución, principios que rigen los derechos.

5. ¿Qué aspectos deben ser considerados para una acertada armonización entre el Código de Trabajo y la Ley de Servicio Público en cuanto al permiso para el cuidado del recién nacido?

En el Art. 155 inciso tercero del Código de Trabajo se deberá considerar para efectos de reforma “Permiso de dos horas para la madre, 12 meses posteriores a que haya concluido la licencia por maternidad”

7. DISCUSION

7.1. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS.

Una vez desarrollada la investigación y en base a los resultados obtenidos y analizados se logró determinar lo siguiente:

OBJETIVO GENERAL

Realizar un estudio analítico, crítico y jurídico, del Código de Trabajo y la Ley Orgánica de Servicio Público, respecto al permiso que tiene una madre para el cuidado del recién nacido, y a su derecho de igualdad consagrado en la Constitución de la República del Ecuador.

Estudiadas y analizadas las normativas jurídicas respecto al permiso que tiene una madre para el cuidado del recién nacido, y a su derecho de igualdad, se ha verificado que existe incongruencia entre el Código de Trabajo y la Ley Orgánica.

El Código de Trabajo otorga un permiso para el cuidado del recién nacido de doce meses posteriores al parto, la jornada de la madre lactante durará seis horas, de conformidad con la necesidad de la beneficiaria, mientras que la Ley Orgánica de Servicio Público de Servicio Público otorga a la servidora permiso para el cuidado del recién nacido por dos horas diarias, durante doce meses contados a partir de que haya concluido su licencia remunerada de maternidad que tiene un tiempo de doce semanas.

Claramente nos podemos dar cuenta que si existe una incongruencia entre estas dos normas jurídicas, ya que, tanto obreros como servidores públicos son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades, como lo establece la Constitución.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- a) Determinar la incongruencia en la normativa existente en la Ley Orgánica de Servicio Público y el Código de Trabajo respecto al permiso para el cuidado del recién nacido.**

El presente objetivo específico se ha cumplido, así se demuestra con la revisión de literatura y con la pregunta tercera de la encuesta, la que indica la incongruencia existente en la Ley Orgánica de Servicio Público y el Código de Trabajo, respecto al permiso para el cuidado del recién nacido.

- b) Analizar los derechos constitucionales afectados, debido a la incongruencia en la normativa tanto en la Ley Orgánica de Servicio Público como en el Código de Trabajo.**

Este objetivo se comprueba satisfactoriamente, ya que pude establecer, a través de la revisión de literatura, encuestas y entrevistas, la vulneración de derechos establecidos en la Constitución, por la incongruencia existente entre la Ley Orgánica de Servicio Público y el Código de Trabajo, respecto al permiso para el cuidado del recién nacido.

c) Establecer la necesidad de reformar el Código de Trabajo, formulando normas que equilibren el permiso por lactancia con la Ley Orgánica de Servicio Público.

Este objetivo se cumple a cabalidad, ya que a lo largo de la investigación me pude dar cuenta la necesidad de reformar el Código de Trabajo, para que no exista una incongruencia con la Ley Orgánica de Servicio Público, y de esta manera no vulnerar derechos consagrados en la Constitución de la República.

7.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

“La incongruencia de normas entre la Ley Orgánica de Servicio Público como en el Código de Trabajo, respecto al permiso que tiene la madre para el cuidado del recién nacido, vulnera el derecho constitucional que tienen todas las personas a ser tratadas por igual, a gozar de los mismos derechos, deberes y oportunidades”.

La hipótesis antes citada se contrasta positivamente, supuesto que se verificó con la aplicación de la encuesta en la pregunta 3 en la que un 80% de los encuestados indicaron que si existe incongruencia con relación al permiso para el cuidado del recién nacido entre las dos normas jurídicas como lo son la Ley Orgánica de Servicio Público y el Código de Trabajo, llevando a una vulneración de derechos consagrados en la Constitución de la República en el Art. 11 literal 2.

7.3. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA QUE SUSTENTA LA PROPUESTA DE REFORMA AL CÓDIGO DEL TRABAJO.

Se fundamenta la propuesta de reforma tomando como base legal principal la Constitución de la República, en lo establecido en los artículos: “**Art. 6.-** Todas las ecuatorianas y los ecuatorianos son ciudadanos y gozarán de los derechos establecidos en la Constitución.

La nacionalidad jurídica es el vínculo jurídico político de las personas con el Estado, sin perjuicio de su pertenencia a alguna de las nacionalidades indígenas que coexisten en el Ecuador; **Art. 10.-** Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozaran de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales. La naturaleza será sujeta de aquellos que le reconozca la Constitución; **Art.11.-** Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.”³⁰

³⁰ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR , Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, 2013. Pág. 8.

