



UNIVERSIDAD SAN GREGORIO DE PORTOVIEJO

CARRERA DE DERECHO

**Trabajo de investigación de Artículo Científico previo a la obtención del título de
Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República**

TÍTULO:

El despido ineficaz aplicado al hombre trabajador con licencia de paternidad.

AUTORES:

Murillo Chilán Leonardo Enrique.

Pazmiño Carabalí María José.

TUTOR:

Ab. Fatsi Cedeño Roldan, Mgs.

Cantón Portoviejo – Provincia de Manabí – República del Ecuador

Octubre 2022 – Marzo 2023

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR

Murillo Chilán Leonardo Enrique y Pazmiño Carabalí María José, declaramos ser los autores del presente trabajo investigativo, cuyo contenido es auténtico y original que no infringe derechos de propiedad intelectual de tercero. En ese sentido, asumimos la responsabilidad correspondiente ante cualquier falsedad, ocultamiento u omisión de la información obtenida en el proceso de investigación.

De manera expresa cedemos los derechos de propiedad intelectual del Artículo Científico: “El despido ineficaz aplicado al hombre trabajador con licencia de paternidad”, a la Universidad San Gregorio de Portoviejo, para que publique el texto impreso y electrónico por ser la Institución de Educación Superior que nos acogió en todo el proceso de desarrollo del mismo.

Portoviejo, 20 de marzo de 2023.



Murillo Chilán Leonardo Enrique.

C.I. 131554063-1



Pazmiño Carabalí María José.

C.I. 131109613-3

El despido ineficaz aplicado al hombre trabajador con licencia de paternidad

Ineffective dismissal applied to male worker on paternity leave

Murillo Chilán Leonardo Enrique.

Universidad San Gregorio de Portoviejo, e.lemurillo@sangregorio.edu.ec

Pazmiño Carabalí María José.

Universidad San Gregorio de Portoviejo, e.mjpazminoc@sangregorio.edu.ec

Resumen.

En esta investigación se analizó el despido ineficaz aplicado al hombre trabajador con licencia de paternidad en Ecuador. La relevancia del tema corresponde a que el despido ineficaz en Ecuador solo se encuentra aplicado a la mujer en estado de gestación o tiempo de maternidad y a los dirigentes sindicales, sin embargo, el padre del recién nacido puede ser despedido de manera ineficaz, vulnerando así derechos y principios, dejando en estado de desamparo laboral al hombre que goza con licencia de paternidad. Por lo tanto se planteó como objetivo determinar la necesidad de aplicar la acción de despido ineficaz aplicado al hombre trabajador con licencia de paternidad. La metodología empleada fue el enfoque cualitativo, utilizando los métodos teórico jurídico y jurídico comparado; asimismo, se aplicó como técnica de recolección de datos la revisión bibliográfica a través del instrumento de investigación del análisis documental. En ese sentido, se concluyó que la garantía de la acción de despido ineficaz debería ser ampliada al hombre trabajador que goce de licencia de paternidad.

Palabras clave: Despido ineficaz; hombre trabajador; licencia de paternidad; principio de estabilidad laboral; principio de igualdad y no discriminación.

Abstract.

In this research the ineffective dismissal applied to male workers on paternity leave in Ecuador was analyzed. The relevance of the topic corresponds to the fact that ineffective dismissal in Ecuador is only applied to women in a state of gestation or maternity time and union leaders, however, the father of the newborn can be dismissed ineffectively, thus violating rights and principles, leaving in a state of labor helplessness the man who enjoys paternity leave. Therefore, the objective was to determine the need to apply the action of ineffective dismissal applied to the male worker on paternity leave. The methodology used was the qualitative approach, using the legal theoretical and comparative legal methods; likewise, the bibliographic review was applied as a data collection technique through the research instrument

of documentary analysis. In this sense, it was concluded that the guarantee of the ineffective dismissal action should be extended to male workers on paternity leave.

Key words: Ineffective dismissal; male worker; paternity leave; principle of equality and non-discrimination; principle of labor stability.

Introducción.

El derecho laboral es una rama del Derecho cuyo objeto es la protección del ser humano que presta sus servicios lícitos y personales dentro de una relación laboral. Esto en la búsqueda de equilibrar la relación desigual que existe entre trabajo y capital o en la relación obrero - patronal. Además, de acuerdo a Galindo y Fuentes (2018, pág. 6), el derecho laboral se sustenta en una serie de principios como la estabilidad laboral, el proteccionismo, la igualdad y no discriminación, la libertad de asociación y la inamovilidad.

En tal sentido, los vínculos laborales que nacen mediante un pacto de responsabilidades entre una persona trabajadora bajo la subordinación de un empleador deben ser protegidos por el Derecho, sobretodo entendiendo la desigualdad entre partes.

De forma general, es precisamente esa desigualdad la que ha dado paso a abusos por parte de los empleadores, es por ello que la doctrina y normativa a nivel nacional e internacional prevee que la terminación de la relación laboral sea justificada, sobretodo cuando se encuentre en condición de gestación, maternidad, o dirigencia sindical, ya que caso contrario se estaría incurriendo en un despido ineficaz.

