



UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS

Trabajo de fin de carrera titulado

Derecho a la lactancia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador.
análisis de la sentencia 16-19-In/21.

Realizado por:

Thamara Madahi Rueda Torres

Director del proyecto:

Paul Córdova Vinueza

Como requisito para la obtención del título de:

ABOGADA DE LOS TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

QUITO, Septiembre de 2022

DECLARACIÓN JURAMENTADA

Yo, Tamara Madahi Rueda Torres, ecuatoriana, con Cédula de ciudadanía N°. 1727927616, declaro bajo juramento que el trabajo aquí desarrollado es de mi autoría, que no ha sido presentado anteriormente para ningún grado o calificación profesional, y se basa en las referencias bibliográficas descritas en este documento.

A través de esta declaración, cedo los derechos de propiedad intelectual a la UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK, según lo establecido en la Ley de Propiedad Intelectual, reglamento y normativa institucional vigente.



Tamara Madahi Rueda Torres

C.I: 1727927616

DECLARACIÓN DEL DIRECTOR DE TESIS

Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.

Dr. Paúl Córdova Vinuesa

LOS PROFESORES INFORMANTES

Paúl Córdova Vinueza

Fernando Altamirano

Después de revisar el trabajo presentado lo han calificado como apto para su defensa oral ante el tribunal examinador.

Dr. Paúl Córdova Vinueza

Dr. Fernando Altamirano

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen derechos de autor vigentes.



Thamara Madahi Rueda Torres

C.I: 1727927616

Agradecimientos

Primero quiero agradecer a Dios, que es el gran Juez de la vida y nuestro abogado defensor, por brindarme y regalarme sabiduría, inteligencia y la oportunidad de haber estudiado en la Universidad Internacional Sek. Por ayudarme a estudiar cada noche y darme la fuerza y la perseverancia para seguir adelante culminando mi carrera, por estar conmigo cumpliendo mi gran sueño que me lo ha hecho realidad, todo se lo debo a él.

A mis amados Padres, en especial a mi Padre Miguel Rueda, que me apoyado en toda mi carrera, económicamente, moralmente, e incondicionalmente, por ser mi gran guía y ejemplo de vida, por darme cada día su infinito amor y por la confianza que ha depositado en mí, para seguir adelante en mis estudios y terminar mi profesión, a mi querida Madre que me ha enseñado a través de esta meta y travesía tener plena confianza y fe en Dios.

A mi amada hija, María Augusta Vaca Rueda, que tan solo con verle me reinicia la vida, me da las fuerzas y las ganas para jamás rendirme en el camino y seguir adelante cumpliendo mi sueño de alcanzar mi carrera.

A mi estimado tutor de tesis Doctor Paul Córdova, quien con su guía y valiosos conocimientos me ha sustentado en mi trabajo de investigación y me ha dado los más grandes ánimos, para culminar mi profesión.

A mi querida, respetada UISEK, que me enseñó tanto y crecí como profesional y sobre todo como ser humano, aprendí no solo lo académico sino lo más esencial de la vida, que es ser buena persona, amar a mi prójimo, ser generosa, solidaria, amable, gentil, estudiosa, ser independiente como mujer y amar a la vida intensamente, que me dieron los más grandes ánimos al decirme que yo sola puedo lograr todo que soy capaz y que nunca debo rendirme, mil gracias por ser mis segundos padres pues así los veo yo, por darme su ejemplo de seguir siempre estudiando y siendo mejor persona cada día, por siempre desear lo mejor para mí; agradezco a mi Uisek y a la vida por ponerme los más grandes, genios y mejores maestros que pude tener en toda mi carrera.

DEDICATORIA:

Este trabajo va dedicado para:

A mi hija, María Augusta que es mi fuente
de agua viva, mi motor y razón de vida.

A mis sobrinas, María Emilia, María José,
y Luciana Belén, que son mi alegría.

A mi estimado tutor de tesis Paúl Córdova,
por su guía, su apoyo, sus enseñanzas tan
enriquecedoras, por sus sabios consejos y
sus mejores ánimos para culminar este
trabajo.

ÍNDICE

ÍNDICE	8
RESUMEN	12
ABSTRACT	13
INTRODUCCIÓN	14
CAPÍTULO I	20
1.1 DERECHO A LA LACTANCIA - MARCO TEÓRICO	20
1.1.2 ¿QUÉ ES EL DERECHO A LA LACTANCIA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL No. 36-19-IN/21.?	20
1.1.3 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA LACTANCIA MATERNA	25
1.2. DERECHO A LA LACTANCIA MATERNA SEGÚN EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO	27
1.2.1 Derecho a la lactancia, beneficios según la OMS.	27
1.2.2 Derecho a la lactancia según las Organizaciones Internacionales.	29
1.2.3 DERECHO A LA LACTANCIA SEGÚN PIDESC	32
1.3. DERECHO AL TRABAJO, VIDA Y LACTANCIA SEGÚN LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS.	34
Artículo 3.- Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona. (La Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948).	34

1.4 LA CONVENCIÓN PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (CEDAW) EN RELACIÓN Y SENTIDO CON EL TRABAJO Y LACTANCIA.....	35
1.5 CONVENCIÓN PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER.....	36
1.6 EL DERECHO A LA LIBRE LACTANCIA SEGÚN LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LA CONVENCIÓN DE DERECHOS DEL NIÑO.....	37
1.7 CONVENCIÓN DERECHOS DEL NIÑO.....	38
1.8 EL DERECHO A LA LACTANCIA CONFORME A LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LA CORTE CONSTITUCIONAL.....	40
1.9 DERECHOS DE NIÑOS NIÑAS Y ADOLESCENTES.....	45
1.10 LEY ORGÁNICA DE SALUD DEL ECUADOR.....	47
CAPITULO II.....	49
2. LA ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD Y CONTROL CONSTITUCIONAL.....	49
2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	53
2.2 CORTE CONSTITUCIONAL-ANTECEDENTES Y ACTUALIDAD.....	54
2.3 LA ACCIÓN PÚBLICA DE INCOSNTITUCIONAL DE ECUADOR.....	55

2.4 CONSTITUCIÓN DEL 2008 ARTICULOS EN RELACIÓN A LA ACCIÓN PÚBLICA DE INCOSNTITUCIONALIDAD.	58
2.5.1 CONRTOL CONCENTRADO Y MIXTO.	62
2.6 APROXIMACIÓN AL CONTROL ABSTRACTO EN EL ECUADOR. LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONAILIDAD	67
2.6.1 Fundamentos de Control Constitucional	67
2.7 EL CONTROL CONSTITUCIONAL ABSTRACTO EN EL ECUADOR	68
2.8 Principio que rige el control abstracto de constitucionalidad.	70
2.9 Efectos del Control Constitucional.	71
2.9.1 Efecto ex nunca y ex tunc	71
2.9.2 Efecto Erga Omnes.....	72
2.10 LEGISLACIÓN COMPARADA: LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA	72
CAPITULO III	75
3. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y ANÁLISIS DE LA SENTENCIA N°. 36-19-IN/21 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.	75
3.1 Métodos y reglas de interpretación constitucional	77
3.2. Principios constitucionales	79
3.3 INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.	82

3.3.1 La Corte como interprete máximo de la Constitución.	82
3.3.2 La interpretación de la Constitución.	84
3.4 LA DIFICUTAD TAREA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL	87
3.4.1 La Constitución como “texto vivo”: la interpretación “dinámica” de la Constitución.	87
3.4.2 Cuando se interpreta.	91
4. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL N°. 36-19-IN/21	92
Esquema de análisis de sentencias y dictámenes	92
3.5.5 Valoración crítica del análisis jurídico realizado por la CC.	97
CONCLUSIONES.	100
Bibliografía.....	103

RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo analizar la gran importancia en el tema de garantías jurisdiccionales de Control Constitucional, Derechos fundamentales, protección inmediata y de directa aplicación a los derechos Constitucionales, todo aquello se ha concentrado para evitar la violación de derechos consagrados en la Constitución, con el fin de garantizar la supremacía constitucional haciendo respetar los derechos consagrados en la norma suprema.

La presente investigación dividirá en tres capítulos. El primer capítulo hablaremos sobre el derecho a lactancia, definiciones según los instrumentos Internacionales, OMS, Constitución de la República del Ecuador. De igual forma el segundo capítulo analizaremos la acción pública de inconstitucionalidad y Control Constitucional y sus efectos. Finalmente, en el tercer capítulo hablaremos sobre la interpretación Constitucional, junto con el análisis de la sentencia No. 36-19-IN/21, que analiza el derecho a la lactancia en el sector privado basándose en las acciones de defensa, de la tutela judicial efectiva, seguridad jurídica.

Palabras claves: Acción de inconstitucionalidad, Interpretación constitucional, vulneración del derecho a la lactancia.

ABSTRACT

The objective of this research work is to analyze the great importance in the subject of jurisdictional guarantees of Constitutional Control, Fundamental Rights, immediate protection and direct application to Constitutional rights, everything that has been concentrated to avoid the violation of rights enshrined in the Constitution, in order to guarantee constitutional supremacy by enforcing the rights enshrined in the supreme norm.

This research will be divided into three chapters. The first chapter will talk about the right to breastfeed, definitions according to international instruments, WHO, Constitution of the Republic of Ecuador. In the same way, the second chapter will analyze the public action of unconstitutionality and Constitutional Control and its effects. Finally, in the third chapter we will talk about the Constitutional interpretation, together with the analysis of judgment No. 36-19-IN/21, which analyzes the right to breastfeed in the private sector based on defense actions, guardianship effective judicial, legal certainty.

Keywords: Action of unconstitutionality, constitutional interpretation, violation of the right to breastfeeding.

INTRODUCCIÓN

El Estado Ecuatoriano, en la nueva Constitución del 2008, en Montecristi entró en la era del constitucionalismo contemporáneo, actualizado en todas sus dimensiones que involucra un cambio evolutivo, declarado así como un Estado de Derechos y Justicia; por lo cual la norma suprema garantiza el cumplimiento de los derechos constitucionales, deberes, obligaciones y libertades del ciudadano siendo así una protección directa y eficaz de los derechos constitucionales que son inherentes al ser humano.

El presente trabajo analizará la sentencia expedida por la Corte Constitucional No. 36-19-IN/21 Así, se estudiará su eficacia, efectividad. También dentro del trabajo de investigación en capítulo I y II, se analizará con criterios jurídicos personal y se investigará según la doctrina el derecho a la lactancia materna en el campo laboral, y la Acción Pública de Inconstitucionalidad, se abordará también en capítulo III la interpretación constitucional y el análisis central de la sentencia anteriormente mencionada.

Planteamiento del Problema

Breve descripción del problema:

El problema a analizarse en este tema de investigación es determinar si la sentencia expedida por la Corte Constitucional No. 36-19-IN/21 es eficaz; y que tipos de efectos posee la sentencia, como puede ser efecto ex nunc; efecto ex tunc; efecto diferido.

En razón de la inconstitucionalidad del artículo 155 del código del trabajo que se produce al momento de aplicar el permiso de lactancia en el sector privado comparado

con la LOSEP ya que son distintos tiempos de permiso y no hay una igualdad ante la ley, existe un trato diferenciado, para lo cual dentro de esta investigación se tratara como caso de análisis profundo de dicha sentencia expedida por la corte constitucional lo cual ya resolvió la Acción Pública de Inconstitucionalidad.

Bajo esta proposición se plantea la siguiente interrogante: ¿la sentencia expedida por la Corte Constitucional desde cuando interviene dicha sentencia, es decir si se aplica para todas aquellas mujeres que ya han dado a luz obviamente anterior a la sentencia o desde que la sentencia salió?

Por lo tanto, esta investigación genera un insumo que permite demostrar que la sentencia es una tema de interpretación y análisis profundo de su decisión sobre la Acción Pública de Inconstitucionalidad y su efecto jurídico, para poder comprender porque esta acción es la vía más idónea y eficaz para declarar la inconstitucionalidad en el artículo 155 del código del trabajo en el inciso tercero, ya que revisaremos la motivación de la sentencia, el contenido su realidad social derecho material y formal siguiendo con esta línea jurídica, estudiaremos para obtener un conocimiento más amplio sobre el derecho al periodo de lactancia y sus efectos según en la jurisprudencia de la corte constitucional, seguidamente también de la Acción Pública de Inconstitucionalidad cuando se aplica, y porque tenemos que tener un conocimiento mayor en esta acción, sabemos que la Corte Constitucional es el órgano supremo, que se encarga de velar, brindar, la constitucionalidad del contenido de las leyes emitidas por la Asamblea Nacional del Ecuador lo cual vamos analizar este problema y estudiar el tema de interpretación, motivación de la sentencia por la razón de que la Corte y sus decisiones tienen efectos.

La pregunta central que servirá de guía de investigación:

¿la Sentencia No. 36-19-IN/21 expedida por Corte Constitucional del Ecuador cumple con el principio de eficacia, efectividad y eficiencia?

Objetivos:

Objetivo General. -

Determinar jurídicamente si la sentencia No. 36-19-IN/ 21 mediante la acción pública de inconstitucionalidad aplica para efectos venideros o retroactivo. Interpretar y analizar de manera adecuada la sentencia y sus efectos.

Objetivo Específico. -

- Estudiar la Acción Pública de Inconstitucionalidad, como una Acción Constitucional adecuada e idónea para la tutela de los derechos, así como su finalidad y objeto.
- Analizar esta sentencia dictada por la corte constitucional 36-19-IN/21. estudiar las formas de interpretación de una manera minuciosa, en el caso especial para dar una interpretación correcta y acertada.
- Conceptuar jurídicamente conforme a la doctrina que significa la interpretación Constitucional y sus efectos.
- Investigar y analizar a profundidad sobre el derecho a la lactancia

Justificación de la Investigación.

Esta investigación nos sirve para analizar la importancia del Derecho a la lactancia en el sector privado, y sus efectos, también para poder comprender de una manera sistemática, doctrinaria y con jurisprudencia porque la Acción Pública de Inconstitucionalidad es necesaria para poder resolver este problema que encontramos en el código del trabajo, y también realizar un estudio asertivo, minucioso sobre cómo interpretar la ley, y sentencia de la Corte Constitucional en este tema. la importancia del tema planteado en esta investigación radica sobre de los derechos constitucionales y como afecta cuando aplicamos la ley, por ejemplo, en este caso, como afecta cuando aplicamos el código del trabajo en este tema específico de licencia de lactancia ya que encontramos una diferencia entre el sector público y privado.

Este estudio de investigación, será indispensable para poder ayudar, y contribuir de una manera asertiva, real, verdadera, con los estudiantes y abogados en libre ejercicio considerando en el código de trabajo en el artículo 155, se ha implantado un cambio por orden y análisis de la Corte Constitucional del Ecuador y poder aplicar correctamente este artículo y con una adecuada interpretación en el lenguaje jurídico.

Cabe recalcar que analizar esta sentencia es de profunda importancia ya que, como existe un problema no solo jurídico, sino social que radica en todo el país, es comprender jurídicamente si dicha sentencia es eficaz y que efectos tiene, como podemos determinar aquello, realizando un estudio minucioso, vamos a dar una solución y respuesta a esta pregunta que surge de todas las mujeres en el sector privado que tienen derecho al trabajo, derecho a la igualdad ante la ley, derecho a la lactancia y maternidad, y no solo ellas, sino el niño nacido, que este análisis juega el papel más importante y es lo primordial, ya que Está en juego no solo uno sino varios derechos constitucionales del recién nacido como la salud, el derecho del niño a una buena

alimentación, su derecho a tener una relación cercana afectiva con su madre, derecho a vivir en buenas condiciones etc.