La incongruencia radica entre la Ley Orgánica de Servicio Público en su **Arts. 33.-** refieren “las servidoras tendrán permiso para el cuidado del recién nacido por dos horas diarias, durante doce meses contados a partir de que haya concluido su licencia de maternidad”, mientras que en el Código de Trabajo en su **Art. 155.-** manifiesta que “durante los doce (12) meses posteriores al parto, la jornada de la madre lactante durará seis (6) horas, de conformidad con la necesidad de la beneficiaria”.

Mientras que en un cuerpo normativo se extiende el tiempo para el cuidado del recién nacido por doce semanas o en su lugar por tres meses, en el segundo se disminuye radicalmente este periodo de tiempo, resultando ser perjudicial para quienes tengan que ampararse en el Código de Trabajo.

Es trascendental que se estudie, reforme y unifique el Código de Trabajo en este caso a la Ley Orgánica de Servicio Público, ya que en ello se involucran derechos tales como de igualdad formal y material y principio de no discriminación, y el derecho a la seguridad jurídica.

Es necesario armonizar el Código de Trabajo a la Ley Orgánica de Servicio Público, a las exigencias del Estado Constitucional, tomando en cuenta que el Art. 84 de la Constitución determina que es obligación de la Asamblea Nacional y de todo órgano con potestad normativa de adecuar formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos consagrados en la Constitución.

8. CONCLUSIONES

Al culminar la presente investigación de campo acerca del tema propuesto se ha podido concluir:

1.- Que los servidores amparados en el Código de Trabajo, no gozan de los mismos derechos, deberes y oportunidades, para con las amparadas en la Ley Orgánica de Servicio Público, con respecto al permiso para el cuidado del recién nacido.

2.- Que existe una incongruencia entre el Código de Trabajo y la ley Orgánica de Servicio Público, con respecto al permiso otorgado a la madre para el cuidado del recién nacido.

3.- Que la Constitución de la República del Ecuador, es muy clara en todos sus artículos y aun mas en la relacionado a los derechos que tiene la familia, las mujeres embarazadas y a los permisos tanto de maternidad como del cuidado del recién nacido, para un mejor desenvolvimiento laboral a nivel de institución por parte de los trabajadores y servidores públicos.

4.- Que la inconcordancia entre la Ley Orgánica de Servicio Público y el Código de Trabajo, trae consigo la inconformidad entre los funcionarios y el mal desenvolvimiento a nivel laboral del funcionario o funcionaria.

5.- Que es necesario realizar una reforma al Código de Trabajo para que tenga congruencia con lo estipulado en la Ley Orgánica de Servicio Pública, con respecto al cuidado del recién nacido.

9. RECOMENDACIONES.

1.- Que los Asambleístas y todos los organismos con capacidad e iniciativa legislativa, al momento de dictar normas legales se tome en cuenta todos los principios del derecho laboral en general.

2.-Que se reforme el Código de Trabajo para que países como Colombia y Perú tengan a Ecuador como un país en donde se puedan enfocar para reformas sus Leyes.

3.-Que al momento de reforma el Código de Trabajo se lo haga muy minuciosamente para que no exista ningún tipo de incongruencia con la Ley orgánica de Servicio Público.

4.- Que para reformar el Código de Trabajo se debe tomar en cuenta lo estipulado en la Constitución de la República del Ecuador, en lo referente a los derechos que tienen la familia, las mujeres embarazadas y los permisos tanto de maternidad como para el cuidado del recién nacido.

9.1 PROPUESTA DE REFORMA LEGAL

LA ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

CONSIDERANDO:

Que la Constitución de la República del Ecuador manifiesta en su artículo 3. “son deberes primordiales del Estado entre otros... garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales lo que garantiza igualdad de derechos y oportunidades”.

Que el artículo 6 de la Carta Magna señala, que las y los ecuatorianos son ciudadanos y gozarán de los derechos establecidos en la Constitución

Que en su artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador, establece que todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo identidad de género

Que en el artículo 152 del Código de Trabajo, establece que toda mujer trabajadora tiene derecho a una licencia con remuneración de doce (12) semanas por el nacimiento de su hija o hijo; en caso de nacimientos múltiples el plazo se extiende por diez días adicionales. La ausencia al trabajo se justificará mediante la prestación de un certificado médico otorgado por un facultativo del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, y, a falta de este, por

otro profesional; certificado en el que debe constar la fecha probable del parto o la fecha en que tal hecho se ha producido.

Que en el inciso tercero del artículo 155 del Código de Trabajo, manifiesta que durante los doce (12) meses posteriores al parto, la jornada de la madre lactante durará seis (6) horas, de conformidad con la necesidad de la beneficiaria

Que el artículo 11 numeral 4 indica que ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales.