Sin embargo, consideramos que la figura de despido ineficaz no solamente se debería aplicar a las mujeres embarazadas o las que se encuentren en tiempo de maternidad y dirigentes sindicales, sino también, al padre del recién nacido o al hombre trabajador que se ha convertido en padre.

Sobre dicho particular, la legislación a nivel nacional e internacional, establece a la licencia de paternidad como una figura en donde se le otorga al hombre trabajador un periodo de tiempo después del nacimiento de su hijo para que cumpla con el deber de cuidado que el corresponde con el recién nacido y también con la madre.

No obstante, al igual que a la mujer embarazada o la mujer que se encuentre en tiempo de maternidad, el hombre que se ha convertido en padre, también puede ser despedido de manera unilateral por el empleador sin justa causa. Es decir, que tanto el hombre como la mujer que cuentan con licencia de maternidad o paternidad, se encuentran en circunstancias similares, en donde el hombre, también podría hacer uso de la acción de despido ineficaz, en caso de que el empleador de por terminada la relación laboral.

De esa manera, al hombre trabajador puede resultar afectado y con ello, se estarían violando principios como el de estabilidad laboral y el de igualdad y no discriminación; por ende, el problema que surge respecto a este tema es, ¿es jurídicamente posible aplicar la acción de despido ineficaz cuando se trate de un hombre trabajador con licencia de paternidad?

Por tal motivo, pretendemos fundamentar técnica y normativamente la necesidad de incluir a la licencia de paternidad del hombre trabajador como una causal de la acción de despido ineficaz; asimismo, contrastar la figura del despido ineficaz y de la licencia de paternidad en la normativa colombiana, peruana y española.

Metodología.

La metodología a implementar corresponde a un enfoque cualitativo, con la finalidad de que permita describir el objeto del tema, en este caso, la aplicación de la acción de despido ineficaz al hombre trabajador que solicita licencia de paternidad. De tal manera se considera esencial hacer uso de los métodos teórico jurídico y jurídico comparado.

Tomando en consideración que es de suma importancia analizar las particularidades de las instituciones del Derecho, normas, doctrina y describir la situación jurídica de otros países; siendo así que se realiza un derecho comparado con las legislaciones Colombia, Perú y España con la finalidad de evidenciar la manera en la que los Estados regulan la licencia de maternidad y paternidad.

Por su parte, la técnica de recolección de datos y la revisión bibliográfica a través del instrumento de investigación del análisis documental permite la búsqueda de la literatura sobre temas específicos relacionados a signos distintivos, usando como palabras claves: acción de despido ineficaz, derecho laboral, estabilidad laboral, y licencia de paternidad.

Marco teórico.

El trabajo y su importancia como mecanismo de supervivencia.

Para Ventura (2013), el trabajo es:

Una actividad vital del hombre en el que transforma la naturaleza en productos, y se convierte en la base de apropiación y resultado del trabajo del hombre. En ese sentido, podríamos analizar que el trabajo es la actividad que desarrolla una persona dentro de una sociedad con la finalidad de obtener algo a cambio para poder vivir y desarrollarse. (pág. 20)

Con base en lo anterior, se atañe que el trabajo es fundamental ya que le permite al ser humano, mediante la actividad que realice, obtener recursos económicos y con ello satisfacer sus necesidades más básicas como las de su alimentación, salud, transporte, entre otras. Sobre ello, la Organización Internacional del Trabajo (2018, pág. 1) menciona que: “se ha de admitir que para buena parte de la humanidad el trabajo es una cuestión de supervivencia, el medio esencial para asegurar lo imprescindible para vivir y evitar la pobreza”.

Adicionalmente, para González, Gracia & Salanova (1996):

Existe un reconocimiento creciente de la importancia del rol del trabajo para el desarrollo humano. Al comienzo de la vida adulta, constituye una parte importante del desarrollo cognitivo, social, moral y de personalidad del individuo se lleva a cabo en el contexto laboral. (pág. 28)

Se reconoce entonces que el trabajo es de gran importancia y cumple una finalidad vital en nuestra sociedad, que es la de sustentar económicamente a las personas y núcleo familiar, así como proveer en alimentación, salud, educación, transporte con la finalidad de alcanzar una vida digna. Además, en el plano subjetivo, el trabajo resulta ser una herramienta de realización personal, ya que es el medio para desempeñarse y crecer profesionalmente.

Derecho laboral.

Históricamente, el derecho del trabajo, para Hernández & Ritcher (2010):

Surge en los inicios de la industrialización como respuesta a la cuestión social. Una descripción somera y simplificada de ese proceso puede resumirse de la siguiente manera. En Europa, en el siglo XIX, el creciente desarrollo industrial se produjo en condiciones de explotación de la clase trabajadora, ya que el liberalismo imperante permitió a los empleadores fijar unilateralmente las remuneraciones y las condiciones de trabajo. (pág. 179)

Con ello, de acuerdo a Richter (2013, pág. 181), las luchas del movimiento obrero determinaron que el Estado burgués cediese paulatinamente a las presiones que recibía y fuese promulgando normas protectoras de los trabajadores que se aplicaban imperativamente. Así, en América Latina, la cuestión social y las normas tuitivas son un proceso que se desarrolló fundamentalmente en las tres primeras décadas del siglo XX.