CAPITULO I DERECHO A LA LACTANCIA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia No. 36-19-IN/21	1. DERECHO A LA LACTANCIA SEGÚN LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONES.
	2. DERECHO A LA LACTANCIA NORMA, LEY, JURISPRUDENCIA, DOCTRINA.
	3. DERECHO A LA LACTANCIA ECUADOR. MINISTERIO DE SALUD PÚBLICA
	4. ANTECEDENTES E HISTORIA DEL DERECHO A LA LACTANCIA.
	5. APORTES JURÍDICOS, ANÁLISIS ENTRE EL SECTOR PÚBLICO Y PRIVADO SOBRE EL DERECHO A LA LACTANCIA SEGÚN LA CORTE CONSTITUCIONAL, ANÁLISIS DE LA SENTENCIA 36-19-IN-/21

CAPITULO II ACCIÓN DE INCONSTITUCIONAL Y CONTROL CONSTITUCIONAL.	1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y ORIGEN DE LA ACCIÓN PÚBLICA DE INCOSTITUCIONALIDAD.
	2. EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA CORTE CONSTITUCIONAL
	3. JURISPRUDENCIA COMPARADAS INTERNACIONALES DE ACCION PÚBLICAS DE INCONSTITUCIONALIDAD
	4. SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONALES DE LA ACCIÓN PÚBLICA DE INCOSNTITUCIONALDIAD

CAPITULO III INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y ANÁLISIS DE LA SENTENCIA No. 36-19-IN/21	1. REFORMAS LEGALES.
	2. EFECTOS DE SENTENCIAS CONSTITUCIONALES

	<p>3. CÓDIGO DEL TRABAJO COMO SE ADECUA Y SE APLICA LA SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL</p>
	<p>4. RELACIÓN Y DIFERENCIA ENTRE LA LOSEP Y CÓDIGO DEL TRABAJO CONFORME A LA SENTENCIA No. 36-19-IN/21.</p>

CAPÍTULO I

1.1 DERECHO A LA LACTANCIA - MARCO TEÓRICO.

1.1.2 ¿QUÉ ES EL DERECHO A LA LACTANCIA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL No. 36-19-IN/21.?

“La lactancia es reconocido en el Ecuador como un derecho en relación con los Derechos Humanos, a pesar de la lucha para promoverla, para combatir persisten condiciones de discriminación en contra de su titular. El derecho lactancia merece protección específica en virtud de sus características, pero a pretexto de esto no puede exigírsele exclusivamente a la madre lactante esa responsabilidad, contribuye de igual manera el Estado como principal protector. De igual modo, el Estado, como garante de derechos, y la sociedad en general, debe contribuir al pleno goce de la lactancia materna a fin de garantizar tanto el goce efectivo como la decisión de aquellas que así lo dispongan”. (RUTH, 2019) (Pág. 328).

En mi aporte jurídico debo mencionar primero que el derecho a la lactancia es el más principal e importante derecho que tiene la mujer, ya que por naturaleza y orden biológico de la naturaleza es aquella que trae una nueva vida, y como es de conocimiento, el Estado es el encargado de velar por el bien jurídico protegido que es la vida.

Hablaremos a continuación del derecho a la lactancia, pero de una manera diferente una parte hablaré como salud pública es decir según la medicina para obtener un mejor conocimiento sobre los beneficios verídicos de la lactancia según la entrevista al Doctor Miguel Rueda médico general y cirujano graduado en la universidad central del Ecuador.

Según, el médico Rueda, nos manifiesta lo siguiente:

“La alimentación de los lactantes, para que sea exitosa, requiere de una colaboración efectiva entre la madre y su hijo, es decir un vínculo efectivo. El momento de lactancia debe ser agradable para ambos, ya que los sentimientos maternos se transmiten fácilmente al bebé, entendiendo además que las madres primerizas, en su periodo post parto padecen de una gran ansiedad e inestabilidad con inseguridad, debido a su nueva responsabilidad y cambios extremos como el ser madre. La actitud, personalidad y afecto de los padres es de vital importancia para prevenir problemas físicos y psicológicos que giran de la alimentación materna. La alimentación mediante lactancia materna sigue siendo la más práctica, segura, confiada, natural, fisiológica, efectiva y económica de todas las demás pero eso es secundario, porque es la más importante de todas las demás maneras o formas de alimentar a un bebé, otorgando bienestar psicológico y biológico a ambos: esta siempre disponible, a la temperatura adecuada y

no requiere preparación, esta fresca y libre de Contaminación bacteriana procesos químicos etc.; por obvias razones que la leche materna es biológicamente ya preparada ya que la madre naturaleza es la encargada de aquello por ser la más sabia; es por ello que la probabilidad de contraer infección es menor, pues a través de la leche materna se transmitan al bebe elementos celulares de defensas como anticuerpos especiales que tienen mejores oportunidades de sobrevivencia cuando son alimentados con la leche materna”. (Puga, 2021).

“Algunas madres no pueden dar de lactar a su niño por cuestiones de horarios de trabajos o de permisos dentro del campo laboral que son negados o por un par de horas que no es suficiente al bebe, la separación del niño de lactancia materna implica una ruptura emocional para ambos, lo cual desemboca trastornos psicológicos como temores, inseguridad, rechazo, alteraciones que pueden ser físicos o biológicos, bajo peso y talla, trastornos digestivos, desnutrición, bajo desarrollo psicomotriz, por otro lado al igual la madre puede presentar cuadros de depresión ansiedad, baja autoestima, desinterés por las actividades diarias, angustia y culpa“. (Puga, 2021).

Bien ahora según la entrevista dada, podemos comprender de una manera más amplia sobre lo importante que es este derecho, el derecho a la libre lactancia a una lactancia justa, por todos los beneficios que existen para el niño y la madre se juega aquí la vida de dos personas y la salud mental de ambos lo cual la madre que trabaja puede rendir bien o mal en sus actividades laborales según como este la relación sobre la lactancia materna. En mi criterio es vital y fundamental que se cumpla la sentencia de la corte constitucional que no quede solo positivizada en un papel, sino que hacerla cumplir porque según la Medicina y solo es un poco, una parte que hemos visto vemos sus

riesgos hasta de vida y sus beneficios lo cual se tiene que cumplir legalmente la licencia de lactancia.

Según, Paulina Valdéz, menciona:

“La lactancia ha demostrado ser un factor protector contra distintas enfermedades infecciosas y cardíaco, y enfermedades inflamatorias intestinales, también tiene un impacto positivo en el desarrollo mental mejorando el coeficiente intelectual. La Lactancia Materna puede prevenir un 13% de la mortalidad infantil en el mundo, y disminuye el riesgo de muerte súbita del lactante en un 36%, la lactancia previene muertes prematuras”. (Valdés, 2017)(Pág.7).

En virtud de lo anterior visto, comprendemos que la lactancia materna es sin duda alguna fundamental para la salud y el desarrollo del niño y que en ese periodo de lactancia podemos ver a futuro una persona estable social e intelectualmente. Se desarrolla una persona con un intelecto y sistema cognitivo alto, lo que es bueno para sociedad sobre todo en el campo laboral es necesario entonces la lactancia materna para el desarrollo exitoso de un país en un futuro, ya que conlleva beneficios de salud y mental y es lo más importante en los primeros años que el niño consume es su único alimento los primeros 6 meses por ejemplo y no se compara la formulas ya que la leche materna previene la muerte los primero años de vida, contiene anticuerpos.

Cuando la madre da de lactar a su niño existe un vínculo emocional para los dos y la mama está feliz con alegría energía lo que es bueno si aquella madre trabaja pues lo hará con más empeño, energía, porque su estado de ánimo es visible y alto lo cual mejora para aquella empresa pública o privada.

Según, Juan Carlos Huilca Cobos, menciona que:

Los deberes del Estado para poder relacionar y encontrar una comunión entre las garantías jurisdiccionales y el Estado, entre los deberes del Estado de encuentran: Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la salud (esto nos pertenece), la educación, la alimentación (nos pertenece), seguridad social, agua, etc.. El Estado a partir del año 2008 se convirtió en un Estado Garantista de los derechos de todas las personas, y su diversidad en el territorio ecuatoriano. (Cobos H. J., 2013). (Pág.55-56).

La opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-21/14, del 19 de agosto del 2014, sobre los derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de necesidad de protección internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que cuando se trata de la protección de los derechos de los niños y la adopción de medidas para lograr dicha protección, el principio de interés del niño debe inspirar de forma transversal e implementarse en todo sistema de protección integral. (opinion OC-21/14, 2014).

Es primordial tomar en cuenta este principio para evaluar un caso en concreto y sostenerlo para la toma de decisiones y las medidas de protección integral debe estar en armonía con aquel principio. (opinion OC-21/14, 2014).

En virtud de lo anterior mencionado, sobre el Estado Ecuatoriano y sus deberes con sus ciudadanos, Conforme al cambio en el 2008 de la Constitución de la República del Ecuador, se dieron varios cambios en todas las áreas de derecho, cambios normativos establecimiento parámetros, mecanismos de protección para los derechos

constitucionales entre ellos las garantías jurisdiccionales, sin embargo, en este plan de investigación se va a enfocar a estudiar la acción pública de inconstitucionalidad, el derecho a la lactancia y el análisis de la sentencia 36-19-IN/21.

1.1.3 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA LACTANCIA MATERNA

Según el mundial de grupos Pro Alimentación Infantil, afirman que la lactancia reduce la mortalidad infantil y tiene beneficios hasta la edad adulta, así como para la madre que amamanta, con impacto positivo en la realidad social del país. En 1990 la OMS y UNICEF declaran e instauran oficialmente la Semana Mundial de la Lactancia Materna - SMLM, para visibilizar que esta práctica debe protegerse, fomentarse y apoyarse. (elEconomista, 2016).

Al respecto Alarcón, Ruth Elizabeth García, señalan que:

“En el ámbito jurídico Se puede afirmar que el derecho a la lactancia es el derecho tanto de la madre a amamantar a su hijo o hija desde el nacimiento y, en cuanto, el derecho de ese niño a mamar, para recibir la leche humana que favorece su nutrición y apego, construyendo un vínculo afectivo durante la crianza y logrando un desarrollo integral que impacta positivamente en el círculo familiar, comunitario y social “. (Alarcón, 2019) (pág. 333-334).

Si bien es cierto que la lactancia es un derecho que posee la madre a su hijo desde su nacimiento, en este sentido el derecho a la lactancia es un derecho propio natural de la mujer y el más esencial en la vida de las mujeres, y aquello no impide que la mujer trabaje, estudie, solicite permisos de licencias, porque el trabajo sin discriminación de

género es un derecho igual humano como el derecho a la lactancia materna lo cual los dos van de la mano y el Estado como principal eje tiene que hacerlo eficaz.

En mi criterio jurídico, manifiesto que si todos aquellos beneficios, por el contrario, es decir si se aplica lo contrario como la mala nutrición y un descuido grande, durante las primeras fases de vida del niño puede tener graves consecuencias y conducir a daños irreversibles en el crecimiento físico, intelectual, emocional, de salud y afectivo; lo cual comparto a favor que la lactancia materna es el mejor mecanismo, guía, para alimentar al recién nacido sin importar la condición laboral de la madre, es la única forma positiva, optima que necesitan los dos para cumplir con el rol biológico de la vida.

En este sentido, la lactancia materna, es un sustento vital en los primeros 2 años de vida del recién nacido lo cual es indispensable por ser su único alimento diario, ya que contiene varias propiedades de nutrientes, anticuerpos lo cual desarrolla defensas ante cualquier enfermedad desde la gripe común hasta el cáncer, y la prevención de muerte súbita, como se ha mencionado según los estudios científicos no es igual una formula artificial que la leche materna, la leche materna contiene anticuerpos lo cual crea defensas para el niño y se ha visto que en una gripe del niño lactante, solo amamantarlo lo sana, ese es el rol de madre naturaleza lo cual la leche artificial no posee, por ello es necesario recordar que la mujer que trabaja necesita aquellas horas y permiso, sin rechazo, sin discriminación, es una vida que el Estado protege desde su concepción.

Como aporte jurídico propio en esta parte podemos observar que las organizaciones internacionales de salud están de acuerdo al 100% de que la lactancia materna es la mejor y única opción para la alimentación adecuada del recién nacido, ya que por ser natural, libre de procesos brinda seguridad al niño no solo por su salud, sino que es una relación que conecta es decir un vínculo emocional afectivo y psicológico entre la

madre y el niño para así sentirse plenos y se desarrolla un apego emocional de bienestar con sentimientos positivos de tranquilidad, por parte de la madre de realizar cualquier actividad ya que se siente realizada al cumplir su función y su rol asignado por la madre naturaleza.

1.2. DERECHO A LA LACTANCIA MATERNA SEGÚN EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO.

1.2.1 Derecho a la lactancia, beneficios según la OMS.

En este punto hablaré sobre la lactancia materna y sus beneficios.

Según la OMS, Amamantar es un acto natural, lo cual nos menciona lo siguiente: la ingesta de leche materna lo que excluye el consumo de cualquier otro alimento que no sea el que se deriva del pecho materno, es un acto fisiológico, instintivo, herencia biológica adaptativa de los mamíferos de cada especie. (AEP, ASOCIACION ESPAÑOLA DE PEDIATRIA, 2016).

Según los Derechos Humanos, debe entenderse a la lactancia materna de manera general como la alimentación del recién nacido y lactante, a través del seno materno. Esto nos demuestra que es un estado natural, biológico de la mujer de alimentar al recién nacido a través del seno materno como la fuente mineral de alimento, y no solo Eso, sino que el recién nacido se siente protegido por el amor maternal, y así poder fomentar una buena relación de madre e hijo que es importante para el desarrollo mental del recién nacido, físico, social, y humano. (AEP, ASOCIACION ESPAÑOLA DE PEDIATRIA, 2016).

Según el consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas (ONU) emitió un comunicado en Ginebra en el que reconoce la lactancia materna como un derecho humano para bebés y madres que debe ser fomentado y protegido. (AEP, ASOCIACION ESPAÑOLA DE PEDIATRIA, 2016).

En mi aporte jurídico debo mencionar que cabe recalcar que la ONU ha declarado la lactancia materna como un derecho humano, y ahora es ya una parte esencial a los mismos ya que esto conlleva y va de la mano el derecho a la salud y alimentación, es decir el derecho a la lactancia nunca va solo, sino va conexo y acompañado a otros derechos humanos y fundamentales.

Amamantar es un derecho humano protegido y fundamental, es la primera medida de seguridad alimenticia para el niño, contribuye al derecho a la salud de todas las mujeres y de sus hijos el derecho a un alimento adecuado e ideal para su salud, ya que tiene múltiples beneficios empezando por reducir el riesgo de contraer muchas enfermedades, la muerte súbita, etc. Según la OMS Y LA UNICEF, recomienda amamantar hasta los dos años de vida pero resalta que no existe un límite de tiempo puede lactar pasado los dos años sin problema, mientras más lacte es mejor para su salud Algunos estudios antropológicos concluyen que la franja natural de lactancia en humanos se encuentra situada entre los dos años y medio y los siete años, con ello podemos analizar y llegar a una conclusión que el dar de lactar es un estado biológico y fisiológico de la Mujer y el niño, es un derecho que la madre naturaleza hasta hoy por hoy lo manifiesta y es un ciclo de vida natural.