Que el artículo 33, inciso tercero de la Ley Orgánica de servicio público señala que las servidoras públicas tendrán permiso para el cuidado del recién nacido por dos horas diarias, durante doce meses contados a partir de que haya concluido su licencia de maternidad.

Que las falencias encontradas en la Ley Orgánica de Servicio Público en sus Arts. 27 Literal c) y 33, en comparación con el Código de Trabajo en su Art. 155

Mientras que en un cuerpo normativo como la Ley Orgánica de Servicio Público en sus Arts. 27 Literal c) y 33 se extiende el tiempo para el cuidado del recién nacido por doce semanas o en su lugar por tres meses, en el Código de Trabajo en su Art. 155 se disminuye radicalmente este periodo de tiempo, resultando ser perjudicial para quienes tengan que ampararse en el Código de Trabajo.

Que, es necesario regular de mejor forma la normatividad jurídica del Estado Ecuatoriano, para garantizar el cumplimiento de la Seguridad Jurídica de los permisos otorgados a las trabajadoras para el cuidado del recién nacido.

La Asamblea Nacional, en uso de sus facultades constitucionales y legales que le confiere el numeral 6 del Art. 120 de la Constitución de la República del Ecuador, Expide la siguiente:

REFORMA AL CÓDIGO DEL TRABAJO

Art. 1.- En el artículo 155, sustitúyase el inciso tercero por lo siguiente: “Durante los doce (12) meses contados a partir de que haya concluido su licencia de maternidad, la jornada de trabajo de la madre lactante durará seis (6) horas, con un permiso de dos (2) hora diarias para el cuidado del recién nacido, de conformidad con la necesidad de la beneficiaria”.

PRESIDENTE

SECRETARIO

10. BIBLIOGRAFIA

Dr. VICENTE P. Máximo Rolando., Módulo II, INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DE LA SOCIEDAD, EL ESTADO Y EL DERECHO, Carrera de Derecho, Modalidad Estudios a Distancia de la Universidad Nacional de Loja. Pág. 115.

ROBALINO BOLLE, Isabel: Manual de Derecho de Trabajo, Segunda Edición, Editorial Mendieta, Fundación Antonio Quevedo, Quito – Ecuador, 1998. Pág. 5

GUERRERO, Euquerio: Relaciones Laborales, Editorial Letras, México D. F., 1971. Pág. 29

DE LA CUEVA, Mario: Derecho Mexicano del Trabajo, Segunda Edición, editorial Porrúa, Hnos, 1963, México. Pág.54

PÉREZ BOTIJA, Eugenio: Curso de Derecho del Tratado, 5ta Edición, Editorial Tecnos, 1957, Madrid – España, 1957. Pág. 23

CALDERA, Rafael: Derecho del Trabajo, Tipografía de la Nación, 1940, Caracas – Venezuela. Pág. 331

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR , Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, 2013. Pág. 8.

Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano, Artículo 1. 1789. Pág. 34

<http://www.monografias.com/trabajos61/derecho-igualdad-ley/derecho-igualdad-ley2.shtml>

<http://www.colectivodeabogados.org/article>

http://es.wikipedia.org/wiki/Medios_de_producci%C3%B3n

DÍAS, Jorge, Diccionario y Manual de Contabilidad y Administración expresa, CO.0051. Pág. 4.

POMA NEIRA, Rafael. Evolución Sociológica. Científica Latina Editores, 1980. Pág. 218.

EDICIONES DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR, Edic. II,, Quito, 1968 y 1979. Pág. 151.

CÓDIGO DE TRABAJO, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010. Pág.10.

VALENCIA ZEA, Arturo. Manual de Derecho de Civil. Temis, 1995. Pág. 2.

ESPINOSA MERINO, Galo: La Mas Practica Enciclopedia Jurídica, Volumen I, Vocabulario Jurídico, Editorial Instituto de Informática Legal, Quito – Ecuador, 1986. Pág. 297

CABANELLAS, Guillermo: Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, 1998. Pág. 166.

ORTEGA JARAMILLO, Rubén, “Introducción al derecho”, Editorial Casa de la Cultura, 1968. Pág. 74.

CUEVA CARRION, Luis, “El debido proceso”, Artes Graficas Señal, 2006. Pág. 42

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR , Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, 2013. Pág. 225.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL Ecuador , Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, 2013. Págs. 5, 8, 28, 56, 214, 215 y 225 .

CÓDIGO DEL TRABAJO DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010. Pág. 39.

CÓDIGO DEL TRABAJO DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010. Págs. 4, 39, 40 y 41.

LEY ORGÁNICA DE SERVICIO PÚBLICO, Quito, Editorial Corporación de Estudio y Publicaciones, 2012. Págs. 3, 15, 18.