Por lo tanto, se analiza que el derecho al trabajo, ha pasado por diversas transformaciones; al inicio, existían grandes vulneraciones y afectaciones a los derechos de los trabajadores, eran sometidos a largas jornadas de trabajo y poca remuneración. Situación

que fue remendada gracias a las luchas obreras por alcanzar derechos y garantías mínimas que posteriormente dieron paso en la creación de cuerpos normativos, organizaciones e incluso a una rama del derecho encargada de regular este particular.

En este sentido, es necesario comprender que la finalidad del derecho laboral es proteger los derechos de las y los trabajadores, así como, establecer las obligaciones que deben cumplir. Es decir, permite que el derecho laboral regule cada una de las actividades que se llevan a cabo dentro una relación laboral. Sobre este particular, Arteaga (2018), menciona que el Derecho Laboral es:

Una rama de la ciencia jurídica cuyos principios y normas tienen por objeto la tutela del trabajo humano realizado en forma libre, por cuenta ajena, en relación de dependencia y a cambio de una contraprestación. Siendo su objetivo principal, atenuar la desigualdad existente en la relación obrero-patronal o trabajo versus capital. (pág. 40)

Para Boza (2020), el derecho del trabajo es:

Una disciplina que se caracteriza por contar con un conjunto de fuentes propias que no se encuentran en otras áreas del Derecho como el convenio internacional de trabajo, convenio colectivo, o reglamento interno de trabajo. Esto implica que exista una protección especial a los trabajadores desde una cosmovisión más amplia. (pág. 100)

Derecho constitucional al trabajo.

Actualmente se respetan en mayor medida los derechos de las mujeres y hombres, en razón de que los Estados han incluido en sus ordenamientos jurídicos los mecanismos necesarios para hacer respetar los derechos constitucionales. Específicamente sobre el derecho al trabajo Boza (2020, pág. 21), ha considerado que en la medida en que los derechos laborales fueron incluyéndose en los tratados internacionales sobre Derechos Humanos, se

fue consolidando un marco genérico que incorpora a los derechos laborales entre los derechos económicos, sociales y culturales.

En ese orden de ideas, el derecho al trabajo se encuentra inmerso en varios instrumentos internacionales de derechos humanos, como la Declaración Universal de Derechos Humanos en el artículo 23, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 8, Convención Americana de Derechos Humanos en el artículo 6.

Es así que, mediante el bloque de constitucionalidad, se establece en el artículo 33 de la Constitución de la República del Ecuador (2008, pág. 20), que el trabajo es un derecho, un deber social, un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía; en donde el Estado tiene la obligación de garantizar a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado.

Además, el derecho al trabajo se rige bajo varios principios constitucionales como el de estabilidad laboral e igualdad y no discriminación. El Estado ecuatoriano tiene la obligación de garantizar que se cumplan dichos principios para prevenir la vulneración de los derechos de los trabajadores, es por ello que consideramos pertinente profundizar en el análisis de cada uno de estos principios.

Principio de estabilidad laboral.

La protección a la estabilidad laboral se configura por una serie de normas que regulan las formas de dar por terminada la relación laboral. En Ecuador, con la finalidad de proteger este principio, los trabajadores adquieren dicha condición desde que supera el período de prueba, por lo que deberá permanecer en su cargo mientras no opere una o más causales de terminación de la relación de trabajo.

Para Deveali (1983, pág. 30), “La estabilidad laboral es el derecho del trabajador a conservar su puesto de empleo durante toda su vida laboral, no pudiendo ser declarado cesante antes, a no ser por alguna causa taxativamente determinada”. Mientras que Rivas (2019, pág. 36), sostiene que la estabilidad laboral es un principio protector de derechos muy poco aplicable en la práctica. Sin embargo, plantea como excepción la protección a un grupo de trabajadores aún más vulnerables en cuanto a su estabilidad: los líderes sindicales y las mujeres en estado de gestación o lactancia.

Principio de igualdad y no discriminación.

En lo que corresponde al principio de igualdad y no discriminación, Díaz (2006, pág. 802), afirma que: “El principio de igualdad constituye una norma de un contenido sustantivo que su forma axiológica de orden fundamental, que vincula de modo general e irradia todo el ordenamiento jurídico”.

En este sentido, para Alegre (2021, pág. 42): “Actúa como mandato que condiciona la creación de normas y su interpretación. Como consecuencia de esto, también actúa como fuente de derechos específicos, ya sean como producto legislativo o hermenéutico, influenciados por la igualdad y no discriminación”. Por ejemplo, el derecho a una igual remuneración entre trabajadores y trabajadoras es producto de la influencia de la igualdad sobre el derecho a una remuneración justa.