1.2.2 Derecho a la lactancia según las Organizaciones Internacionales.

“La Declaración de Innocenti fue elaborada y aprobada por los participantes en la reunión conjunta OMS/UNICEF de planificadores de política sobre la lactancia en el decenio 1990: una iniciativa a nivel mundial, copatrocinada por la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (A.I.D.) y el Organismo Sueco de Desarrollo Internacional (O.S.D.I. La Declaración refleja el contenido de antecedentes original preparado para la reunión y las opiniones de consenso expresadas en las sesiones plenarias. RECONOCIENDO: Que la lactancia materna es un proceso único: Proporciona la alimentación ideal al lactante y contribuye a su crecimiento y desarrollo saludables. · Reduce la incidencia y la gravedad de las enfermedades infecciosas, disminuyendo la mortalidad infantil. · Promueve la salud de la mujer al reducir el riesgo de cáncer de mama y ovario, y al aumentar el intervalo entre embarazos. · Proporciona beneficios sociales y económicos a la familia y a la nación. · Proporciona a la mayoría de las mujeres un sentimiento de satisfacción cuando se lleva a cabo con éxito “. (OMS/UNICEF, 1990).

Ahora bien como criterio jurídico estoy de acuerdo con la declaración de Innocenti, para incitar, invitar a las demás organizaciones internacionales, y países para apoyar la lactancia materna como derecho, en todo los ámbitos pero en especial al laboral, la lactancia materna es esencial en la esfera de derechos humanos, al igual que amamantar es un derecho a la salud, dicho esto la principal función del Estado es acogerse a aquellas organizaciones y derechos humanos, verle como un derecho que existe y está presente cada día, en mi opinión el derecho a la lactancia no solo está presente en el ámbito laboral sino en todos los ámbitos y en los derechos más importantes, reconocidos internacionalmente como la OMS, Unicef, hablando de derecho

internacional, los tratados, convenciones, declaración universal de derechos humanos debemos Tomar en cuenta que no están plasmados o escritos para ser leídos y ahí termina el tratado, el hecho de que Ecuador pertenezca solamente a un tratado internacional ya es parte para hacer cumplir un derecho hacer un seguimiento y ver sus recomendaciones, quejas, para desarrollar como País, porque, qué sentido tendría pertenecer solo por nombre a un tratado internacional y no ponerle en práctica por ejemplo en tema de derechos humanos está por encima de la Constitución y es para darnos cuenta que la persona es sujeto de derechos y que se encuentran protegidos por una norma que sobrepasa cualquier ordenamiento jurídico cuando la misma no es cumplida ir más allá alcanzar una justicia que por el hecho de ser humanos nos pertenece también nuestra constitución del 2008 lo reconoce conforme a los derechos del buen vivir, como salud, alimentación, vida lo cual veremos más adelante.

Según la OPS, requiere que:

Analizando este tema, podemos conocer algunos datos claves:

- La lactancia materna protege contra la leucemia en la niñez.

Amamantar durante los 6 meses de vida del lactante existe una reducción del 19% de prevención de leucemia en los niños.

- La lactancia materna protege contra la muerte súbita infantil.

Los bebés que son amamantados tienen un 60% a 80 % de correr un riesgo menor por muerte súbita infantil, comparados con los que no son amamantados por menos de riesgo de morir por síndrome de muerte súbita infantil, comparados con los que no son amamantados con leche materna.

- Las políticas que apoyan la lactancia materna en los lugares de trabajo son buenas para las empresas.

Las políticas de apoyo a la lactancia materna en el lugar de trabajo aumentan la retención de los empleados, el rendimiento laboral, la lealtad, la productividad y el espíritu de grupo por la razón de que cada mujer en estado de lactancia cumple su función por naturaleza con su niño y su resultado es positivo, comprende alto en el desempeño por la razón que el estado de ánimo en el campo laboral juega un papel primordial.

- La lactancia materna es buena para el medio ambiente.

La lactancia materna no deja huella de carbono. La leche materna es un recurso renovable y es producida por las madres en este sentido que no contamina, en comparación con la leche artificial que viene preparada en fundas de plásticos, frascos, papel, etc.

- La lactancia materna también protege a las madres.

Las mujeres que amamantan tienen un 32% menos de riesgo de tener diabetes tipo 2, un 26% menos de riesgo de tener cáncer de mama y un 37% menos riesgo de tener cáncer de ovarios, en comparación con aquellas mujeres que no amamantan o que amamantan menos. El apoyo de la OPS a los países también está respaldado por la organización mundial de salud OMS y el UNICEF para la alimentación de lactantes y niños pequeños (2002), que hace hincapié en la necesidad de políticas nacionales integrales sobre alimentación de lactantes y niños pequeños, incluidas directrices para garantizar una alimentación adecuada de lactantes y niños pequeños en circunstancias

excepcionalmente difíciles. (Oficina regional para las Américas de la Organización Mundial de la Salud, OPS).

Hacemos hincapié sobre la lactancia materna que es la mejor nutrición en el mundo infantil y vital durante los primeros 6 meses de vida. También para la madre conlleva beneficios en su salud y estado de ánimo el apego y vínculo afectivo. Para finalizar es necesario saber que la organización panamericana de salud ha realizado un plan nombrado plan de acción de la OPS para prevención de obesidad en niños y adolescentes. Su principal función es la protección, promoción y apoyo total a la lactancia materna como la mejor alimentación y evitar la obesidad y diabetes infantil, podemos llegar a una conclusión que las organizaciones velan y promocionan lo mejor para el niño junto a su salud ya que es el interés principal del Estado y de las organizaciones internacionales proteger el interés superior del niño respaldar la vida, velar, ante todo.

(SALUD, OPS ORGANIZACION PANAMERICANA DE SALUD, 2020) .

1.2.3 DERECHO A LA LACTANCIA SEGÚN PIDESC

“El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), plantea que el derecho al trabajo debe ejercerse en condiciones justas y satisfactorias, incluyendo el reconocimiento de la licencia parental remunerada y la protección de la niñez, es decir, incluye la lactancia”. (PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS, 1966).

En el artículo 10 del mismo pacto menciona lo siguiente, los Estados partes en el presente Pacto reconocen que:

1. *“Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo.*
2. *Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social”.* (PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS, 1966).

Es por ello, que los Derechos Humanos son indivisibles, interdependientes, irrenunciables, inembargables y son inherentes al ser humanos, por lo cual los Derechos Económico Sociales y Culturales (DESC), reconoce también al derecho a la libre lactancia, protección y a la licencia de maternidad, como la total protección a la familia como núcleo de la sociedad todo aquello la formación de la familia, la maternidad, lactancia está reconocido por la (DESC), que este pacto internacional nace conforme de la ONU, nace del derecho a la libertad, justicia, y se desprende de la dignidad humana.

Por tal razón reconoce la Declaración Universal de Derechos Humanos, lo que se refiere también a los derechos económicos, sociales y culturales tanto como los derechos políticos y civiles, lo cual cada persona está en su pleno derecho y goce de ejercer y aplicar la ley para su protección eficaz y necesaria.

Este artículo nos menciona que de una forma especial se debe proteger su estado de gestación antes, durante y después del embarazo, concediendo afirmativamente, su

licencia justa y sin discriminación, ser madre y trabajar es un derecho a la libertad, dignidad, y derecho humano, es un derecho inherente, un bien jurídico por el Estado porque prima el derecho a la vida.

1.3. DERECHO AL TRABAJO, VIDA Y LACTANCIA SEGÚN LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS.

Para empezar, daremos a conocer textualmente algunos artículos de dicha declaración que menciona lo siguiente:

“Artículo 1.- Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros. (La Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948).

Dicho artículo menciona que todas las personas sin distinción alguna nacen ya libres e iguales en derechos humanos y dignidad humana, por lo que es un derecho propio inherente a la persona y digno de respetarnos mutuamente.

Artículo 3.- Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona. (La Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948).

Toda persona tiene derecho a la vida, una vida digna, libre, una vida conforme y armónicamente a los derechos humanos, también manifiesta que toda persona tiene derecho a la seguridad y protección como persona en todos los sentidos, sociales, laborales, económicos, culturales, etc.

Artículo 16.- 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. (La Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948).

Como mencione anteriormente la familia es el principal núcleo de la sociedad, Se desprende de la familia, la salud, el trabajo, educación, bienestar emocional, y casi todos los derechos surgen como una cadena, y por ello tiene protección especial del Estado, lo cual debe ser su prioridad respaldar y defender cualquier violación.

Artículo 23.-. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo”. (La Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948)

En el artículo antes mencionado damos conocer sobre el trabajo como derecho y protección de todas las mujeres, no hay discriminación, no hay excepciones, afirma que todas las mujeres tienen derecho a un trabajo remunerado sea cual sea la condición de la mujer ya que es un derecho protegido por Organizaciones Internacionales como de Derechos Humanos, y cabe recalcar por la Constitución.

1.4 LA CONVENCION PARA LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER (CEDAW) EN RELACION Y SENTIDO CON EL TRABAJO Y LACTANCIA.

“Teniendo presentes el gran aporte de la mujer al bienestar de la familia y al desarrollo de la sociedad, hasta ahora no plenamente reconocido, la importancia social de la maternidad y la función tanto del padre como de la madre en la familia y en la educación de los hijos, y conscientes de que el papel de la mujer en la procreación no

debe ser causa de discriminación, sino que la educación de los niños exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres y la sociedad en su conjunto”. (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1979).

1.5 CONVENCIÓN PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER.

“Artículo 2.- d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación;

e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;

f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer”. (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1979).

El artículo dos menciona que cada persona jurídica o natural, cualquier organización, empresa pública o privada, tiene que tomar en cuenta aquellas reglas y leyes que protegen a la mujer, si alguna ley o norma no es constitucional o discriminatoria se debe tomar medidas de la función legislativa y abrir debate para llegar a una justicia, modificando o derogando leyes.

“Artículo 11.- A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:

a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil;

b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales”. (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1979).

Lo que se refiere dicho artículo, es sobre la maternidad y su derecho a la lactancia reconocido para asegurar su eficacia y efectividad del derecho al trabajo a una mujer en periodo de lactancia, implicando el permiso o licencia de maternidad con sueldo reconocido y sin pérdida de su trabajo ya que esto va de la mano y es ahí cuando se hace efectivo el derecho a la lactancia en el ámbito laboral, sin ser discriminado por la empresa o por las organizaciones.

1.6 EL DERECHO A LA LIBRE LACTANCIA SEGÚN LA CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LA CONVENCION DE DERECHOS DEL NIÑO.

Se vincula y tiene relación con la lactancia, que garantiza su sobrevivencia y desarrollo integral, como lo plantea el Artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención de Derechos del Niño.

“Artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos nos menciona lo siguiente: Derechos del Niño Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. (Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San Jose), 1969).

En mi opinión jurídica, debo mencionar que para que el niño tenga derecho a todo tipo de protección, seguridad, una vida y vivienda digna, educación, salud, vestido, y todo lo que le es necesario primero el Estado es el que se encarga de velar por ello, segundo son

los padres de familia lo cual mediante el trabajo que es su fuente de economía se puede alcanzar dichos derechos.

1.7 CONVENCION DERECHOS DEL NIÑO

Artículo 24 numeral 2 de la Convención de Derechos del niño nos menciona lo siguiente:

“Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:

a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez.

d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres.

e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna”. (CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 1989).

En mi criterio jurídico, como ya hemos visto anteriormente la lactancia materna en el mundo es el único medio, mecanismo alimenticio y de salud para el recién nacido, el Estado como garante de su pueblo es el que vela por la seguridad, protección y defiende la vida desde la concepción con todas las herramientas necesarias sin dejar vacíos, lo cual se hace efectivo al momento cuando este derecho se ve vulnerado y el Estado lo defiende conforme a todos los tratados que hemos citado. Ahora bien, según el artículo 24 de la convención de los derechos del niño menciona que los Estados partes tomaran medidas de aplicación y las apropiadas para reducir la mortalidad infantil, lo que significa que lo defenderá y garantizará su protección mediante políticas

públicas, sobre todo tomando en cuenta que el interés superior del niño siempre prima sobre cualquier otro. A partir de esta convención cabe mencionar que todos los niños son considerados como sujetos de derechos y de protección, ya que lo reconoció, así como una persona capaz, de desarrollarse en todos los ámbitos y que tiene libertades, derechos, y dignidad humana.

Hago énfasis en el derecho de familia para llegar a una conclusión que aquel derecho va de la mano y conexo con el derecho a la lactancia, ya que no solo es sacar un permiso de licencia de lactancia para su alimento diario y salud, cuidado, recuperación de la madre etc., sino es el derecho a tener una familia en el sentido de que el niño en los primeros días de vida y meses debe sentir el calor del hogar sentir una familia sentirse parte del núcleo familiar, ya que así mismo lo menciona la convención. Por lo tanto, el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquel, para optar por separarlo de la madre o padres, el tener una familia.

Es por ello que las separaciones bruscas del niño con su madre solo procede si está justificada en su interés superior, pero son excepcionales, ahora por trabajo y en lo posible solo son temporales como el permiso de lactancia es temporal por lo cual es un derecho que no se debe negar por ningún lado ya que es un derecho que siempre vamos a mirar todos los días y es un derecho que está ahí, pero temporal hasta cuando el niño crezca y ya no necesite más leche materna por lo cual ese periodo de tiempo es el más importante en el desarrollo del niño por la razón que son los primeros meses de vida, donde se necesita más cuidado y protección por parte de su madre, padre, lo cual el tiempo y el permiso debe ser igual para la empresa privada como publica, así mismo el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece la

obligación del Estado de velar por la existencia para la protección eficaz, rápida, segura del menor llevando a cabo la realización de todos los derechos del niño y adoptando las medidas idóneas para su protección en todos sus ámbitos.

1.8 EL DERECHO A LA LACTANCIA CONFORME A LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Y LA CORTE CONSTITUCIONAL.

La Corte Constitucional tiene por objeto analizar un derecho vulnerado en forma integral e ir más allá según el principio *iura novit curia*, y así poder llegar a un equilibrio de justicia. Conforme a la sentencia No 36-19-IN/21 dictada por dicha corte, nos habla sobre el derecho a la lactancia en el campo laboral y que no debe ser diferente en el sector público y privado ya que es el mismo derecho en manera general y es un derecho con efecto *erga omnes*.

La lactancia materna se ha reconocido, en Ecuador, como un derecho constitucional en concordancia con los derechos humanos y conforme al sistema jurídico ecuatoriano, reconoce y garantiza los derechos específicos a los niños y niñas lactantes, así como a las mujeres en situación de maternidad y en periodo de lactancia. Todos aquellos mencionados protegen los derechos de las mujeres en periodo de lactancia, mirando ante todo el interés superior del niño.

En Ecuador, las madres que se encuentran en periodo de lactancia y trabajan, se ha implementado varias reformas legales para proteger el derecho a la lactancia como la reforma del artículo 155 del código del trabajo indudablemente tiende a garantizar la protección laboral a las madres trabajadoras porque el empleador no les otorga el permiso de lactancia ni las horas.,

De acuerdo con el Artículo 35 de la Constitución ecuatoriana, hace referencia a grupos de atención prioritaria quienes requieren ser atendidos de manera preferencial y especial menciona sobre la protección efectiva de sus derechos, como mujeres embarazadas y niños en periodo de lactancia, y reza lo siguiente:

“Art. 35.- Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad”.