REGLAMENTO A LA LEY ORGÁNICA DE SERVICIO PÚBLICO, Segundo Suplemento del Registro Oficial, Quito, 2011 – Nro. 418. Pág. 12.

<file:///F:/constitucion%20de%20peru.pdf>

http://www.secretariassenado.gov.co/leyes/C_SUSTRA.HTM

<file:///F:/Codigo%20Sustantivo%20del%20Trabajo%20Colombia.pdf>

11. ANEXOS



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

CARRERA DE DERECHO

ENCUESTAS

1.- ¿Desde su punto de vista, cree usted que se vulnera el derecho a la igual con respecto al permiso para el cuidado del recién nacido otorgado por el Código de Trabajo y la LOSEP?

.....
.....

2.- ¿Cómo se ha venido ejecutando el proceso para determinar el tiempo que se concede para el cuidado del recién nacido, considera que es el idóneo?

.....
.....

3.- ¿Estima usted que, hay incongruencia en la normativa existente en la Ley Orgánica de Servicio Público y el Código de Trabajo respecto al permiso para el cuidado del recién nacido?

.....
.....

4.- ¿Considera usted que el permiso para el cuidado del recién nacido otorgado a los servidores amparados en el Código de Trabajo, trae como consecuencia la vulneración de derechos de estas personas?

.....
.....

5.- ¿Cree usted que el Estado genera las condiciones para la protección integral de derechos y principios reconocidos en la Constitución, en particular la igualdad y la no discriminación?.

.....
.....

6.- ¿Considera necesario realizar una reforma al Código de Trabajo conforme a la Ley Orgánica de Servicio Público, de acuerdo a las exigencias del Estado Constitucional, tomando en cuenta el Art. 84 de la Constitución?

.....
.....



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

CARRERA DE DERECHO

ENTREVISTAS

1.- La Constitución de la República del Ecuador reconoce dentro de los derechos de protección el derecho a la seguridad jurídica, fundamentada en el acatamiento a la Constitución y en la coexistencia de normas jurídicas que deben ser aplicadas por las autoridades competentes. ¿Qué criterio le merece usted la inconcordancia que existe entre el Código de Trabajo y la Ley Orgánica de Servicio Público en cuanto al tiempo de permiso para el cuidado del recién nacido?

.....
.....

2. ¿Considera que derechos tales como los de igualdad formal y material y principio de no discriminación, y el derecho a la seguridad jurídica, se ven afectados por la inconformidad entre el Código de Trabajo y la Ley de Servicio Público?.

.....
.....
.....

3. ¿Qué opinión le merece los actuales criterios con los que se determinan el tiempo de permiso para la madre y para el cuidado de su recién nacido?

.....
.....

4. ¿Que considera usted necesario para que el tiempo de permiso para el cuidado del recién nacido, verifique las exigencias del Estado constitucional de derechos y justicia, en el que se cumplan las garantías constitucionales respecto del derecho a la seguridad jurídica?

.....
.....

5. ¿Qué aspectos deben ser considerados para una acertada armonización entre el Código de Trabajo y la Ley de Servicio Público en cuanto al permiso para el cuidado del recién nacido?

.....
.....
.....
.....
.....

1. TEMA

INCONGRUENCIA JURÍDICA ENTRE EL CÓDIGO DE TRABAJO Y LA LEY ORGÁNICA DE SERVICIO PÚBLICO CON RESPECTO AL PERMISO DEL CUIDADO DEL RECIÉN NACIDO PARA LA MADRE LACTANTE.

2. PROBLEMÁTICA.

El nuevo modelo de Estado que se adoptó en el Ecuador, con la aprobación de la Constitución de la República del Ecuador en Agosto de 2008, reconoce derechos a las personas, siendo estos inalienables, intransferibles, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía, reconoce dentro de estos el derecho a la igual; sin embargo, al revisar los diferentes cuerpos normativos ecuatorianos reconocemos falencias que los afectan de una u otra forma. Así, en la Ley Orgánica de Servicio Público en sus Arts. 27 Literal c) y 33 refieren “la maternidad, toda servidora pública tiene derecho a una licencia con remuneración de doce (12) semanas para el nacimiento de su hija o hijo, en caso de nacimiento múltiple el plazo se extenderá por diez días adicionales” “las servidoras tendrán permiso para el cuidado del recién nacido por dos horas diarias, durante doce meses contados a partir de que haya concluido su licencia de maternidad”, mientras que en el Código de Trabajo en su Art. 155 refiere que “durante los doce (12) meses posteriores al parto, la jornada de la madre lactante durará seis (6) horas, de conformidad con la necesidad de la beneficiaria”.

Mientras que en un cuerpo normativo se extiende el tiempo para el cuidado del recién nacido por doce semanas o en su lugar por tres meses, en el segundo se disminuye radicalmente este periodo de tiempo, resultando ser perjudicial para quienes tengan que ampararse en el Código de Trabajo.