En Ecuador, este principio se consagra en la Constitución de la República del Ecuador (2008, pág. 8) en el artículo 11, donde se determina que todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos y oportunidades. Además, determina la obligación estatal de adoptar medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de aquellos que se encuentren en situación de desigualdad.

La aplicación de este principio en ciertos casos es ejemplificada con hechos en donde se concluye una relación laboral con una embarazada. Martínez & Peña (2021) mencionan que:

La decisión del empleador de concluir una relación laboral con una trabajadora que se encuentre embarazada o asociada a su condición de gestación o maternidad, las mismas reglas serán aplicables a los dirigentes sindicales; se considera despido intempestivo que se torna ineficaz cuando se ha dado de manera injustificada. (pág. 3299)

Con estos antecedentes, podemos manifestar que, dentro de una relación laboral contractual, estos principios pueden verse vulnerados por parte del empleador, por ende, dentro de nuestra legislación, se emplean algunas figuras jurídicas en esta materia que tienen como finalidad la protección de los derechos laborales, entre ellos todo acto que se encuentre relacionado con la acción de despido ineficaz.

Acción de despido ineficaz.

Para Landín (2016), se debe entender por despido ineficaz a la circunstancia en la que la decisión unilateral del empleador, esto es el despido, es ineficaz porque viola garantías que protegen circunstancialmente a la persona trabajadora. Es decir, la acción de despido ineficaz en nuestro ordenamiento jurídico, está dirigida de manera especial para las mujeres que se encuentran en estado de gestación o en tiempo de maternidad, así como para los dirigentes sindicales que representan a determinados grupos de trabajadores. Por lo tanto, para nuestro análisis es menester recurrir a la doctrina como fuente del Derecho y a la legislación nacional e internacional que tratan sobre la acción de despido ineficaz.

Según Quezada (2016), la acción de despido ineficaz:

Permite equiparar la desigualdad existente entre la parte trabajadora y empleadora, por lo que, a través de esta figura se pretende proteger y cesar los despidos arbitrarios e injustificados provenientes de la parte más fuerte de una relación laboral. Viéndose de esta forma, lo que se busca es que esa arbitrariedad unilateral, cuando es sin causa justa, o es discriminatoria, o ilícita, quede sin efecto. (pág. 20)

Por lo tanto, para Martínez & Peña (2021, pág. 3299), al hablar de despido ineficaz, este se traduce en: “La garantía que tienen los trabajadores, la cual protege a los llamados grupos de atención prioritaria o los más vulnerables como: mujeres embarazadas o en estado de gestación y dirigentes sindicales”.

Incluso Quishpe (2022), define a la acción de despido ineficaz como:

Una garantía del trabajador que ampara a las mujeres embarazadas y líderes sindicales. Con esta garantía, la ley les garantiza la estabilidad en el trabajo, la indemnización y el derecho a reincorporarse inmediatamente a sus funciones en caso de despido, porque debe regir el principio de estabilidad laboral y el principio de inamovilidad que los ampara. (pág. 82)

Por lo anteriormente expuesto, la acción de despido ineficaz actúa como una protección especial para las personas que por su condición son consideradas como vulnerables, tal y como es el caso de las mujeres embarazadas. En este sentido, es importante mencionar que esta protección especial se otorga debido a la necesidad de cuidado del recién nacido y se efectiviza a través de la licencia de maternidad y paternidad.

Licencia de paternidad.

Téllez citando a Kamerman (2009, págs. 5-6), ha manifestado que:

En la historia, la incursión de la mujer en la fuerza laboral trajo como consecuencia la creación de políticas de maternidad para proteger la salud de las mujeres trabajadoras y sus bebés al momento del nacer. De tal manera, las licencias parentales y por paternidad fueron desarrolladas como respuesta a las necesidades de las mujeres trabajadoras y padres, así como a la preocupación del bienestar del infante. Las licencias para después del nacimiento del bebé se han convertido en políticas obligatorias en casi todos los países industrializados.

Es así, que en los años ochenta y noventa, la mayor tendencia fue el establecimiento de las licencias parentales como complementarias a las licencias por maternidad, con el fin de crear alternativas reales que cuidaran al infante y convertir las políticas en instrumentos que permitieran la equidad de género. En otras palabras, la licencia de paternidad surgió por la necesidad de que el hombre cumpliera con su rol de padre, principalmente dentro de las primeras semanas que son vitales para crear vínculos afectuosos, y que la responsabilidad no sea solo de la madre, sino también del padre.

Además, es necesario indicar que, de acuerdo a Campos (2021):

El término licencia por paternidad fue utilizado por primera vez por la Organización Mundial del Trabajo, en la recomendación 165, en el numeral 22, donde señala que ambos padres deben gozar de una licencia sin ver afectada su estabilidad laboral o la disminución de su remuneración. Esto se debe a que el derecho a la licencia por paternidad surge como mecanismo que promueve la igualdad entre hombre y mujeres, pero además busca la participación activa del padre en la etapa de nacimiento, cuidando de su hijo durante los primeros días de vida.