(CRE: 2008, Pag.19)

Cabe recalcar que dicho artículo menciona sobre los niños, mujeres embarazadas y en situación de riesgo lo cual comprende el recién nacido como una persona vulnerable, de primordial cuidado y que prevalece, ante todo, en forma general, manifiesta que recibirán una atención como derecho adecuada especial y prioritaria ante cualquier situación y sobre todo en el ámbito público y privado como en el campo laboral, de salud, educación, social, etc.

Por otro lado, el artículo 43 de la República del Ecuador manifiesta sobre la protección eficaz y prioritaria sobre la salud integral de vida del recién nacido y su madre, posteriormente también nos menciona sobre la recuperación justa y brindar facilidades para la misma durante el periodo de lactancia:

“Art. 43.- El Estado garantizará a las mujeres embarazadas y en periodo 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.
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 lactancia”. (CRE: 2008, Pág. 23)

Al respecto, Ramon Eduardo Burneo, hace referencia a un tema de mujeres embarazadas en el artículo 43 de la constitución del 2008, dispone que el Estado garantizara a las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia los derechos a no ser discriminados por su condición en ámbitos educativos, social, y laboral , a la gratuidad en los servicios de salud materna, a la protección prioritaria y cuidado de su salud integral y de su vida durante el embarazo, parto y post parto y establecer facilidades para su recuperación posterior al parto y a la lactancia. (BURNEO, 2012).(Pag.353).

Este artículo es sin duda una disposición protectora importante que contribuye a salvaguardar la vida y la salud, no solo de la madre sino del hijo. Ya que el desarrollo integral del niño se mira y se ejecuta desde su concepción, después la lactancia es ahí cuando más se va desarrollar la vida la salud la seguridad jurídica la protección, el derecho a la familia, a la igualdad, a la no discriminación, derecho al trabajo, el interés superior del niño que prima ante cualquier otro es ahí cuando hacemos efectivo este derecho a la lactancia porque conlleva todos los antes mencionado y a la vez se cumple

como un derecho humano reconocido por los instrumentos internacionales que son ratificados en Ecuador, el derecho a la lactancia es la fuente de vida del derecho del recién nacido lo cual es una de las formas de demostrar el ejercicio y aplicación del derecho en general y de manera justa

Por otro lado, el autor Ramón Eduardo Burneo nos menciona sobre el derecho de salud. La salud constituye junto con la vida, uno de los mayores bienes que el hombre puede tener en este mundo. Por lo tanto, el Estado debe, como una de sus prioridades, atenderla y asegurarla en beneficio para el bien común. Hacemos referencia este derecho ya que va vinculado con la lactancia. Como hemos mencionado la salud es un derecho fundamental y que está consagrado en la constitución e instrumentos internacionales como OMS; Cabe aquí el derecho a la lactancia y maternidad, post parto y su recuperación. El derecho de salud juega el papel más importante porque vincula al derecho a la lactancia. Haciendo énfasis el derecho de salud sabemos que si existe en la realidad social salud y en todos sus ámbitos así mismo tiene que existir el derecho a la lactancia por es un derecho de salud para el niño es ahí cuando se cumple el derecho de salud. (BURNEO, 2012)

Según la Constitución de la República del Ecuador menciona en su artículo art. 44.- El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. (CRE:2008, Pág. 23).

Podemos afirmar que el Estado es el que tiene el deber principal de definir y ejecutar políticas públicas, planes y programas que apoyen a la sociedad, las empresas públicas,

privadas y la familia para cumplir con sus obligaciones y deberes con la constitución de la república del Ecuador para ejercer el derecho para regular la conducta de la sociedad de manera adecuada y justa en armonía a los derechos humanos en sentido con todo lo que abarca el derecho a la lactancia.

Lo que se refiere dicho artículo de la Constitución ecuatoriana es que el Estado Ecuatoriano es un Estado garantista de derechos y justicia brinda seguridad jurídica, protección, protege los derechos constitucionales, es el responsable de velar y hacer cumplir la ley, la constitución también de defenderla con la misma en caso de vulneración o violación grave a los derechos consagrados en la Constitución de la República del Ecuador, por otro lado nos menciona que se prohíbe la discriminación de cualquier índole sea indirectamente.

Por otro lado en mi criterio jurídico opino que la madre que labora fuera del hogar no hay motivo para suspender el goce de este derecho a la lactancia o no corresponderle con las horas y permisos que por ley le pertenece, ahora bien no tiene por qué haber ningún trato diferenciado en la empresa privada como publica, en las licencias de lactancia, ya que todos somos iguales ante la ley, todos somos sujetos a derechos consagrados en la constitución, y una empresa pública o privada no nos hace más o menos personas o sujetos a un derecho por trabajar en ella, más bien es ahí cuando debemos demostrar que si existen los derechos constitucionales y no solo quedan positivizados en la constitución para el bien común de la sociedad sino que se hacen efectivos y aplicados con la norma suprema para el bien común de la sociedad.

Por otra parte existe discriminación cada vez que a la mujer que amamanta se cierran las puertas de empleo, a pesar de la prioridad que existe sobre el interés superior del niño

consagrada en la protección de derechos de la niñez, UNICEF, ONU, en la constitución, LOSEP y código del trabajo en el campo laboral todavía nos hace falta garantías suficientes para las trabajadoras lactantes por la razón que el empleador generalmente su perspectiva tiende a mirar estas condiciones de lactancia como cargas o costos adicionales que para aquellos les resulta injusto y por tanto se buscan caminos para evitarlas o prevenirlas como advertirles que no se embaracen o si no pueden o pierden su empleo; podemos ver aquí un desinterés grave, discriminación, cero preocupación por cumplir o ejercer un derecho al trabajador y más aún si existe una madre lactante. (CONSTITUCION DEL ECUADOR 2008, 2008)

Estos derechos también se encuentran regulados en el código de niñez y adolescencia, Código del Trabajo, ley de maternidad Gratuita y Atención a la infancia.

1.9 DERECHOS DE NIÑOS NIÑAS Y ADOLESCENTES.

“La Constitución incorpora los principales mandatos de la Convención Internacional del Niño desarrollado por el código de niñez y adolescencia.”

“Principio del Interés superior de los niños. - Este principio, que es un principio de interpretación y aplicación de la ley, consagrado en la constitución que establece que los derechos de niños, niñas y adolescentes prevalecerán sobre los de las demás personas”. (Cobos J. C., 2013). (Pág.85).

Como principales derechos constitucionales el derecho a la ciudadanía del niño y los principios de Corresponsabilidad y el interés superior de los niños, la misma que establece que los derechos son el desarrollo integral, reconoce que la familia es el ambiente natural en cuales van a aprender la parte importante de la familia siendo así

que al Estado le corresponde utilizar las políticas públicas y el compromiso de coordinar y armonizar a favor de los derechos de la niñez y adolescencia. (Cobos J. C., 2013). (Pág.85-86).

En esta parte como derecho conexo es importante mencionar la protección de derechos de los no nacidos. El artículo 45 de la Constitución de la República del Ecuador establece lo siguiente:

“Art. 45.- Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar.” (CRE:2008, Pág.23).

Podemos ver en este artículo el derecho a la vida, lo garantiza de forma integral y aquel responsable de esta garantía es el Estado quien debe cuidar, proteger, velar desde la concepción, como la salud integral y derecho a la nutrición.

Es por tanto que el Estado en relación con personas en atención prioritaria como niños, mujeres embarazadas en periodo de lactancia juega un papel importante, exclusivo para el derecho y protección desde su concepción, el periodo de la lactancia abarca un

conjunto de derechos la lactancia materna no va sola en el camino jurídico sino tiene derechos que se vinculan al derecho a la lactancia lo cual lo hace un derecho fundamental y humano un derecho protegido en todos sus ámbitos.

A partir de la Constitución del 2008 logra un mayor compromiso del Estado en relación a los derechos del niño al momento que pronuncia la frase “el cuidado y protección “ como deber y obligación del Estado para proteger y garantizar la vida de los niños y niñas desde su concepción ya que esta frase cabe recalcar que es tomado de la convención de los Derechos del Niño, así mismo las medidas que tomara el Estado para asegurar los derechos de los niños, como ejemplo temeos el régimen del buen vivir de la constitución del 2008 se crea un sistema Nacional de Inclusión y Equidad Social , como un conjunto de instituciones, políticas, normas programas, y servicios para asegurar el derecho dentro de este sistema se encuentra derechos del niño. Por otro lado, el artículo 341 insiste en la obligación con el Estado de generar condiciones para la protección integral de los derechos de sus habitantes, si hacemos énfasis cuando se refiere expresamente al Sistema Nacional Descentralizado de protección Integral de la niñez y adolescencia, como el encargado de asegurar el ejercicio de los derechos de niños, así mismo se establece que el Estado asignara los recursos para el funcionamiento de este sistema.

1.10 LEY ORGÁNICA DE SALUD DEL ECUADOR

Ahora bien, la Ley Orgánica de la Salud del Ecuador nos menciona lo siguiente:

“Art. 17.- La autoridad sanitaria nacional conjuntamente con los integrantes del Sistema Nacional de Salud, fomentarán y promoverán la lactancia materna durante los primeros

seis meses de vida del niño o la niña, procurando su prolongación hasta los dos años de edad”. (LEY ORGANICA DE SALUD, 2006) (Pág. 7).

“Art. 120.- La autoridad sanitaria nacional, en coordinación con el Ministerio del Trabajo y Empleo y el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, vigilará y controlará las condiciones de trabajo, de manera que no resulten nocivas o insalubres durante los períodos de embarazo y lactancia de las mujeres trabajadoras. Los empleadores tienen la obligación de cumplir las normas y adecuar las actividades laborales de las mujeres embarazadas y en período de lactancia”. (LEY ORGANICA DE SALUD, 2006) (Pág.22).

Según la Ley Orgánica de Salud, determina que es un derecho mundial, humano y primordial, cuidar, velar. Proteger el mismo mediante todas las políticas públicas, leyes, instrumentos internacionales y Constitución es porque podemos ver el artículo 120 hace referencia al derecho de lactancia en empresas privadas y públicas mediante el Ministerio del Trabajo lo cual existen todas estas leyes, pero la Corte Constitucional como máximo órgano lo hace efectivo a través de la sentencia No. 36-19-IN/21, lo cual analizaremos en el tercer capítulo de esta investigación.

Al respecto, Miluska señala que:

“El interés superior del niño es un principio que incluso está por encima del derecho de patria potestad y al tratarse de un principio y un derecho, debe inspirar la actuación de todos los poderes públicos y que es reclamable en la vía judicial, se debe señalar que es difícil determinarlo y que, por lo tanto, su contenido debe definirse en cada caso concreto. De ahí que, si se aplica el concepto de interés superior del niño en el caso de la lactancia materna, es necesario concluir que sin duda alguna que lo mejor para el niño en manera

objetiva es la lactancia materna, ya que se ha demostrado sus beneficios sobre la lactancia, como señala la OMS. Por lo tanto, vemos que el Estado, los poderes públicos una vez más son los encargados de respaldar y hacer efectivo el cumplimiento de este derecho a través del ministerio de salud pública, ministerio de trabajo, etc. Como se sabe, el sustento de todos los derechos fundamentales es la dignidad de las personas y por tanto todo ser humano tiene derechos. (SILVA, ¿ EL DERECHO A LA LACTANCIA MATERNA?, 2019) (Pág. 4).

Es por tanto, en el caso de la lactancia materna, se parte de la idea que es un derecho fundamental y es un derecho del niño el derecho a la salud que está sumamente vinculado con la lactancia como señala la autora, este derecho de lactancia no es solo de salud o de interés superior del niño, también es el derecho a la alimentación ya que este derecho fue reconocido en 1948, en el artículo 25, de la declaración Universal de los Derechos Humanos, para fomentar el derecho a una vida adecuada y digna así mismo está consagrado en el artículo 11 del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales.

CAPITULO II

2. LA ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD Y CONTROL CONSTITUCIONAL.

Según González menciona lo siguiente:

“la Acción Pública de Inconstitucionalidad es la posibilidad que posee todas las personas que obtienen una calidad especial de índole política, territorial, ciudadana de acudir ante la autoridad constitucional del Estado, para que la misma determine,

verifique que una ley, norma, o artículo tenga armonía con la constitución y esta no sea contraria, ni vulnere derechos que están consagrados en la Constitución, cabe recalcar que es el órgano supremo, la ley suprema es objeto de respeto, veneración, toda ley inferior a ella debe guardar armonía y concordancia con los preceptos constitucionales. Es así, que en caso de que no se cumpla dicha norma, tiene que ser declarada inconstitucional, por carecer validez jerárquica y para su correspondiente salida del ordenamiento jurídico sin necesidad que se establezca un interés de parte o la aplicación de la norma en un caso concreto, con lo que se establece y se analiza el tipo de control.

“En América latina otros países han legitimado al ciudadano para instaurar acciones de inconstitucionalidad ante el tribunal constitucional, así sucede en el salvador, Nicaragua, Bolivia, Colombia, Ecuador, que en su constitución del 2008 posee la posibilidad de que cualquier ciudadano de manera individual o colectiva, pueda interponer este tipo de acción”. (González, 2010).

La Acción Pública de Inconstitucionalidad, debemos entender que es un mecanismo de protección y que le da vigencia a la Constitución le da poder y seguridad jurídica es eficaz, rápida, que nos ampara directamente que es una garantía que tenemos por el hecho de ser sujetos a derechos, y la gravedad o daño que se produce cuando existe una violación real de derechos constitucionales, es ahí cuando esta ópera de forma inmediata directa para llegar a una justicia social y jurídica conjuntamente para lograr ejercer el derecho en la sociedad.

Por lo tanto, esta acción puede ejercer cualquier ciudadano ecuatoriano solicitando a la Corte Constitucional que declare nula una ley, norma o artículo que viole un derecho constitucional y sea contraria a la Constitución, la razón por la cual se tiene que ver que

no sea contraria a la misma, es porque es la ley suprema, y tiene que ser objeto de respeto y veneración, hay que cumplirla y ejercerla correctamente porque es la norma suprema que nace del poder constituyente y la misma establece y prima antes cualquier ordenamiento jurídico para que sea eficaz ya que por ello existen principios, derechos, deberes, obligaciones constitucionales que nosotros como ciudadanos y el Estado son y somos los responsables de hacerlos cumplir.

La Constitución como órgano supremo que organiza el Estado es necesario actuar a la primera que vemos y detectamos una ley o norma contraria a la misma; el hecho de que este positivizada la Constitución es lo que nos da un poder como Estado y como pueblo, como ciudadano de armar el rompecabezas del derecho ejercerlo tal como está escrita y más aún si la Constitución como la nuestra está sujeto también a los tratos internacionales de Derechos Humanos que si está reconocido en el artículo 424 y 425 de la Constitución de la República del Ecuador y por ello necesitamos respetarla, aplicarla para hacerla efectiva, real y que nos sostengamos de ella, porque qué sentido tendría si la Constitución solo queda escrita y solo a veces revisamos cuando algo sospechamos y la leemos pero no la comprendemos, la Constitución es nuestra Carta Magna, por ello conocerla nos enriquece y podemos saber al primer acto que sucede en la sociedad si está vulnerando los derechos de los ciudadanos.