La Constitución de la República reconoce dentro de los derechos de protección el derecho a la seguridad jurídica, fundamentada en el acatamiento a la Constitución y en la coexistencia de normas jurídicas que deben ser aplicadas por las autoridades competentes.

Es trascendental que se estudie, reforme y unifique el Código de Trabajo en este caso a la Ley Orgánica de Servicio Público, ya que en ello se involucran derechos tales como de igualdad formal y material y principio de no discriminación, y el derecho a la seguridad jurídica.

Es necesario armonizar el Código de Trabajo a la Ley Orgánica de Servicio Público, a las exigencias del Estado Constitucional, tomando en cuenta que el Art. 84 de la Constitución determina que es obligación de la Asamblea Nacional y de todo órgano con potestad normativa de adecuar formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos consagrados en la Constitución.

3. JUSTIFICACIÓN

La Universidad Nacional de Loja consiente de la problemática social y jurídica dentro de su accionar, mediante la investigación de los problemas sociales en la que se ve inmersa nuestra sociedad ha creído conveniente fomentar la investigación científica-jurídica, que permite analizar problemas que van acorde con la realidad social, en busca de posibles soluciones, en tal razón es conveniente realizar un estudio investigativo titulado **“INCONGRUENCIA JURÍDICA ENTRE EL CÓDIGO DE TRABAJO Y LA LEY ORGÁNICA DE SERVICIO PÚBLICO CON RESPECTO AL PERMISO DEL CUIDADO DEL RECIÉN NACIDO PARA LA MADRE LACTANTE”**, que se relaciona con una nueva realidad y desarrollo jurídico social de los derechos de las madres lactantes, dadas por cuanto las Leyes que deben regular este permiso de lactancia no están debidamente equilibradas, lo cual provoca inseguridad jurídica y afectación de derechos constitucionales, aspectos que deben evitarse en el Estado Constitucional.

Se considera que el presente problema, desde el punto de vista jurídico es factible y trascendental de realizarlo, ya que se cuenta con la disponibilidad de tiempo, bibliografía necesaria y con el personal humano capacitado con la problemática planteada.

Con la culminación del presente trabajo investigativo, formularé una propuesta integral que equipare el permiso de lactancia tanto en la Ley Orgánica de

Servicio Público como en el Código de Trabajo, y de esta manera aportar con posibles soluciones a los problemas existentes relacionados con el respeto a los derechos de igualdad de las madres lactantes, y así cumplir con el requisito académico, para poder culminar mis estudios y obtener el título de abogado.

En virtud de los planteamientos expuestos, considero que se justifica plenamente la realización de la presente investigación.

4. OBJETIVOS

4.1. Objetivo General

Realizar un estudio analítico, crítico y jurídico, del Código de Trabajo y la Ley Orgánica de Servicio Público, respecto al permiso que tiene una madre para el cuidado del recién nacido, y a su derecho de igual consagrado en la Constitución de la República del Ecuador.

4.2. Objetivos Específicos

- d)** Determinar la incongruencia en la normativa existente en la Ley Orgánica de Servicio Público y el Código de Trabajo respecto al permiso para el cuidado del recién nacido.
- e)** Analizar los derechos constitucionales afectados, debido a la incongruencia en la normativa tanto en la Ley Orgánica de Servicio Público como y el Código de Trabajo.

- f) Establecer la necesidad de reformar el Código de Trabajo, formulando normas que equilibren el permiso para el cuidado del recién nacido con la Ley Orgánica de Servicio Público.

5. HIPÓTESIS

La incongruencia de normas entre la Ley Orgánica de Servicio Público como en el Código de Trabajo, respecto al permiso por lactancia que tiene una madre para el cuidado del recién nacido, vulnera el derecho constitucional que tienen todas las personas a ser tratadas por igual, a gozar de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

6. MARCO TEÓRICO

Desde la separación de la Gran Colombia en 1830, la República del Ecuador ha tenido veinte textos constitucionales a lo largo de su historia. Tal cantidad puede interpretarse como un síntoma de inestabilidad debido a una historia demasiado convulsionada para un país relativamente pequeño. En el año 2008 se aprobó la Constitución actual, la cual trae consigo un cambio fundamental en la aplicación del derecho.

La Constitución de la República del Ecuador, aprobada mediante referéndum en el año 2008: **“Como conjunto normativo superior que rige el ordenamiento político y social, garantiza los derechos fundamentales del ciudadano. Entre estos derechos tiene particular relevancia el derecho a**

la igualdad en todas las manifestaciones del quehacer individual, es decir el tratamiento amparado en las mismas regulaciones establecidas para conseguir ese orden político, social y económico que se constituye en el factor que hace posible el desenvolvimiento de la actividad humana sin discrimen de ninguna especie”³¹.