Definiendo a la licencia de paternidad, Ryder (2014), ha mencionado que consiste en “Un período breve de tiempo que se concede al padre inmediatamente después del nacimiento, para atender al recién nacido y a la madre”. En ese sentido, la licencia de

paternidad vendría a ser la oportunidad que tiene el padre para hacer uso a su derecho de paternidad, formar el vínculo con el recién nacido y asistir a la madre que se encuentra en un estado débil después del parto.

Con ello, consideramos principalmente que la licencia de paternidad, ha permitido eliminar las desigualdades dentro de una sociedad al momento de tener un hijo, ya que no solamente la madre tiene la obligación de cumplir ese deber de cuidado con el menor, sino el padre, que es partícipe en el cuidado y crianza del recién nacido. Respecto a su utilidad, Ferreyra (2020), sostiene que:

Genera beneficios para la sociedad, en primer lugar, sirve de instrumento para conciliar la vida productiva con la reproductiva. El segundo beneficio es que garantiza que los niños gocen de la presencia de sus padres durante sus primeros meses de vida alcanzando enormes rendimientos en el mediano y largo plazo. (Pág. 17)

Con ello, podemos llegar a comprender que la licencia de paternidad es de importancia para el hombre, en razón de que le permite hacer uso de sus derechos reproductivos, como lo es ser padre; y, cumplir con ese deber de cuidado, que no solo le corresponde a la mujer, cuando se encuentre bajo una relación contractual de trabajo.

Base jurídica para la aplicación de la acción de despido ineficaz al hombre trabajador con licencia de paternidad.

Habiendo determinado la importancia de la licencia de paternidad en la vida de las personas integrantes de la familia, es importante sentar la base normativa que permitiría la aplicación de la acción de despido ineficaz al hombre trabajador con licencia de paternidad. Considerando que Ecuador es un país garantista de derechos y justicia, que garantiza el goce efectivo de los derechos establecidos en la Constitución e instrumentos internacionales de

derechos humanos, es importante iniciar con el criterio de las Naciones Unidas – CEPAL, que manifiesta lo siguiente:

El momento que inicia con el cuidado de un niño pequeño por parte de su familia, bien puede ser compartido por padre y madre. Solamente la lactancia se sustenta en una diferencia biológica que debe ser reconocida, pero los bebés requieren de otros cuidados adicionales que pueden ser brindados por ambos padres. (Organización de las Naciones Unidas, 1966)

Mientras que, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, ha dispuesto en artículo 11 que los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:

c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños (Organización de las Naciones Unidas, 1979)

La Constitución, además, garantiza en el artículo 69 que se promoverá la paternidad responsable, obligando al padre al cuidado, crianza, educación y en general al desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijos e hijas. Sobre la licencia de paternidad, en el artículo 332, se garantiza el respeto a los derechos reproductivos de las personas trabajadoras, incluido el derecho a la licencia de paternidad y prohibición de discriminación por roles reproductivos. Esto implica que el cuidado que requieren los niños y niñas debe ser compartido por el padre y la madre y que la licencia de paternidad es un medio para cumplir el fin de compartir las obligaciones de cuidado.

Adicionalmente, el Código de Trabajo del Ecuador reconoce la figura de la licencia de paternidad; sin embargo, no la incluye dentro del grupo prioritario que puede accionar la garantía de despido ineficaz, pese a que se encuentra en una posición idéntica a la de la madre que goza de licencia de maternidad.

De lo anterior se desprende que la normativa nacional e internacional, y jurisprudencia reconocen el derecho a los hombres trabajadores de gozar de una licencia de paternidad. Además, bajo jurisprudencia vinculante, la Corte Constitucional ecuatoriana insta al Estado a que adopte medidas para evitar que los empleadores restrinjan el derecho a la salud sexual y reproductiva. Estimamos que al considerar al hombre trabajador con licencia de paternidad dentro de la acción de despido ineficaz se cumpliría con el deber máximo del Estado, el cual es respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

Derecho Comparado.

Es así que, en cuanto a derecho comparado, Colombia en el artículo 53 de su Constitución Política (1991), ha considerado que “el Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: (...) protección especial a la mujer, a la maternidad”.

Mientras que en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo (2011), se ha establecido que:

Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de catorce semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso. (...) El esposo o compañero permanente tendrá derecho a ocho días hábiles de licencia remunerada de paternidad.

Además, la Corte Constitucional de la República de Colombia (2019), en la sentencia T-114/19 ha manifestado que:

La licencia de paternidad desarrolla el principio del interés superior del menor de edad, consagrado en el artículo 44 Superior y en la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Además, se erige como una forma de satisfacer el derecho al cuidado que tienen todos los niños y niñas, pues reconoce que la presencia activa, participativa y permanente del padre es fundamental en el desarrollo del hijo. Por último, configura un derecho subjetivo del padre, como una expresión del derecho a fundar una familia y un mecanismo que permite el cumplimiento de los deberes que se desprenden de la responsabilidad parental y contribuye a la erradicación de estereotipos de género negativos, como que las mujeres son las únicas cuidadoras de los niños en la familia.