“Tomando en cuenta como punto de partida el contenido del artículo 169 de la Constitución, el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal y harán efectivas las garantías del debido proceso. Es así que a lo largo del periodo de funcionamiento de la primera Corte Constitucional ha cobrado notoria importancia el principio *iuria novit curiae*,

consagrado en el artículo 4, numeral 13 de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional. Por lo cual la juez o jueza podrá aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso constitucional en este orden de ideas la Corte ha manifestado sobre el particular que, en función del principio iura novit curia se encuentra plenamente facultada para analizar y pronunciarse sobre los hechos presentados a su conocimiento, en aplicación de normas no argumentadas por accionantes, cuando a su criterio pueda generarse una afectación a derechos constitucionales no invocados por los accionantes”. (alfredo Ruiz Guzman, 2016). (Pág.29-30).

referencia al principio iura novit curia porque el juez constitucional conoce sobre derecho y generalmente va más allá de lo solicitado por el accionante, lo cual el juez cumple una función especial de esta manera, ver más allá si hay derechos constitucionales que se vulneraron y como pueden afectar, aunque el accionante en su momento no lo noto, es por ello que el juez de la Corte Constitucional en cada caso analiza de forma minuciosa e integral, estudia, determina, y analiza más allá de los hechos y que derechos más se vulnero es por ello que entendemos que el Ecuador es un estado de derechos y justicia. No es sino en la Constitución y en la corte Constitucional cuando esto se hace efectivo y se aplica este principio y el derecho y así poder realizar una justicia constitucional que beneficie a la sociedad o a un particular.

Es decir, la Corte Constitucional del Ecuador es el órgano encargado por guardar, proteger velar, por la constitucionalidad del contenido de las leyes emitidas por la Asamblea Nacional de acuerdo al artículo 429 de la Constitución y la Corte Constitucional esta encargada de velar por el bloque de constitucionalidad y es el máximo órgano de interpretación constitucional.

Por lo tanto, podemos afirmar que la acción de inconstitucionalidad es una garantía que el Estado nos brinda para poder defendernos, nos ampara mediante esta acción para salvaguardar nuestros derechos constitucionales de manera rápida, eficaz, segura, al darnos cuenta que esta acción está dentro de la supremacía constitucional es de vital importancia porque corresponde a la corte analizar dicha acción.

2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

Durante la historia constitucional, la Acción Pública de Inconstitucionalidad tiene antecedentes relevantes que hacen que no sea una figura aislada y, por el contrario, podamos considerarla muy propia de nuestra tradición político-jurídica, basada en participación directa de los ciudadanos en el Estado.

Lo que nos quiere decir en el párrafo anterior es que en la historia aquella acción no pasa por alto ni desapercibida que posee de relevancia jurídica y que es de una parte del Estado y la sociedad ya que su aplicación se hace efectiva en la participación de los mismos.

Algunos países europeos a partir de la Primera Guerra Mundial acogieron la acción de inconstitucionalidad dentro de su ordenamiento jurídico, Posteriormente se extendió a Latinoamérica a medida que se fueron superando las diferentes dictaduras del siglo XX.

La acción de inconstitucionalidad es la posibilidad que tienen algunas personas que ostentan una calidad especial de índole política, territorial, ciudadana o popular de acudir ante la autoridad constitucional del Estado, para que ésta determine si una ley, y en algunos casos toda norma con fuerza material de ley, está acorde o no con los preceptos constitucionales y, en caso negativo, para que dicha norma sea declarada

inconstitucional para su correspondiente salida del ordenamiento jurídico por carecer de validez jerárquica y constitucional.

Entonces, podemos afirmar que la Acción Pública de Inconstitucionalidad, es una garantía que tiene un ciudadano de acudir a un órgano supremo autónomo imparcial como es la Corte Constitucional para que la misma analice de fondo y motivadamente si dicha norma, es constitucional o no y en efecto declarar o no su inconstitucionalidad.

2.2 CORTE CONSTITUCIONAL-ANTECEDENTES Y ACTUALIDAD

Según el autor Ramon Eduardo Bermeo En primer lugar debemos mencionar el fruto de la creación de la Carta Política del 2008, su origen e importancia. “La Corte Constitucional tendría un símil o antecedente, en el supremo Congreso que estableció la Constitución quiteña de 1812, el mismo que estaba sobre los demás órganos de Poder y tenía facultades de árbitro para resolver los conflictos entre las distintas funciones públicas”. (BURNEO, 2012). (Pág. 125).

“La reforma constitucional de 1992, luego incorporada en la codificación de 1998, dio a la Corte Suprema de Justicia la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, para cuyo efecto creo la sala de lo constitucional, que luego se convirtió en Tribunal Constitucional. Además, se estableció la atribución de todo juez que deben declarar la inconstitucionalidad de las leyes en los casos concretos que tramiten y encuentren estos vicios”. (BURNEO, 2012).(Pág. 125).

“La carta del 2008, la denominación de este organismo pasa a ser Corte Constitucional y se autoproclama como tal ya se consagro en la nueva Constitución, y sus funciones se

amplían. La corte constitucional está regulada en los artículos 429 a 440 de la constitución”. (BURNEO, 2012). (Pag 125).

Con lo antes mencionado la Corte Constitucional tiene la potestad de analizar y resolver normas que se consideran inconstitucionales y que es el mayor avance que ahora la corte se encargue de aquello y no la corte suprema de justicia ya que debe existir un órgano supra independiente para temas con inconstitucionalidad.

2.3 LA ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONAL DE ECUADOR

Según los autores Angelica Porras Velasco y Johanna Romero, la Acción Publica de Inconstitucionalidad a raíz de la constitución del 2008, obtienen la siguiente vigencia: la legitimidad del control constitucional de leyes por parte de un órgano jurisdiccional y la atribución entregada a la corte Constitucional para poder revisar y analizar la constitucionalidad de los actos normativos de carácter general. (LARCO, 2012)(Pág.47).

Por lo tanto, la Constitución del 2008 le dio inicio y un camino a la Acción Pública de Inconstitucionalidad que fuera potestad de la Corte Constitucional, lo cual me parece excelente ya que es un órgano imparcial y autónomo es el máximo órgano de interpretación constitucional.

Por otro lado, el mismo autor nos menciona que la acción de inconstitucionalidad es una de las principales vías, como sabemos del control concentrado ya que se deriva del modelo continental europeo, y de la mano de KELSEN, bien ahora como sabemos la constitución del 2008 y el control constitucional acogido definitivamente por entregar el control de constitucionalidad de leyes a un órgano jurisdiccional supremo autónomo,

como es la corte constitucional sin contar claro está con la intervención del poder legislativo. Por lo tanto, queda en manos de la corte constitucional que sus fallos seas correctos, relevantes, razonables jurídicamente y motivados.

Según Juan Carlos Huilca Cobos menciona que:

“Los principios constitucionales son capaces de regular cualquier materia posible, de modo que en el Derecho constitucional no queda ningún espacio, ya que siempre habrá una norma constitucional para cada ley ordinaria con la que se podrá confrontar para decidir sobre su conformidad con la Constitución”. (Cobos H. J., 2013). (Pág. 55-56).

Art.11 numeral 2: “Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones edad, religión, identidad de género, estado civil, idioma, condición socio-económica, estado de salud, discapacidad, ni por cualquier otra distinción personal o colectiva, que tenga por objeto menoscabar o anular el reconocimiento, goce de derechos. La ley sancionara toda forma de discriminación.” (CRE:2008, Pág. 12).

Con respecto al texto anterior, menciona que cualquier persona sin importar su condición puede acudir a la acción de inconstitucionalidad y sin ser discriminado, por otro lado volviendo al tema de derecho de lactancia, el estado adoptara políticas públicas y medias de acción afirmativa que promover la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad como es el caso de las empresas privadas que se rigen por el código de trabajo en su artículo 155 inciso 2 lo cual está en una situación de desigualdad ante la LOSEP lo cual la corte constitucional resolvió en la sentencia que vamos analizar más adelante.

Siguiendo la línea jurídica con el autor ya que hasta el mismo presidente debe esperar que se pronuncie la corte constitucional cuando existe objeciones de inconstitucionalidad y así manejar el sistema jurídico de forma independiente e imparcial.

Como sabemos el Estado Ecuatoriano es un Estado de derechos y Justicia, un Estado Garantista, y todos somos iguales ante la ley y todos tenemos los mismos derechos, deberes y obligaciones por tal razón tenemos como ciudadanos esta garantía que es una acción pública de inconstitucionalidad tal como lo menciona es publica y está al alcance de todo el pueblo ecuatoriano. Por lo tanto, me parece un avance positivo como sociedad y como país en desarrollo ya que como vimos Colombia a partir del año 1991 permite a cualquier ciudadano interponer una acción de inconstitucionalidad, lo cual Ecuador ha tomado el mismo rango a partir del 2008. Por otro lado, analizo que si la constitución nace del poder constituyente es decir de la soberanía del pueblo por ende estas garantías como la acción pública de inconstitucionalidad debe ser inherente al ciudadano o parte del como persona sujeta a derechos constitucionales. Para concluir debemos recalcar que la acción de Inconstitucionalidad es un mecanismo de protección para prevenir la vulneración y violación de derechos consagrados en la norma suprema y así asegurar la validez jurídica de toda norma del sistema jurídico ecuatoriano; cómo podemos ver la legitimación activa posee cualquier persona y eso nos garantiza como pueblo ecuatoriano.

Para, Ramón Eduardo Bermeo, señala que:

La superioridad de la constitución está fundada en el reconocimiento de un orden jurídico en el cual existe una prelación normativa. Esta, según la teoría del Kelsen,

conforma una estructura piramidal en cuyo vértice superior esta la Constitución, llamada también Carta política o Carta Magna, la cual irradia la validez jurídica a todas las demás normas que deben armonizarse con aquella. (BURNEO, 2012). (Pág. 110-11).

Es merecer mencionar a Hans Kelsen como unos de los principales autores de la Constitución republicana y democrática más reconocidos en el universo del derecho constitucional por ser filósofo y profesor de la Universidad de Viena, lo cual comparto su teoría sobre la Constitución, sus argumentos jurídicos y la pirámide es así como se debe y tiene que llevar la constitución de un País , poniendo en primer lugar a la norma suprema y de esta hacerle respetar y que este en armonía con las demás leyes orgánicas y ordinarias.

El artículo 424, de la Constitución menciona que “la constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos de poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto de poder Público”. (CRE:2008, Pág. 205).

2.4 CONSTITUCIÓN DEL 2008 ARTICULOS EN RELACIÓN A LA ACCIÓN PÚBLICA DE INCOSNTITUCIONALIDAD.

El numeral 3 del artículo 436 de la constitución, faculta a la Corte Constitucional: “declarar de oficio la inconstitucional de normas conexas cuando en los casos sometidos

a su conocimiento concluya que aquellas son contrarias a la constitución”.
(CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, 2008)(Pág.129).

En dicho artículo menciona que la Corte Constitucional es el máximo órgano supremo de máxima interpretación constitucional y que se encuentra por encima de la pirámide de Kelsen, tiene la potestad de iniciar por su cuenta el análisis de fondo de una norma que es contraria a la Constitución y que no concuerda, así mismo haciendo un estudio mediante un análisis necesario para ver la posibilidad de su expulsión del ordenamiento jurídico en caso de tener un control abstracto.

El numeral 10 del mismo artículo manifiesta: “declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas por omisión, en forma parcial o total, los mandatos contenidos en normas constitucionales”.
(CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, 2008)(Pág.129).

Por lo tanto, la Corte también observa de manera muy específica que toma el poder de velar de igual manera y mirar jurídicamente que se esté cumpliendo toda decisión, actos, mandatos conforme a la Constitución lo cual me parece ideal y así como ciudadana tener esa certeza y confianza que la Corte está vigilando correctamente el monopolio del país.

Por lo cual, podemos comprender que toda garantía es un mecanismo de defensa u protección para los ciudadanos cuando sus derechos constitucionales se encuentren vulnerados y pueda acudir mediante esta garantía que se encuentra consagrado en la ley norma digna de cumplirse. Es así que cualquier acto de omisión por inobservancia que menoscabe el ejercicio de derechos será inconstitucional, como lo vemos en la sentencia de este tema de investigación la desigualdad en el contexto laboral sobre la licencia

mujeres en periodo de lactancia, el contenido del código del trabajo es desigual con la LOSEP en el mismo tema de licencia lo cual menoscaba el ejercicio de derechos constitucionales. La vía más idónea es la acción pública de inconstitucionalidad.

En el artículo 86 de la Constitución constan las siguientes:” Cualquier persona, grupos de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad, podrá proponer las acciones previstas en la constitución”. Nótese la amplitud de la facultad de acudir para este tipo de trámites no solo cualquier persona como señalaba la anterior Constitución sino, sino además cualquier grupo de personas, nacionalidad, podrá proponer las acciones previstas. ((ECUADOR, 2008) (Constitución del 2008, pág. 35).

Siguiendo en el desarrollo de la línea jurisprudencial, consolida la función de la Constitución como única norma suprema, que en la actualidad toda persona, grupos, comunidades, etnias, nacionalidad, puede interponer esta acción de inconstitucional lo cual conlleva una cercanía a la diversidad cultural, que tiene legitimidad activa cualquier persona aquel derecho nace a partir de la constitución del 2008 así garantizando la seguridad jurídica y tutela judicial efectiva; en este sentido, las garantías constitucionales se manifiestan, brindan, se presentan como mecanismos de protección necesarios que la justicia Constitucional lo otorga para realizar justicia y buscar el ejercicio de los derechos como libertad, equidad, igualdad, seguridad individual y colectiva. Dicha acción también es una capa y un escudo para defendernos de todos las arbitrariedades y violaciones por parte de poder público, privado, y particulares.

Al respecto, Javier Pérez Royo refiere que: “Únicamente las garantías constitucionales permiten asegurar eficazmente la supremacía de la Constitución sobre todas las demás normas del ordenamiento, posibilitando que ésta empiece con la Constitución y no con

la Ley. Sin ellas no hay forma de asegurar la subordinación de la manifestación de voluntad ordinaria del Estado (la Ley) a la manifestación de voluntad extraordinaria o constituyente (la Constitución) y, por tanto, de dar carácter jurídico al texto constitucional. las garantías constitucionales se plantearán y se procurara anclarlas en la Constitución, ya que, en último extremo, las garantías constitucionales no son más que un instrumento de defensa frente a la opresión, y en particular frente a la opresión del poder político, del Estado. En primer lugar, porque la Constitución consiste fundamental y casi exclusivamente en la existencia del poder legislativo, del Parlamento. Se trata de la expresión política de la sociedad civil, a través de la cual intenta autodirigirse políticamente, controlando primero y adecuándose después del poder del Estado “. (JAVIER PEREZ ROYO, s.f.)(pag.235-246).

Siguiendo en la línea del desarrollo, vemos que las garantías constitucionales es el ancla y la piedra angular, lo que le sostiene a la Constitución para darle vida jurídica, sentido, y eficacia. Es así que el mismo autor nos menciona de aquellas garantías lo cual son lo esencial y elemental para la construcción de la democracia de un país.

Cuando aplicamos cualquier garantía constitucional estamos dando eficiencia y cumpliendo con la supremacía constitucional, aquellas garantías permiten analizar desde la constitución y ver más allá, analizar de manera integral y resolver de forma suprema como lo menciona el nombre, que todo proceso o caso empiece por la norma suprema y no por la ley, es lo que le hace efectivo y eficaz a la Constitución respetarla aplicando sus normas y principios.

Cuando aplicamos la supremacía constitucional a través de las garantías constitucionales, en este caso se puede evidenciar una vida constitucional activa,

políticamente, democráticamente, social, y que está por encima de los poderes del estado así supervisando cada órgano, cada función, el hecho de saber que como país y democracia no estamos solos sino que existe un órgano, un poder supremo que a través de su control constitucional lo controla y está permanentemente en vigilia, es algo que nos pertenece como ciudadanos brindando así seguridad social, jurídica y protección suprema aparte de la ordinaria.