La igualdad, como derecho coloca a las personas en idéntica condición, en un plano de equivalencia. Ello implica una conformidad o identidad por coincidencia de naturaleza, circunstancias, calidad, cantidad o forma. Ello de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden a otra, en paridad sincrónica o concurrencia de razones.

El derecho a la igualdad es vulnerado en la Ley Orgánica de Servicio Público, por no haber un equilibrio jurídico con el Código de Trabajo, en lo concerniente al permiso por lactancia que tiene derecho una madre para con su hija o hijo.

La Constitución de la República del Ecuador en su Art. 34, claramente nos dice:

“El Estado garantiza a las mujeres embarazadas y en período de lactancia 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.**

³¹Editorial Maite VincueriaBerdejo. Madrid. 1997. pág. 1025

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

4. Disponer de las facilidades necesarias para su recuperación después del embarazo y durante el periodo de lactancia³².

La Ley Orgánica de Servicio Público fue creada el 06 de octubre de 2010, con el objetivo de propender el desarrollo profesional, técnico y personal de los servidores públicos, inclinado a garantizar el permanente mejoramiento, eficiencia, eficacia, productividad del Estado. Está dirigida a los organismos y dependencias de las funciones, entidades que integran el régimen autónomo descentralizado y regímenes especiales. También abarca a los organismos creados por la Constitución, para el control estatal.

Se reconoce como aspecto positivo que el nuevo instrumento jurídico se enmarca en los nuevos preceptos y principios constitucionales, que conciben a la administración pública como un servicio a la colectividad, regida por principios como los de eficiencia, calidad, desconcentración, descentralización, participación, transparencia y evaluación, para con los servidores públicos.

Las servidoras o servidores públicos son **personas** que brinda un servicio de **utilidad social**. Esto quiere decir que aquello que realiza beneficia a otras

³² CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, art. 34.

personas y no genera ganancias privadas (más allá de la remuneración que pueda percibir el sujeto por este **trabajo**).

Los servidores públicos, prestan un servicio al **Estado**, por lo que son los encargados de hacer llegar el servicio público a toda la **comunidad**, con un comportamiento intachable, ya que la sociedad espera su honestidad, lealtad y transparencia, por lo que, para su mejor funcionamiento y desarrollo, se ha creado un sistema de gestión del talento humano que promueve la igualdad de derechos, oportunidades y la no discriminación.

“Los Derechos de las servidoras o servidores públicos son irrenunciables. La ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneración para todo el sector público y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores”³³.

El desenvolvimiento de las servidoras y servidores públicos, en la institución en la que presten sus servicios deberá ser calificado de acuerdo a su profesionalismo, capacitación, responsabilidad y experiencia. Por lo que, su remuneración deberá ser justa y equitativa con relación a las funciones desempeñadas.

³³LEY ORGÁNICA DE SERVICIO PÚBLICO, Corporación de Estudios y Publicaciones.

La Ley Orgánica de Servicio Público en su Capítulo II que habla acerca de las licencias, comisiones de servicio y permiso, en su Art. 27 de licencias con remuneración en el literal c) nos dice: **“Por maternidad, toda servidora pública tiene derecho a una licencia con remuneración de doce (12) semanas por el nacimiento de su hija o hijo..”**³⁴. Esta licencia por maternidad la podrá hacer uso hasta por dos semanas anteriores al parto, las mismas que se las tomarán en cuenta en las doce (12) semanas que indica el artículo antes indicado.

El único documento hábil para justificar este permiso es el informe médico o en caso de haberse producido el parto mediante la presentación del certificado de nacido vivo otorgado por un profesional de la salud o autoridad competente, este certificado deberá ser legalmente validado en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en el departamento de Trabajo Social en el término de 15 días.

Culminado el término de permiso por maternidad, la madre tiene derecho a un permiso con remuneración para la lactancia de su hija o hijo, de un año o doce (12) meses, señalado en la Ley Orgánica de servicio Público.

La Ley Orgánica de Servicio Público en su Art. 33, señala: **“Las servidoras públicas tendrán permiso para el cuidado del recién nacido por dos horas diarias, durante doce meses contados a partir de que haya concluido su**

³⁴LEY ORGÁNICA DE SERVICIO PÚBLICO, Art. 27, literal c).

licencia de maternidad”³⁵. Algunas Instituciones Públicas lo ven a este artículo como innecesario que lo único que hace es retrasar el trabajo de la institución pero no se dan cuenta los beneficios, por un lado influyen en la tasa de absentismo relacionada con el cuidado de familiares enfermos: durante el primer año de vida, los niños amamantados con leche materna se ponen enfermos un 50% menos que los que reciben leche artificial. Por otro, aceleran y aumentan la vuelta al trabajo de las trabajadoras disminuyendo los cortes ligados a las nuevas contrataciones y a la formación del personal nuevo, además de permitir una reincorporación más temprana e incluso la retención de personal cualificado y de mejorar el clima laboral y la satisfacción de los trabajadores.