Por otra parte, la Constitución Política del Perú (1993), ha determinado en el artículo 23 que el trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre (...)

Mientras que la Ley N° 30367 (2015), que protege a la madre trabajadora contra el despido arbitrario y prolonga su periodo de descanso, ha considerado lo siguiente:

Artículo 29.- Es nulo el despido que tenga por motivo: (...) e) El embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 días posteriores al nacimiento. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el empleador no acredita en estos casos la existencia de causa justa para despedir.

Asimismo, la ley 29409 (2015), que concede el derecho de licencia por paternidad a los trabajadores de la actividad pública y privada, ha determinado que “(...) 2.1 La licencia por paternidad es otorgada por el empleador al padre por diez días calendario consecutivos en los casos de parto natural o cesárea. (...).

En la misma línea, el Tribunal Constitucional del Perú (2020) en la sentencia 426/2020, ha considerado que “la licencia por maternidad es un derecho vinculado a otros derechos expresamente reconocidos, que adquiere especial relevancia debido a los diversos principios que la Constitución prevé respecto al trato preferente hacia la madre, la madre trabajadora y la familia.”

En cuanto a España, en la Constitución (1978), se ha establecido en el artículo 39 que “(...) Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”.

En consecuencia, Figuera, Ushiña y Ureta (2019, pág. 174), afirman que se busca proteger los lazos familiares no solo de la madre y su hijo, sino también entre padre e hijo, con el afán de que se amplíen las políticas de conciliación entre la vida laboral y la familiar y de que el hombre pueda disfrutar de garantías laborales y familiares autónomas, no derivadas de las que posee la mujer y protejan el interés superior del niño y del que está por nacer.

Resultados.

Durante la elaboración de la presente investigación, se arribó al resultado de que en la legislación ecuatoriana no se establece la garantía de estabilidad por despido ineficaz para el padre del recién nacido que cuenta con licencia de paternidad. En ese sentido, no se puede hablar de igualdad y no discriminación, ni de estabilidad laboral, cuando existe una evidente afectación a dichos principios por no aplicarlos con equidad; esto en el sentido de que se emplea solamente para la mujer en estado de gestación o maternidad excluyendo al hombre trabajador a pesar de que ambos tienen un deber de cuidado sobre el mismo bien jurídico protegido. Entonces, ¿Cuál sería el sentido real de dichos principios si son aplicados para un

determinado grupo y no para otros, como es el caso del padre del recién nacido que goza una licencia de paternidad?

Hay que resaltar que Ecuador, siendo un Estado constitucional de derechos y justicia, garantista de derechos, que vela por la protección de los derechos constitucionales y fundamentales debería aplicar también la garantía de despido ineficaz para el padre en razón de que el vínculo familiar que existe conlleva a que el padre cumpla con el deber de cuidado que le corresponde.

Por lo tanto, el trabajador encontrándose en una situación como ésta, ya sea madre o padre del que está por nacer o del nacido, puede hacer uso de esta acción como una herramienta que pueda servirle para poder continuar en su puesto de trabajo y, por ende, hacer prevalecer sus derechos laborales.

Adicionalmente, lo anterior implica a que no solamente se afecten los principios de igualdad y no discriminación y estabilidad laboral; sino otros derechos inherentes al infante, tales como la alimentación y la salud, y de manera general una vida digna, ya que el padre, mediante el deber de cuidado, es responsable de velar por la seguridad del recién nacido.

Finalmente, dentro del estudio de derecho comparado se logró determinar que en Colombia, Perú y España se da especial importancia a la protección de la mujer trabajadora embarazada; esto sin dejar de reconocer a la par, la importancia de la licencia de paternidad y fijar líneas claras sobre la ampliación de los derechos y obligaciones compartidas respecto al cuidado de los niños y niñas durante el puerperio y lactancia.

Sobre este particular, también fue posible determinar que existe relación con la legislación ecuatoriana en el sentido de que en todas se reconocen a los principios de igualdad y no discriminación, estabilidad laboral, protección especial a la maternidad (que

puede ser extensible a la paternidad) y el interés superior del menor. Asimismo, se conviene en todas las legislaciones la existencia de una licencia remunerada de paternidad.

Discusión.

Como criterio de solución al problema jurídico del reconocimiento del despido del hombre trabajador en licencia de paternidad se plantea la inclusión de una tercera causal para accionar el despido ineficaz, la del padre en licencia de paternidad. Esto en razón de que la falta de regulación de la licencia de paternidad como causal de la acción de despido ineficaz implica la vulneración a los principios de estabilidad laboral e igualdad y no discriminación, y subsecuentemente el derecho al trabajo, vida digna e interés superior del menor.