2.5 CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ECUADOR

2.5.1 CONTROL CONCENTRADO Y MIXTO.

Al respecto, Ramiro Ávila Santamaria, señala que:

“El control concentrado tiene algunas características: solo una autoridad decide la constitucionalidad de las normas, esta autoridad debe estar fuera de los poderes o funciones tradicionales y se la denomina corte o tribunal constitucional, las sentencias que emiten tienen valor de normas generalmente obligatorias. En este modelo, si un juez o jueza, en el caso que conoce, encuentra una norma que considera inaplicable, debe suspender la causa y remitir a la corte o tribunal para decida”. (RAMIRO, 2011)(Pág.63-64).

En Latinoamérica se asume un modelo que recoge algo del modelo norteamericano y del modelo continental europeo. Por ello, se considera que en nuestra región existe un control mixto de constitucionalidad; Es decir, por un lado, los jueces y juezas en sus casos aplican directamente la Constitución, pero, por otro lado, las cortes o tribunales constitucionales deciden de manera general y obligatoria para todos los casos. En el caso ecuatoriano, la Constitución del Ecuador tiene una aparente antinomia.

Por un lado, ordena a toda persona, incluidas jueces y juezas, para aplicar directamente la Constitución y, por otro lado, dispone que los jueces y juezas suspendan la causa cuando encuentre normas que sean contrarias a la Constitución y remitan a la Corte Constitucional. Esta aparente antinomia fue resuelta ya por la Asamblea Nacional al expedir una norma que dispone que solo se suspenderá la tramitación de una causa cuando el juez o jueza tenga una duda razonable sobre la constitucionalidad de una norma, lo que quiere decir que cuando un juez o jueza, en la tramitación de un juicio, encuentre una norma que sea evidentemente inconstitucional, debe aplicar directamente la Constitución. De este modo, Ecuador se encuentra dentro de la lógica del control mixto de constitucionalidad. Esta autoridad es la Corte Constitucional, que tiene facultades para sancionar la inconstitucionalidad de los actos que emanan del poder público en cualquier forma: leyes y otras normas de carácter general, actos administrativos, políticas públicas y autos o sentencias. (RAMIRO, 2011) (Pág. 63-64).

Siendo así que, el control constitucional, la Corte Constitucional, la supremacía constitucional, es un órgano supremo de máxima instancia de interpretación y que este fuera de los demás poderes del estado, que la Corte es un órgano independiente autónoma, que ella misma se controla, se observa por ser imparcial, integral, todo aquello hace que la opresión del gobierno se evite, para así ejercer el derecho a la libertad política, a la justicia y equidad siendo eficaz en toda decisión y después de la misma. Cuando hablamos de control constitucional en Ecuador es concentrado y directo, no necesita ser encaminado por procesos ordinarios o un proceso previo va directamente a la Corte, lo cual desde ahí lo reconoce como supremacía constitucional y se está aplicando la justicia de manera eficaz. Como bien sabemos la Corte

Constitucional está regulada dentro de la Constitución a partir del 429 al 440; tomando en cuenta que la Constitución es una manifestación y creación del poder constituyente, el principal factor de dicha manifestación es la existencia de la democracia lo cual se puede construir una adecuada Constitución con sus órganos, poderes, y funciones, por lo mismo que obliga a todos los ciudadanos a estar firme y sujetarse en la misma.

El Control Constitucional concentrado nos coadyuva positivamente y tiene la potestad de analizar de forma integral, independiente cada caso lo cual lo hace eficaz, ya que la justicia ordinaria lo puede hacer si aplica la constitución pero cuando se encuentra con una norma que es contraria a la constitución debe consultarle, la Corte Constitucional a través de sus análisis y estudios minuciosos de forma integral, conforme a sus interpretaciones velando siempre por los derechos humanos así mismo la Corte tiene una mirada constitucional más alta y más allá que la justicia ordinaria, el tribunal constitucional mira todo el panorama completo, mientras que los jueces ordinarios ven lo que está en su nariz, esta es una gran diferencia, y así se hace efectivo el derecho, el poder constituyente, por ello el control concentrado es efectivo y eficaz para toda decisión y para realización de justicia es primordial que una autoridad superior supervise y declare inconstitucional sino qué sentido tendría en la realidad social y jurídica que exista la Corte Constitucional.

Al respecto, Manuel Aragón, refiere que:

“Cuando el órgano jurisdiccional declara la nulidad de una ley por inconstitucional, o de un decreto o de una resolución administrativa por ilegal, no está limitando el poder, sino asegurando que los límites del poder se cumplen, es decir, no está limitando, pero sí controlando. La garantía constitucional alude a todos los mecanismos institucionales

objetivamente ordenados a asegurar el respeto de la Constitución, pero el término garantía es más amplio que el de control, para todos los autores, menos para Galeotti “. (Aragon, s.f.) (Pág.130-135).

Es así que el término garantía constitucional es menos amplio que el de “control” porque la garantía constitucional tutela valores “positivados” en el texto de la Constitución, mientras que el control tutela no sólo conjuntos normativos, sino también intereses, programas, ideas, e incluso simple voluntad de la mayoría, etc.

Sabemos que las limitaciones del poder descansan en las garantías, mediante los mecanismos de control y que van juntas de la mano para el ejercicio eficaz del derecho.

Al respecto, Pamela Juliana Aguirre Castro, señala que:

“El Control concentrado de constitucional tiene como elemento primordial la existencia de un órgano especializado en la jurisdicción constitucional. En este ámbito, los tribunales Constitucionales o las Cortes Constitucionales. El proceso del control concentrado no se dirige a observar si un enunciado normativo promulgado por el legislador puede ser sustituido por otro de mayor jerarquía en un proceso judicial concreto, o inaplicado de ser el caso; sino que el tribunal o corte, en su caso, debe establecer si dicha disposición normativa se mantiene en el ordenamiento jurídico, o si debe ser expulsada del mismo por inconformidad con la constitución, con efecto erga omnes”. (Castro, 2013).(Pág.295-296).

Conforme a lo anterior expuesto concuerdo afirmativamente con la autora, la constitución del 2008 fue y es un avance para la sociedad y todo el ordenamiento jurídico pues paso se de ser un control difuso a concentrado lo cual me parece correcto

y eficaz, eficiente, el hecho de que haya aparte de todo el ordenamiento jurídico y poderes un poder supremo autónomo que este fuera de la esfera jurisdiccional y aquel órgano independiente en este caso la Corte Constitucional como imparcial e único interprete es el encargado de analizar y declarar la inconstitucional de una norma. Por otro lado, cuando se aplica el control concentrado se analiza si se expulsa del ordenamiento jurídico o se mantiene, aquel Control no se trata de reemplazar por una norma superior o ignorarlo en un caso concreto sino de declarar inconstitucional lo cual concuerda con su autora.

Para complementar más específicamente mencionamos la sentencia No. 001-13-SCN-CC, CASO No 0535-12-CN, que determino como unas de las reglas que guían el trámite de la consulta de norma que:

“Las juezas y jueces, en aplicación del artículo 428 de la Constitución de la Republica y 142 de la ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que consideren que una norma es contraria a la constitución, deberán suspender la causa y remitir en consulta a la Corte Constitucional. Conforme a lo mencionado se evidencia que la consulta de norma procede, única y exclusivamente, cuando existe una motivación razonada de porque el juzgador acude a la consulta y la inoperancia de ninguna interpretación constitucional de la disposición normativa pues si se procede por lo contrario genera una vulneración a los derechos constitucionales”.(Castro, 2013).(Pág.303).

Para terminar hay que tener en claro y presente que desde el año 2008 el control constitucional en el Ecuador recoge un control concentrado con su origen de modelo europeo dicho control lo ampara el artículo 428 de la CRE y el 142 de la LOGJYCC, lo

hace efectivo y lo cumple cuando suspende y eleva a consulta a la Corte Constitucional ahí es cuando ejerce derecho y fuerza normativa, la consulta de norma hay que recordar que procede frente a la duda, inseguridad, o certeza que una disposición normativa es inconstitucional y así quien interpreta es la Corte como órgano especializado en lo mismo que es independiente, imparcial, y que estas separados de todos los poderes y funciones del Estado; ahora bien tomando en cuenta que la duda razonable y motiva es un requisito principal que no puede faltar para elevar a consulta a la corte cuando esto se llega a determinar cuando ya se hecho una interpretación integral y sistemático pero no se ha logrado establecer compatibilidad con la constitución.

2.6 APROXIMACIÓN AL CONTROL ABSTRACTO EN EL ECUADOR. LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

2.6.1 Fundamentos de Control Constitucional

Según Juan Francisco Guerreño Pozo, señala lo siguiente:

“El Control de la constitucionalidad tiene su origen en dos principios que el constitucionalismo ha desarrollado que es: la supremacía constitucional y la fuerza normativa de la Constitución. El principio de supremacía constitucional tiene como origen la consideración de que la Constitución es suprema, lo cierto es que o bien es suprema porque así lo acordó el pueblo a través del poder constituyente, o porque recoge principios y valores que son de tal carácter e importancia que requieren una garantía de no desconocimiento. (POZO, 2011).(Pág. 63).

Por lo tanto, el poder constituyente es el origen y el principio de todo, después vendrán adecuándose y recogiendo los valores y principios, pero cuando existe la soberanía y

la democracia existe antes el poder constituyente que conoce de aquello para realiza una Constitución conforme a las necesidades del pueblo. Hacemos énfasis en que todas las democracias constitucionales de ahora, es decir contemporáneas casi todas son autónomas es ya su esencia y aquello lo hace fuerte, poderoso, limitar poder político, jurídico y social, influyente, vinculante lo cual es un cambio de 180 grados y sobre todo un desarrollo positivo en cada Estado lo cual es aceptada por la sociedad en la cual rige aquella constitución

2.7 EL CONTROL CONSTITUCIONAL ABSTRACTO EN EL ECUADOR

Para, Juan Francisco Guerrero del Pozo, señala que:

Se denomina abstracto porque se lleva a cabo supuestamente con abstracción de la aplicación concreta de las normas a una hipótesis de hecho determinada y se limita a resolver una discrepancia abstracta en torno a la conformidad o no de un texto normativo (sin importar si se aplica o nunca se ha aplicado) con el texto de la constitución. Si el resultado del examen de constitucionalidad es la inconstitucionalidad, será expulsada del ordenamiento jurídico. El control abstracto no es otra cosa que la posibilidad de examinar la constitucionalidad de una norma, sin hacer referencia a un caso concreto que haya llegado a conocimiento a un juez, el hacerlo en abstracto de todo supuesto hecho; es la potestad de ejercer una actividad en la que se cuestiona la norma de manera general y abstracta sin alusión a un litigio inter partes. (POZO, 2011)(Pág.69).

Siguiendo con el desarrollo de la línea jurídica sabemos que dentro del ámbito de control constitucional abstracto es amplio, esto nos lleva a recordar el artículo 75 de la LOGJYCC que establece como finalidad del control abstracto de constitucionalidad, el

garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico mediante la identificación y la eliminación de las incompatibilidades normativas, por razones de fondo o de forma, entre las normas constitucionales y las demás disposiciones que integran el sistema jurídico. Como podemos ver en dicho artículo menciona y hacemos énfasis en la acción de inconstitucionalidad sea por acción u omisión, comparto afirmativamente el contexto mencionado anteriormente por el autor, como énfasis debo señalar que esta acción de inconstitucionalidad se ejercer dicha acción cuando obviamente entre en vigencia y en el registro oficial.

En las democracias que ha vivido el Ecuador sobre todo en las últimas según la historia podemos ver que se caracteriza principalmente por poseer una justicia imparcial, autónoma, independiente, audaz, efectiva, fuerte y con un poder autónomo junto con un equilibrio de poderes, luego por supuesto mencionar a las garantías y derechos como mecanismos de defensa y de la manera ,más adecuada que adquieren los Ecuatorianos dentro de la esfera democrática y acogiéndonos al modelo europeo que según Kelsen el sistema jurídico no es un conjunto de normas que están en un mismo rango o posesión, sino una especie de estructura de varios pisos de escalones de mayor a inferior formando así una pirámide conformada por capaz de normas jurídicas y esenciales, lo cual comparto aquel modelo de Kelsen que no todo el sistema jurídico se encuentre en un mismo nivel o en poder de un solo juez sino que exista un órgano fuera de la esfera un órgano autónomo especializado, único y concentrado que pueda analizar e interpretar cada norma de forma autónoma.

Cuando hablamos de control abstracto estamos analizando que según el autor existe la expulsión de la norma por su invalidez ya que no es constitucional ya que afecta y vulnera derechos constitucionales y lo más grave que también vulnera derechos

fundamentales. Lo cual en el control abstracto se va determinar si se expulsa o no del ordenamiento jurídico una disposición normativa bajo efecto de un examen estudio y análisis constitucional. El objeto principal y lo que llama la atención jurídicamente es que el control abstracto como bien menciono dicho autor es que aquel control examina de forma general la norma general sin ver intereses y sin relacionarse en casos concretos o específicos sino lo mira de forma amplia general que es inconstitucional para todo un país y lo examina para expulsar.

2.8 Principio que rige el control abstracto de constitucionalidad.

Partiendo del artículo 76 de la LOGJCC contiene una serie de principios y reglas que rigen el control abstracto de constitucionalidad uno de los más principales es el control integral de cual hablaré.

Para, Juan Francisco Guerrero del Pozo, significa que:

“La acción o el acto de reclamación ante la Corte Constitucional por la contradicción de una norma con el contenido de la Constitución , quien propone la acción debe determinar los principios y reglas que han sido contravenidos en la norma objeto del control, la determinación de la supuesta norma infringida por parte del actor , no limita la potestad y capacidad del juez constitucional para hacer una verificación extensiva, de hecho, de conformidad con el presente principio, el juez se encuentra en la obligación de comparar la norma con todas las reglas y principios constitucionales y no solo con aquellos que el actor propuso”. (POZO, 2011). (Pág.80).

Es decir que en efecto la Corte Constitucional es de oficio y que no actúan solamente petición de parte sino siempre busca ir más allá de lo pedido o del derecho vulnerado es

lo que le hace integral lo que llena cualquier vacío jurídico el no tener un límite sino buscar siempre comparar y llegar más allá conoce de derecho el juez y aquel principio es constitucional se extiende y a pesar de que existe una demanda por eso es control abstracto aun así el juez va más allá aplicando el principio de control integral mencionado en el numeral 1 del artículo 76 de la LOGJCC.

2.9 Efectos del Control Constitucional

Al respecto, Rafael Oyarte, señala que:

“Una decisión tiene efecto ex nunc cuando su resultado es aplicable solo a futuro, en cambio adquiere efecto ex tunc cuando es aplicable de modo retroactivo, retornando las cosas al estado anterior”. (RAFAEL, 2021). (Pág. 64).

2.9.1 Efecto ex nunca y ex tunc

“El efecto ex tunc tiene la ventaja de hacer plenamente aplicable la norma constitucional, condenando a la nulidad absoluta al precepto irregular, al privarle de eficacia desde su origen: nació inválida por violar la constitución y, por tanto, nunca debió aplicarse ni tener efectos. Pero el efecto ex tunc puede ocasionar inseguridad jurídica: las situaciones jurídicas nunca serán estables, desde que una decisión de inconstitucionalidad posterior podrá afectar todos los actos, hechos y contratos que ocurrieron durante la vigencia de la norma declarada inconstitucional, por ello, la regla general ha sido darle efecto ex nunc a la declaración de inconstitucionalidad, al establecerse que no tendría efecto retroactivo”. (RAFAEL, 2021).(Pág. 65).