La parte más relevante del Art. 33 de la LOSEP, es la que el permiso será de dos horas diarias, durante doce (12) meses, pero estos doce meses deben ser contados a partir de que el permiso por maternidad concluya, esto quiere decir después de 12 semanas de la fecha del parto, todo lo contrario con lo que se dispone en el Código de trabajo.

El Código de Trabajo no ha sido reformado desde aproximadamente 80 años, pero a lo largo de este tiempo se han creado reformas que van en beneficio de este Código, estas reformas van en sentido de de añadir literales o párrafos, derogar o sustituir artículos.

³⁵ LEY ORGANICA DE SERVICIO PUBLICO, ART. 33,

El 25 de septiembre de 2012, entra en vigencia la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, para reestructurar normas que van en beneficio del pueblo soberano del Ecuador. La ley antes señala en su artículo 4 sustituye el tercer inciso del Art. 155 del Código de Trabajo, por lo siguiente: **“Durante los doce (12) meses posteriores al parto, la jornada de la madre lactante durará seis (6) horas, de conformidad con la necesidad de la beneficiaria”**³⁶

Este artículo es de gran importancia para la investigación que se está realizando ya que nos permite darnos cuenta de la incongruencia existente entre la Ley Orgánica de Servicio Público en su Art. 33 y el Código de Trabajo en su Art. 155. Incongruencia que perjudicando directamente a la madre lactante, al vulnerar el derecho a la igualdad establecido en la Constitución de la República del Ecuador en el numeral 2, Art. 11. En el Art. 33 de la LOSEP se manifiesta que el permiso por lactancia será de doce meses **contados a partir de la culminación de su licencia por maternidad**, mientras que el Art 155 del Código de Trabajo nos dice que el permiso por lactancia será de **doce meses posteriores al parto**. De esta manera se está perjudicando a la madre lactante con doce (12) semanas, que si bien si son tomadas en cuenta como licencia por maternidad pero incluidas en los 12 meses de lactancia.

De todo esto se desprende la necesidad de orientar una reforma al Código de Trabajo, con la finalidad de equiparar a esta norma con lo que establece la Ley

³⁶LEY ORGÁNICA DE DEFENSA DE LOS DERECHOS LABORALES, art. 4, 25 de septiembre de 2012, Presidencia de la República.

Orgánica de Servicio Público, con respecto al permiso por lactancia que una madre tiene derecho para con su hija o hijo, dándoles en los dos cuerpos legales el mismo derecho a doce (12) meses de permiso por lactancia pero una vez que se haya concluido con la licencia por maternidad. Esta reforma permitirá tener seguridad jurídica de forma fehaciente y que el permiso por lactancia sea de manera justa.

7. METODOLOGÍA

Para el desarrollo de la presente investigación se utilizarán métodos, procedimientos y técnicas que a continuación señalé.

7.1. METODOS.-

7.1.1. Método Científico.- Este método es de gran importancia en todo trabajo de investigativo ya que revela su carácter científico, por ello es conveniente partir de su utilización, obteniendo información científicamente comprobada sobre la vulneración de los derecho, con respecto a la incongruencia entre normas, para ello recurriré a diversas fuentes como libros, revistas y todo tipo de publicaciones que se refieran al tema propuesto.

7.1.2. Método Histórico.- Este método ayudará a conocer los antecedentes en las normas con respecto a la lactancia, de una manera general y en el país en particular, así como de su evolución a

través del tiempo, en las distintas sociedades en que se desarrollaron.

7.1.3. **Método Deductivo.**-facilitará el estudio, demostración y acercamiento de aspectos generales del problema en discusión, logrando comprobar aspectos concretos o individuales del problema en el cual gira este estudio.

7.1.4. **Método Inductivo.**- Ayudará a establecer los aspectos generales o universales del problema a estudiar, partiendo de los aspectos individuales en que se manifiesta el problema en discusión.

7.1.5. **Método Hermenéutico.**- Este método permitirá realizar un análisis de las normas jurídicas referentes al problema a investigar, es menester señalar el estudio de los diferentes cuerpos normativos internos, tales como la Constitución de la República del Ecuador, Código del trabajo etc.

7.1.6. **Método Analítico Comparado.**- Este método ayudara al estudio y análisis de las diversas legislaciones, respecto de la problemática diseñada, para conocer como se regula los derechos de las personas al permiso para el cuidado del recién nacido en otros estados, y en su defecto realizar un estudio comparado respecto de la normativa

jurídica ecuatoriana, establecer diferencias y similitudes, para llegar a tener posibles alternativas de solución.