Para concretar lo anterior es necesario tomar en cuenta la base normativa jurídica que se presentó en acápite anteriores, ya que Ecuador cuenta con grandes avances constitucionales y legislativos al poseer un amplio catálogo de valores, principios, derechos y garantías; debido a que aunque no se haga mención expresa al despido del padre con licencia de paternidad, es posible encontrar una solución jurídica a esta problemática a través de la interpretación de las reglas constitucionales precitadas.

Además, consideramos necesario que la legislación ecuatoriana preste especial atención a la necesidad de que el padre trabajador comparta los deberes de cuidado del menor con la madre y se generen relaciones más equitativas dentro de la dinámica familiar.

Conclusiones.

Toda persona tiene derecho al trabajo, al ser este uno de los derechos que sirve de base para gozar de una vida en dignidad. Al mismo tiempo, se rige sobre varios principios del Derecho relacionados con el tipo de despido en discusión, tales como el principio de estabilidad laboral y el principio de igualdad y no discriminación. Es importante destacar que

en Ecuador se determinó a la acción de despido ineficaz como vía para garantizar los principios precedentes.

Dentro de los procedimientos de despido ineficaz es de suma importancia desentrañar las cuestiones materiales y no las meramente formales, pues su contenido es de relevancia constitucional, al determinar si se trata de un acto discriminatorio o una diferenciación legítima con la finalidad de reintegrar e indemnizar en caso de despido.

Por lo anteriormente expuesto, se estima que la garantía de acción de despido ineficaz debería ser ampliada al hombre trabajador que goce de licencia de paternidad. Lo anterior en razón del principio de igualdad y no discriminación, en especial considerando que el Derecho es progresivo y la corriente jurídica se inclina a reconocer que los hombres también deben participar y compartir de forma equitativa el cuidado de los menores durante el puerperio y lactancia.

En conclusión, incluir una nueva causal para accionar el despido ineficaz por el despido hombre trabajador con licencia de paternidad coadyuvaría a garantizar los derechos de las personas integrantes de la familia, los derechos reproductivos, y la promoción de la paternidad responsable y equitativa.

Referencias bibliográficas

- Ajila, R. (2021). Despido ineficaz en mujeres embarazadas o asociado a su condición de maternidad. Guayaquil: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.
- Alegre, F. (2021). Despido ineficaz de la mujer embarazada, desde la perspectiva del principio de igualdad y no discriminación. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Obtenido de <http://hdl.handle.net/10644/8160>
- Alexy, R. (2008). La fórmula del peso en Miguel Carbonell. El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Argudo, L. E., González, M. G. & Tamayo, F. M. (2020). La garantía de inamovilidad y el despido ineficaz en la República del Ecuador. Polo del Conocimiento: Revista científico-profesional, 5(2), 429-447. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7435334>
- Arotingo, R. M. (2022). Despido ineficaz a la mujer embarazada: Un análisis desde el Estado constitucional de derechos en el Ecuador. Universidad de Otavalo. Obtenido de <https://repositorio.uotavalo.edu.ec/handle/52000/559>
- Arteaga, A. J. (2018). El despido ineficaz y su relación con el principio de no discriminación y el derecho a la estabilidad. Revista San Gregorio, 26, 38-45. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6841001>
- Asamblea Constituyente de Colombia. (1991). Constitución Política de Colombia. Obtenido de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0219.pdf>
- Asamblea Constituyente del Ecuador. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial. Obtenido de https://zone.lexis.com.ec/lts-visualizer?id=PUBLICO-CONSTITUCION_DE_LA_REPUBLICA_DEL_ECUADOR&codRO=DB5034772

D272296BBEF9AEC2C929B38CB5836C5&query=%20constitucion&numParrafo=none

Asamblea Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Quito: Registro Oficial.

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. Obtenido de <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

Asamblea Nacional del Ecuador. (2015). Ley Orgánica para la justicia laboral y reconocimiento del trabajo en el hogar. Registro Oficial Suplemento. Obtenido de https://zone.lexis.com.ec/lts-visualizer?id=LABORAL-LEY_ORGANICA_JUSTICIA_LABORAL_Y_RECONOCIMIENTO_DEL_TRABAJO_EN_HOGAR&codRO=25EE93EDE4C6F43DEDC8CC7CAF567580E6FC486&query=%20justicia%20laboral&numParrafo=none

Cabanellas, G. (1989). Tratado de Derecho Laboral. Buenos Aires: Heliasta S.R.L.