2.9.2 Efecto Erga Omnes.

El efecto erga omnes refiere a que la decisión tiene destinatario universal, es decir, el fallo es aplicable a todas las situaciones jurídicas que se presentan sobre ese punto de derecho. En Ecuador el ejercicio de control constitucional tiene efecto erga omnes. Lo dicho no solo se refiere al resultado de una declaración de inconstitucionalidad, que conlleva la invalidez del acto, lo que implica su expulsión del ordenamiento jurídico y, por tanto, la imposibilidad de aplicar la norma anulada. (Arts. 436, N°2, CE y 96, N°1, LOGJCC).

Siguiendo con la línea del desarrollo jurisprudencial, cuando una existe una declaratoria de inconstitucionalidad se aplica efecto ex nunc, es decir que rige hacia futuro, es la ventaja que así no va haber inseguridad jurídica lo cual cumple con la constitución. Por otra parte, claro que existe su expiración será claramente explicada y razonada para tomar una decisión con efecto ex tunc, en los casos que la ley así lo permita. Cabe señalar y tener claro que toda declaratoria de inconstitucional tiene efecto erga omnes, lo cual es constitucional ya que así se aplica directamente la Constitución y se respeta teniendo en cuenta que este efecto erga omnes rige para todos, lo cual así se hace efectivo el control constitucional y sobre todo justicia.

(RAFAEL, 2021)

2.10 LEGISLACIÓN COMPARADA: LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA

La historia de Colombia está marcada por la violencia. Los actores políticos han convertido los textos constitucionales en trofeos de guerra, los ganadores, ya sea por vías de derecho o de hecho sociales. En mi opinión la corte constitucional de Colombia

y la constitución es su más grande éxito, es una victoria porque así tienen facultades y la potestad de hacer justicia mediante las pautas jurídicas. (DAVID, 2010).

La Constitución de 1886 no estableció la acción pública de inconstitucionalidad y dejó el control de constitucionalidad en manos de la Corte Suprema de Justicia, pero sólo a petición presidencial por vía de objeción de un proyecto de ley, lo que significaba que no existía un control de constitucionalidad posterior a las leyes, esto era herencia de la creencia francesa de la bondad y perfección de la ley, por ser emanación directa del legislador, quien a su vez representaba los intereses del pueblo. (DAVID, 2010).

Dicha Constitución que fue en 1886, es autoritaria poco o nada democrática, por tener todo o casi todo el monopolio de un país en las manos de la corte suprema de justicia y peor aún que no había ni existía un control constitucional después de la promulgación de leyes lo que quiere decir que convence y se tiene en ese tiempo un criterio vago, vacío, de que leyes y el legislador es perfecto y todo lo que haga está bien, es una creencia errónea en mi criterio, provocando un daño en la sociedad y país entero. En aquel año el no haber ni mencionado la acción de inconstitucional es sumamente grave porque así no se puede llevar a cabo de ninguna manera el control de constitucional.

La reforma constitucional de 1910 es de suma importancia no sólo en Colombia sino también en el mundo, pues establece la posibilidad de que un tribunal saque del ordenamiento jurídico una ley o un decreto del gobierno por ser contrarios a la Constitución, lo anterior por petición ciudadana. En 1993 hubo un importante pronunciamiento de la Corte Constitucional en lo concerniente a la acción pública de inconstitucionalidad. En la sentencia C-003, con ponencia del doctor ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, el máximo tribunal de lo constitucional en Colombia

estableció que estaban legitimados para hacer uso de esta institución sólo los ciudadanos, incluso los magistrados de la Corte Constitucional. (DAVID, 2010).

Por lo tanto, la Constitución de 1910 de Colombia al incrementar e intervenir la Acción Pública de Inconstitucionalidad ya que es ahí donde se hace efectivo el control constitucional y el derecho a la seguridad jurídica de leyes, estar seguros que aquellas normas son dignas de una constitución y están dentro de ella en armonía y conforme a los estándares y derechos constitucionales. Vemos una luz con esta acción y más aún que la corte constitucional toma poder en relación con esta y es el órgano único de analizar y declarar inconstitucional.

Pero a partir de 1999 la Corte Constitucional, ha ido estableciendo requisitos al ciudadano en el ejercicio de su "derecho político" de demandar las leyes u otras normas con fuerza de ley por ser contrarias al texto de la Constitución. (DAVID, 2010).

Manifiesta la Corte que el ciudadano que ejerce la acción pública de inconstitucionalidad debe aportar los siguientes elementos:

1. Identificar y señalar las normas que se consideran inconstitucionales.
2. El ciudadano debe señalar las normas constitucionales que se consideran infringidas
3. Para la Corte Constitucional de Colombia, quien actúe como accionante tendrá que presentar las razones por las cuales la norma demandada contradice la Constitución y exige además la Corte que las razones presentadas por el actor sean claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes. (DAVID, 2010).

Como punto de vista jurídico el análisis histórico de la acción de incumplimiento, como sabemos la Corte Suprema de Justicia, quien tuvo su tutela y poder hasta 1991, después de aquel año la Corte Constitucional de Colombia, es el nuevo órgano e implementa a su cuerpo y órgano supremo de justicia la acción pública de inconstitucionalidad dando así potestad, tutela judicial efectiva, seguridad jurídica y debido proceso a toda persona en este caso colombiana de interponer esta acción lo cual es análogo con la constitución del 2008 del Ecuador.

CAPITULO III

3. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y ANÁLISIS DE LA SENTENCIA N.º. 36-19-IN/21 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Bien como es de conocimiento, quien realiza el control constitucional en nuestro país es la Corte Constitucional.

Al respecto Juan Carlos Huilca Cobos, refiere que:

“La interpretación constitucional es el entendimiento que se hace de cada una de las disposiciones de la Constitución, lo cual va más allá de simple desentrañar gramatical de la norma y comprende la determinación no solo del alcance de la terminología empleada por el legislador constituyente, sino también llegar a ciencia cierta a dilucidar su alcance y sentido específico en un caso concreto, es necesario señalar que no se interpretan las normas, lo que se interpreta es un texto, un enunciado. López Medina señala: la interpretación se trata de encontrar, descubrir, extraer, crear o, de manera general atribuir un cierto significado a las palabras y oraciones.” (Cobos H. J., 2013). (Pág,29).

En síntesis, podemos apreciar que la interpretación constitucional es una operación algo compleja que debemos comprender cada frase, cada texto, cada palabra, cada oración, proposición jurídica, de la mejor manera siguiendo pautas como los métodos interpretativos y poder llegar así a un caso concreto ya que no solo es verle de una forma gramatical, sino que la interpretación va más allá revisar y analizar el contenido del contexto constitucional.

La interpretación constitucional parte de las palabras de los enunciados legales, pero sin quedarse en ellos, capta y concreta al alcance del valor del enunciado constitucional. Podemos afirmar entonces que la interpretación es una operación de alta minuciosidad, e intelectual que mira y observa más allá de la palabra escrita o plasmada que analiza el valor de cada frase o palabra para llegar a un alcance constitucional y una reflexión jurídica y no solo que queda estancada en la norma examinada sino busca el contexto lo analiza, y le da un valor significativo.

Siguiendo el desarrollo de la línea de interpretación constitucional vemos que la Corte Constitucional es la que toma potestad de administrar justicia constitucional nacional es un órgano de máxima interpretación y control, tal como lo menciona en el artículo 424 que señala:” la Constitución es la normal suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico.

El hecho de que la norma suprema prevalezca sobre cualquier otro ordenamiento es precisamente para ejercer la justicia esta norma tiene el control y el poder supremo se juega derechos y garantías constitucionales lo cual es inherente al ser humano por ser persona ay que es sujeto de derechos.

Art. 426. De la constitución de la República del Ecuador manifiesta:

“Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos”. (CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, 2008) (Pág.127).

Parte del principio de supremacía constitucional e impone la jerarquía normativa y el principio de aplicabilidad directa de la constitución, podemos comprender que la constitución es de aplicación directa, inmediata sin trabas y eficaz para garantizar los derechos fundamentales consagrados en la misma, de igual forma cabe recalcar que de ninguna manera existe una justificación por falta de conocimiento para vulnerar derechos y garantías constitucionales ya que es el mismo poder constituyente quien lo crea y lo define.

3.1 Métodos y reglas de interpretación constitucional

Para comenzar hare referencia al artículo 3 de la LOGJYCC.

“Art. 3.- Métodos y reglas de interpretación constitucional. - Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente”. (LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y, 2009).(Pág,3).

Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos:

“1. Reglas de solución de antinomias. - Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior”. (LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y, 2009).(Pág,3).

“2. Principio de proporcionalidad. - Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional”. (LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y, 2009).(Pág,3).

“3. Ponderación. - Se deberá establecer una relación de preferencia entre los principios y normas, condicionada a las circunstancias del caso concreto, para determinar la decisión adecuada. Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”. (LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y, 2009).(Pág,3).

“4. Interpretación evolutiva o dinámica. - Las normas se entenderán a partir de las cambiantes situaciones que ellas regulan, con el objeto de no hacerlas inoperantes o ineficientes o de tornarlas contrarias a otras reglas o principios constitucionales”. (LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y, 2009).(Pág,3).

“5. Interpretación sistemática. - Las normas jurídicas deberán ser interpretadas a partir del contexto general del texto normativo, para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía”. (LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y, 2009). (Pág,3).

“6. Interpretación teleológica. - Las normas jurídicas se entenderán a partir de los fines que persigue el texto normativo”. (LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y, 2009).(Pág,3).

“7. Otros métodos de interpretación. - La interpretación de las normas jurídicas, cuando fuere necesario, se realizará atendiendo los principios generales del derecho y la equidad, así como los principios de unidad, concordancia práctica, eficacia integradora, fuerza normativa y adaptación”. (LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y, 2009).(Pág,3).

Siguiendo la línea de los métodos interpretativos, en síntesis, podemos manifestar que, sin métodos, sin principios no hay forma de una interpretación correcta o que conlleva a una hermenéutica para realizar una administración justa constitucional.

3.2. Principios constitucionales

Los Principios constitucionales, es fundamental para el ejercicio del derecho constitucional ya que el juez conoce sobre el mismo y va más allá de lo solicitado sin la necesidad de una petición extra o similar sino el juez constitucional es integral analiza de manera minuciosa cada acto cada hecho cada derecho y observa que falta o que esta demás que esta inconstitucional es lo más extraordinario y completo, ya que conoce sobre derecho, lo cual solo este mismo órgano es el encargado de aplicar aquel

principio de forma minuciosa integral el hecho de analizar el fondo y observar todo ver más allá.

“Principio de la aplicación directa e inmediata, el cual hace referencia al principio por el cual, el juez o el tribunal por sí y ante sí, aplicara los derechos y garantías reconocidos en la constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos sin que requiera trámite alguno o de consultar a otro órgano de poder público o que difiera su aplicación para otro momento procesal. Se debe aplicar las normas constitucionales y de instrumentos internacionales de forma directa e inmediata lo cual es la facultad del juez como garante independiente y autónomo”. (Cobos J. C., 2013) (Pág.57).

“Principio de incondicionalidad se refiere a que el juez no puede exigir condiciones o requisitos que no estén establecidos en la constitución”. (Cobos J. C., 2013) (Pág.57).

“Principio de operatividad establece que el juez o tribunal deberá interpretar la norma jurídica que contengan derechos o garantías para aplicar en la forma que más favorezca a su efectiva vigencia”. (Cobos J. C., 2013) (Pág.57).

Todos los principios y los derechos son irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía, se establece el principio de inalterabilidad, en el que las violaciones de los derechos y garantías reconocidos en la constitución de la república y en los instrumentos internacionales, no admiten ninguna causa de convalidación, ni subsanan, ni sanean, por el paso del tiempo, por lo cual las acciones de violaciones de derechos y garantías son imprescriptibles.

Siguiendo en el desarrollo de los principios constitucionales podemos afirmar que el deber primordial del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos de la

constitución, la constitución es el órgano supremo y está en el bloque constitucional, lo cual estamos insertos en la pirámide de Kelsen, lo cual es el monopolio del Estado y de las garantías todo tiene función y deber cada principio cada derecho y la Corte constitucional como máximo órgano de interpretación todo se junta para la interpretación de la constitución aplicando derecho y haciendo una justicia conforme al bloque de constitucionalidad para el bien común y para cada persona en particular. El hecho de que los derechos y garantías vulneradas no prescriben es inigualable y digno de que se aplica derecho y justicia, el principio de inalterabilidad junto con el iura novit curiae son lo más me llama la atención y comparto positivamente.

En virtud de lo antes mencionado la Constitución hay que obedecerla aplicarla y tomar en cuenta los principios que son para garantizar derechos y resolver problemas jurídicos en general aplicando la Constitución directa que este conforme y en armonía con las demás leyes. Es así que, todos aquellos principios constitucionales son es una importancia de aplicación para la justicia constitucional y una interpretación constitucional basada en los principios antes mencionados son derechos justiciables, como sabemos la Constitución del 2008 es garantista de derechos y todas las leyes que se complementan a la Constitución deberán ser objeto de respeto veneración que la misma guarda.

En síntesis, afirmamos que conlleva una aclaración de la clasificación de los derechos y garantías para que todo el pueblo conozca de cada uno su esencia y lo comprenda ampliamente y claramente su derecho. Cabe recalcar que existe un fuerte mecanismo y argumentos que es la jurisprudencia como fuente primaria del derecho lo cual es menester mencionar que gracias a la jurisprudencia vinculante y sus efectos podemos aclarar, resolver, analizar, de manera más amplia para la realización de justicia.

3.3 INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.

3.3.1 La Corte como interprete máximo de la Constitución.

La norma constitucional es una fuerza normativa y vinculante a las demás leyes y es el principio de supremacía constitucional es su jerarquía lo cual la Constitución está por encima de cualquier ordenamiento jurídico, la interpretación hace referencia al significado de cada palabra de la ley. Podemos afirmar manifestando que el juez siempre debe aplicar la norma superior y que debe guardar armonía con la misma. Finalmente hacemos hincapié en que la Corte Constitucional es un organismo que atraviesa todas las áreas políticas, jurídicas, sociales, culturales y constitucionales ya que es un órgano de máxima interpretación y control.

Agustín Grijalva se cuestiona: ¿Cuántos interpretes tiene la Constitución?

“La Corte no es el único interprete de la Constitución porque la propia Constitución lo establece, y por una elemental necesidad lógica y política. Cuando los artículos 429 y 436 de la Constitución del 2008 califican a la corte como el máximo intérprete de la constitución, no puede sino entenderse que es el máximo en relación a otros intérpretes”.

(AGUSTIN GRIJALVA, 2009).

Cabe recalcar que se amplía el conocimiento de cómo debemos entender que máxima significa que hay de tras de ella más órganos de interpretación como lo señalábamos anteriormente existen servidores públicos, administrativos o judiciales que deben aplicar la norma de interpretación que más favorezca su efectiva vigencia según el

principio de efectividad. Por lo que podemos apreciar entonces es que la Corte Constitucional es el órgano máximo de interpretación, pero no el único.

Por lo tanto, la Corte Constitucional crea jurisprudencia vinculante con efectos y resuelve de manera concreta y estudia su esencia de cada derecho, para resolver constitucionalmente y expide jurisprudencia de forma obligatoria para así poder resolver en casos análogos y que tenga efecto erga omnes que opera en todo el país.