7.1.7. Método Analítico – Sintético: esta conjunción dispondrá para la realización de un estudio integral de la problemática trazada así como de la recopilación de información, de tal forma que logre realizar una síntesis en la cual me permita exponer el resultado de todo el proceso de investigación.

7.1.8. Método Descriptivo.- favorecerá a registrar los hechos y fenómenos actuales respecto al permiso para el cuidado del recién nacido.

7.2. TÉCNICAS.-

7.2.1. La entrevista: Permitirá obtener resultados cualitativos suficientemente válidos, mediante la relación directa con personas conocedoras del problema trazado, para ello se aplicara un formato de entrevista a 5 profesionales del Derecho, quienes darán a conocer sus criterios respecto a la necesidad de reformar el Código de trabajo para que sea equiparado con la Ley orgánica de servicio Público, respecto al permiso para el cuidado del recién nacido.

7.2.2. Encuestas.- mediante esta técnica lograré obtener resultados cuantitativos que resultarán de la aplicación de un formato de

preguntas, dirigidas a personas conocedoras del tema, se las realizará a profesionales del derecho, trabajadores y servidores públicos, así como a personas de la función judicial de las distintas instituciones públicas de la ciudad de Loja, y serán un total de cien encuestas.

8. CRONOGRAMA

Tiempos Actividades	I ABRIL				II MAYO				III JUNIO				IV JULIO			
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
Elaboración y aprobación del tema			X	X												
Recopilación de la información bibliográfica			X	X	X	X										
Recopilación de la información de campo					X	X	X	X								
Organización y tabulación de la información							X	X	X	X						
Análisis e interpretación de los resultados									X	X	X	X				
Elaboración y presentación del informe final											X	X	X	X		
Defensa de la tesis															X	X

9. RECURSOS Y FINANCIAMIENTO

9.1. Recursos Humanos:

Investigador:

Germán Rodrigo Ortega Fierro.

Asesor:

Director de Tesis

9.2. Recursos Materiales:

Material bibliográfico	\$ 450.00
Material de oficina	\$ 325.00
Impresión y reproducción de texto	\$ 400.00
Transporte y movilización	\$ 150.00
Servicio de internet	\$ 140.00
Imprevistos	\$ 200.00
TOTAL	\$ 1,665.00

10. BIBLIOGRAFÍA

1. ESPINOSA MERINO, Galo: La Mas Practica Enciclopedia Jurídica, Volumen I, Vocabulario Jurídico, Editorial Instituto de Informática Legal, Quito – Ecuador, 1986, p. 166, 203, 297
2. CONSTTUICIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, R. O. No 449, 20 de octubre 2008. Art. 11.

3. Diccionario Jurídico Espasa Siglo XXI, Editorial Espasa, Calpe S. A., Madrid, 1999. p. 409.
4. CÓDIGO DEL TRABAJO: Corporación de Estudios y Publicaciones, Legislación Codificada, 2009, Art. 155
5. CALDERA, Rafael: Derecho del Trabajo, Tipografía de la Nación, 1940, Caracas – Venezuela, p. 331
6. CABANELLAS, Guillermo: Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 1998, p. 132, 360
7. LEY ORGÁNICA DE SERVICIO PÚBLICO, Corporación de Estudios y Publicaciones, R. O. No 418, 01 de abril de 2011. Art. 27 y 33.
8. REGLAMENTO A LA LEY ORGÁNICA DE SERVICIO PÚBLICO, Corporación de Estudios y Publicaciones, R. O. No 418, 01 de abril de 2011.
9. LEY ORGÁNICA DE SERVICIO CIVIL Y CARRERA ADMINISTRATIVA Y DE UNIFICACIÓN Y HOMOLOGACIÓN DE LAS REMUNERACIONES DEL SECTOR PÚBLICO, No 2003-17.
10. [HTTP://WWW.ECUADORLEGALONLINE.COM/LABORAL/PERMISO-LICENCIA-MATERNIDAD/](http://www.ecuadorlegalonline.com/laboral/permiso-licencia-maternidad/)

INDICE

PORTADA	I
CERTIFICACION	II
AUTORIA	III
CARTA DE AUTORIZACION	IV
DEDICATORIA	V
AGRADECIMIENTO	VI
TABLA DE CONTENIDOS	VII
1. TITULO	1
2. RESUMEN	2
ABSTRACT	4
3. INTRODUCCION	6
4. REVISION DE LITERATURA	8
5. MATERIALES Y METODOS	58
6. RESULTADOS	62
7. DISCUSION	82
8. CONCLUSIONES	87
9. RECOMENDACIONES	88

9.1 PROPUESTA DE REFORMA LEGAL	89
10. BIBLIOGRAFIA	92
11. ANEXOS	95
INDICE	117