Caicedo, F. J., Guaigua, F. D., Naranjo, E. J. & Narváez, B. D. (2022). El goce de la licencia de maternidad en el Ecuador. *Universidad y Sociedad*, 14(S2), 379-384. Obtenido de <https://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus/article/view/2799>

Caicedo, F., Guaigua, F., Naranjo, E. & Narváez, B. (2022). El goce de la licencia de maternidad en el Ecuador. *Universidad y Sociedad*, 14(S2), 379-384. Obtenido de <https://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus/article/view/2799>

Campos, F. (2021). Incremento del periodo de licencia por paternidad para promover la integración del padre en el cuidado del recién nacido. Perú: Universidad Señor de Sipán. Obtenido de

<https://repositorio.uss.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12802/8759/Rafael%20Campos%20Flor%20del%20Roc%20C3%ADo.pdf?sequence=1>

Congreso de la Republica del Perú. (2015). Ley N° 30807. Obtenido de https://busquedas.elperuano.pe/download/full/776sDBWGaWW9aygaan_G4E

Congreso de la República del Perú. (2015). Ley N° 30367. Obtenido de <https://busquedas.elperuano.pe/download/full/E134FrrCa2X9P2VfxFPHTp>

Congreso de los Diputados y del Senado. (1978). Constitución Española. Obtenido de <https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>

Congreso Nacional. (2005). Código de Trabajo. Obtenido de https://zone.lexis.com.ec/lts-visualizer?id=LABORAL-CODIGO_DEL_TRABAJO&codRO=1E289DA023509806CD6DAA0A23711DC81046A5A7&query=%20codigo%20trabajo&numParrafo=none

Cordero-Asanza, J. (2022). El despido ineficaz en mujeres en periodo de gestación o maternidad. *South American Research Journal*, 2(1), 17-22.
doi:<https://doi.org/10.5281/zenodo.6666278>

Corte Constitucional de Colombia. (2003). Sentencia C-273 de 2003.

Corte Constitucional de la República de Colombia. (2019). Sentencia T-114/19. Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-114-19.htm>

Corte Nacional de Justicia. (2018). Juicio N° 17371-2017-03138.

Deveali, M. (1983). *Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Astria.

- Díaz, F. (2006). Valores superiores e interpretación constitucional. En el derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas. Anuario da Faculta de Dereito da Universidade da Coruña.
- Figuera, S. C., Ushiña, G. V., & Ureta, M. R. (2019). Fuero de maternidad y su extensión al padre trabajador: algunas sentencias de la Corte Constitucional de Colombia. Estado & comunes, revista de políticas y problemas públicos, 1(8), 161-179.
doi:https://doi.org/10.37228/estado_comunes.v1.n8.2019.104
- Galindo, K. A. & Fuentes, V. M. (2018). La instrumentalización del despido ineficaz como garantía del derecho al trabajo. Estudio en Machala, Ecuador. Observatorio de la Economía Latinoamericana, 10. Obtenido de <https://www.eumed.net/rev/oel/2018/07/despido-ineficaz.html>
- González, S. & Mero, K. (2019). Aplicación de la resolución 06-2016 a la garantía de inamovilidad a la mujer embarazada por el despido ineficaz. Guayaquil: Universidad de Guayaquil Facultad de Jurisprudencia Ciencias Sociales. Obtenido de <http://repositorio.ug.edu.ec/handle/redug/43390>
- Gutama, C. (2020). Análisis de la inaplicabilidad del Derecho a la Estabilidad laboral absoluta, de las mujeres embarazadas que son despedidas ilegalmente. Cuenca: Universidad Católica de Cuenca. Obtenido de <https://dspace.ucacue.edu.ec/handle/ucacue/12214>
- Jaramillo- Quezada, J. & Puertas- Bravo, L. (2017). El despido ineficaz en la legislación ecuatoriana. Un análisis de las reformas incorporadas en el Código del Trabajo para las madres trabajadoras. Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo.

Jefatura del Estado. (2019). Real Decreto-Ley 6/2019. Obtenido de

<https://www.boe.es/boe/dias/2019/03/07/pdfs/BOE-A-2019-3244.pdf>

Landín, M. (2016). La empresa y la ley. Infocsi.

Martínez, M. & Peña, G. (2021). La instrumentalización del despido ineficaz como garantía del derecho al trabajo. Estudio en Machala, Ecuador. *Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar*, 5(3), 3296-3313.

doi:https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v5i3.532

Martínez, M. C. & Peña, G. (2021). La instrumentalización del despido ineficaz como garantía del derecho al trabajo. Estudio en Machala, Ecuador. *Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar*, 5(3), 3296-3313.

doi:https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v5i3.532

Ministerio de Protección Social. (1950). Código Sustantivo del Trabajo. Obtenido de

<https://www.ilo.org/dyn/travail/docs/1539/CodigoSustantivodelTrabajoColombia.pdf>

Organización de las Naciones Unidas. (1966). Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Obtenido de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/28142.pdf>

Organización de las Naciones Unidas. (1979). Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Obtenido de

<https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>

Organización de los Estados Americanos. (1988). Convención Americana de Derechos Humanos, en el protocolo de San Salvador. Obtenido de

<https://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo->

Obtenido de

https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2018_104/NOTA%20INFORMATIVA%20N%C2%BA%20104-2018.pdf

Tribunal Constitucional del Perú. (1993). Constitución Política del Perú. Obtenido de

<https://www.congreso.gob.pe/Docs/files/constitucion/constitucion-noviembre2022.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú. (2020). Sentencia 426/2020. Obtenido de

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/04154-2016-AA.pdf>