Agustín Grijalva señala:

“Las relaciones entre justicia ordinaria y Corte Constitucional han sido transformadas por la Constitución del 2008. El cambio se origina en la nueva atribución de la Corte Constitucional para dictar jurisprudencia obligatoria sobre garantías jurisdiccionales”. (AGUSTIN GRIJALVA, 2009).(Pág.221).

La Constitución del 2008 señala sobre la interpretación y hace referencia a la Corte Constitucional como un ente que genera jurisprudencia obligatoria. El artículo 436, numeral 6 de la Constitución facultada expresamente a la Corte Constitucional para expedir jurisprudencia vinculante respecto a los procesos de garantías jurisdiccionales y otros procesos constitucionales como son los fallos de triple reiteración de la corte suprema, para desarrollar esta jurisprudencia, el artículo 86 numeral 5 dispone que todas las sentencias ejecutoriadas sobre garantías sean remitidas a la corte constitucional. (AGUSTIN GRIJALVA, 2009).(Pág.227).

En razón del desarrollo de la jurisprudencia trascendental que es superior y vinculante se combina fallos contradictorios, y casos complejos para el ejercicio del avance en la sociedad ecuatoriana y así resolver de manera constitucional lo cual comparto

positivamente esta relación de unificar los fallos y una comunicación entre la Corte Constitucional y la justicia ordinaria para si llegar a un fin común y de derechos y justicia.

Es importante señalar que no solo la justicia ordinaria es netamente legalista y cerrada sino se abre a la puerta de garantizar la Constitución, como ya referíamos anteriormente la justicia ordinaria y constitucional tienen que estar relacionadas en armonía a la los preceptos y normas constitucionales, por lo que cuando un juez ordinario tiene duda de una norma positivizada en la norma suprema y es contraria a la misma no debe de aplicar y suspender y elevar a consulta a la corte constitucional, de esta manera se cumple el control concentrado que mantiene viva a la Corte Constitucional.

Esta facultad que dispone el juez ordinario indica y reconoce que la constitución es de aplicación directa y de respeto lo cual, se encuentra encima de toda ley, como menciona Ferrajoli es importante aplicar leyes vigentes y constitucionales, para que tome sentido el derecho, además de que crea sentencia vinculante es una forma de interprete constitucional que nos aclara y nos ayuda a resolver cada caso.

3.3.2 La interpretación de la Constitución.

“Sin interpretación no hay derecho, mejor dicho, no hay derecho que no exija ser interpretado, la interpretación es la sombra que acompaña al cuerpo. De la misma manera que ningún cuerpo puede liberarse de su sombra, el derecho tampoco puede liberarse de su interpretación, en el derecho constitucional, nos encontramos con la doble singularidad de que la interpretación brilla por su ausencia, desde los orígenes del derecho constitucional a comienzos del siglo XIX hasta los años 50 del siglo XX, y que a partir de ese momento afirma su presencia como teoría de la interpretación de la

constitución distinta de la interpretación jurídica en general”. (royo, 2010). (Pág. 235-246).

Por lo tanto, cabe mencionar que sin la interpretación no existe derecho podemos decir que es la sombra de la Constitución algo tan fundamental para cada decisión tomada por el jurista, algo que se estudia minuciosamente y detalladamente cada palabra, oración, frase, e ampliar, pero no cambiar sino solo aclarar el significado ir más allá, pero del mismo contexto.

Hacemos referencia en que el jurista cuando interviene sea cual sea el terreno o panorama, tiene que interpretar, detrás de cada actuación del juez hay siempre una interpretación de normas, por lo tanto, está por el buen camino para aplicar la constitución y hacer efectivo el derecho. estamos continuamente ante una esencia en el mundo del derecho que es la interpretación constitucional.

Siguiendo la línea del autor manifiesta que sin interpretación no hay derecho, ósea en definitiva no hay derecho que no exija ser interpretado. La interpretación es la sombra que acompaña al cuerpo. De la misma manera que ningún cuerpo puede liberarse de su sombra como ejemplo, el derecho tampoco puede liberarse de la interpretación

Hace referencia que la interpretación está ligada y es parte íntima de toda norma y derecho ya que es una sombra que le acompaña todo el tiempo para no tropezar y estar con ella en todo momento en cada caminar, así es la interpretación constitucional la sombra del derecho que le guía en el camino.

La realidad social y jurídica que se presta el país es a dos intérpretes de la constitución, el legislador que opera como interprete normal de las leyes en general, y la tribuna

constitucional que posee la facultad afirmativa de interpretar, analizar, estudiar la constitución construida por el legislador.

La finalidad de la diferencia entre interpretación de ley y de la constitución es para tener en cuenta como se aplica el derecho en cada fase o instancia y tener en claro que nunca pueden ser interpretadas de la misma manera, por el grado de supremacía y superioridad que existe, cuando el tribunal constitucional resuelve un caso y lo adecua conforme a la constitución. Ya que el poder es inherente al ser humano por naturaleza existe poder supremo, un poder de control, en este caso es el tribunal constitucional quien toma el control constitucional.

La diferencia posee estrictamente que las dos interpretaciones de la ley y constitucional tiene finalidades objetivos distintos, la operación es diferente en el sentido que la interpretación constitucional por el jurista es minuciosa y va más allá de lo que le ordena la parte, es IURA NOVIT CURIAE, lo cual conlleva solo en aquel principio una gran diferencia.

Al respecto, Paul Córdova Vinuesa, señala que:

“Los objetos de la interpretación no pueden concretarse mediante juicios objetivos de moralidad porque esa pretensión no es posible ni viable. Las operaciones de los interpretes no pueden ser únicamente morales porque necesitaría el derecho de dimensiones únicas, estables, previsibles que permiten encontrar la racionalidad y la razonabilidad para la definición de la última palabra del interprete en los derechos en conflicto”. (Paúl, 2016). (Pág,13).

“El desempeño de quienes interpretan la norma constitucional encuentra reparos para desarrollar y demostrar sus contenidos morales, justamente porque sus actuaciones también estarían sujetas a juicios de valor. La interpretación supone un ejercicio valorativo que puede ser construido (o no) de manera independiente a las condiciones en que decidieron los juzgadores según las causas analizadas, pero, también es posible que las razones que subyacen sus actuaciones puedan ser verdaderas o falsas, y cuyos elementos completos de realidad son ajenos a las valoraciones externas que se puedan realizar”. (Paúl, 2016). (Pág. 26).

3.4 LA DIFICULTAD TAREA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

3.4.1 La Constitución como “texto vivo”: la interpretación “dinámica” de la Constitución.

Al respecto, Roberto Gargarella, requiere que:

“El sentido de la Constitución, nos dicen, no se renueva a cada momento, sino que ya está históricamente fijado. Para interpretar la Constitución no debe mirarse hacia adelante, es decir hacia el futuro, sino hacia el pasado, hacia lo que ya está escrito. La Constitución como un texto vivo deja al conjunto de la ciudadanía a la merced de la voluntad discrecional de algunos. Una forma más interesante de plantear este argumento consiste en decir que el originalísimo es la única alternativa interpretativa respetuosa de la voluntad democrática de la ciudadanía. El argumento es sencillo y poderoso a la vez, por la razón de que la ciudadanía ha dado forma y firma a una constitución, y que se ha comprometido entonces a respetar dicho texto mientras esté vigente. Conjuntamente la propia ciudadanía, conserva en sus manos las llaves del cambio: ella puede modificar la Constitución cuantas veces quiera, mientras no lo haga, los intérpretes de la misma que

son los jueces tienen que someterse a dicho texto, y atarse al significado que le atribuyeron sus creadores y cuando estos últimos se decidan a modificar la Constitución, sus intérpretes es decir los jueces deberán obligatoriamente, tomar nota de estas nuevas pautas y asegurar el respeto de la misma.” ((ROBERTO, 2011)) (Pág.8-9).

Siguiendo el desarrollo del tema nos indica que la Constitución que es creada por el poder constituyente viene desde atrás, desde el pueblo la soberanía y que para interpretarla para que sea efectiva se tiene que mirar atrás para ver lo que ya está escrito y plasmado por la razón de que ya existe métodos y que se puede resolver, a futuro no se mira con claridad y a futuro nada es cierto, para interpretar se tiene sobrentendido que el pasado lo que está ya abierto, descubierto tiene valor inmenso, hasta para futuro y lo venidero, crear jurisprudencia, crear derecho o mantenerlo firmemente en bases sustentadas por lo que ya está escrito y tomar desde el principio los antecedentes para su fundamento y su eficacia, eficiencia jurídica, y así no desnaturaliza ni abusar del poder, y el hecho de interpretar constitucionalmente es limitar el poder, por la razón de que la desigualdad desde el principio de la historia ha estado perpetuando permanentemente al igual que el poder, con la constitución y se autodirige la sociedad y la política, lo cual la sombra de aquello es la interpretación de cada derecho, palabra, oración el tomar la esencia de cada significado es lo más esencial en este tema.

Como sabemos la constitución es la ley de leyes lo cual los ciudadanos el pueblo soberano por ser “originalistas” de la constitución entiende claro este tema y exigen respeto a la misma es necesario para un orden en el sistema jurídico.

Al respecto, Roberto Gargarella, requiere que:

“Bien, por otro lado, la otra cara de la moneda del mismo “originalísimo” menciona y expide que, en definitiva, el originalísimo no nos asegura una de las promesas más importantes que nos ofrecía, y que era la de la certeza interpretativa. Como dijera Mark Tushnet, el originalísimo recurre, por un lado, al método hermenéutico para examinar la historia evitando arbitrariedades, pero, por otro lado, deja de lado tal método a fin de seleccionar las opciones constitucionales que va a tomar en cuenta. En dicha tarea no solo se ve obligado a reconstruir el pasado, sino hacerlo creativamente. En última instancia, el originalísimo exige a los jueces la permanente elección entre múltiples posibilidades por ejemplo que opciones tomar en cuenta, que materiales considerar relevantes, finalmente la interpretación siempre terminará infiltrándose en todo momento en cada acción u omisión en cada caso general o concreto”. (ROBERTO, 2011)(Pág.12).

Podemos afirmar que, si es necesario mirar atrás, hacia el pasado para poder comprender y entender a fondo el presente de la constitución sus efectos, su esencia, es necesario mirar atrás para recordar nuestra historia, nuestra lucha y de que estamos hechos y formados, para no olvidarnos todo lo que hemos logrado y avanzado como soberanía como sociedad, desarrollando derecho y justicia cada vez más efectivas de obligatorio cumplimiento. Es necesario entender la historia y el pasado para seguir escribiendo con sentido y veracidad para seguir mejorando alineando y manteniendo la esencia de lo bueno para construir jurídicamente reglas, que sabemos que vienen de una constitución y atrás de ella esta una gran tarea de interpretación de mayor grado y órgano principal como el tribunal constitucional. El hecho de revisar y analizar para bien es revisar que esta escrito como lo define y porque, cambiar para futuro como

sea más conveniente, e idóneo las reglas del juego y del monopolio del país, tomando en cuenta de no herir ni dejar al vacío, la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva.

Continuando con el autor menciona la labor del interprete, según Dworkin, consiste en encontrar respuestas para las preguntas que formula la constitución, determinar cuál es la mejor concepción de los distintos conceptos fundamentales que la constitución fija en su texto (libertad de expresión, justicia, igualdad). Para ello, los jueces no tienen las manos libres. La concepción que elaboren debe, por un lado, ser fiel al texto escrito de la Constitución, tanto como a las tradiciones y la practica constitucional de la comunidad, este sería el primer paso de la tarea del interprete, deben mostrar de qué modo la concepción que proponen encaja con la experiencia constitucional de la comunidad. Por lo tanto, la propuesta que hace Dworkin implica un doble rechazo que incluye tanto un rechazo al originalísimo como otro a la posición contraria, orientada a mantener viva a la constitución, Dworkin sostiene que el juez lo que debe hacer es construir la mejor concepción moral que encaje con la historia constitución de la comunidad. (ROBERTO, 2011)(Pág.14).

Afirmamos, entonces que el Dworkin sostiene que actualizar la Constitución a su criterio a su moral, es la mejor manera conforme a lo que el juez cree ser menester y necesario, considera ser más adecuado a su criterio, lo cual discrepo un parte, por la razón de que la mora del juez en general es subjetivo, funciona a mi parecer y comparto el originalísimo, pero para seguir mejorando para el bien común y entender la historia jurídicamente, los avances y victorias, la costumbre y su efecto tan poderoso como fuente del derecho si para toda la nación es tradición y costumbre un determinado hecho o acto, lo respeto y está bien, como la justicia indígena.

Sin embargo, concuerdo de que se implemente una nueva luz de norma para la sociedad en función de derechos fundamentales y no saliendo del contexto de la constitución. Por ejemplo, el respeto por la naturaleza como sujetos de derechos, así como los animales. Desarrollar una mejor luz en el derecho siendo tomada para que la sociedad se acople y lo tenga como su derecho y a respetar, siempre respetando la constitución y reconocer todo el origen de la constitución para de ahí tomar el hilo conductos y poder llegar a un fin.

3.4.2 Cuando se interpreta.

Al respecto, Roberto Gargarella, requiere que:

“Ubicare dos situaciones: 1). La interpretación se la realiza en función de un caso en concreto. 2). La interpretación opera únicamente en caso de duda. Respecto a lo primero, es claro que la interpretación de normas constitucionales se efectúa en función de un proceso constitucional que es un caso en concreto, que ha sido llevado a conocimiento de la corte constitucional como órgano jurisdiccional; es decir, la interpretación opera a petición de parte y excepcionalmente de manera automática en casos específicos como Por ejemplo, cuando la corte constitucional realiza control de constitucionalidad previo y vinculante de los tratados internacionales que el presidente de la republica suscriba. Respecto a lo segundos la constitución del 2008 en el artículo 427 establece que las normas constitucionales se interpretaran por el tenor literal y que en caso de duda interpretaran tomando en consideración el principio pro homine y la voluntad del constituyente”. (ROBERTO, 2011)(Pág.4).

Cuando hablamos de principio pro homine implica que la interpretación se debe realizar para beneficio del ser humano y como mencione anteriormente es para el beneficio de la

sociedad y el bien común, para proteger derechos hay que revisar la norma y interpretar todo de manera integral y ampliamente, debo mencionar lo que dice textualmente el artículo 29 y 30 de la declaración universal de derechos humanos:

Podemos concluir que las personas disfrutaban de su libertad jurídica, pero con limitación con la finalidad de asegurar el respeto y reconocimiento de los derechos de las demás personas. En forma general sin discriminación alguna para la democracia como constitución y el debido proceso.

4. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL N.º. 36-19-IN/21

Esquema de análisis de sentencias y dictámenes

3.5.1 Datos generales del caso:

1.1 No. de caso: 36-19-IN. Sentencia N.º 36-19-IN/21

1.2 Fecha de la sentencia: 22 de septiembre de 2021

1.3 Tipo de proceso: Acción Pública de inconstitucionalidad

1.4 Juzgador: Jueza constitucional, Karla Andrade Quevedo

1.5 accionantes: Alejandra Elizabeth Bailón Zúñiga y Wilson Alfredo Cacpata Calle

1.6 Demandado: Asamblea Nacional del Ecuador y la Presidencia de la República (órganos emisores de la disposición demandada).

1.7 Palabras clave: Periodo de lactancia, distinción injustificada, igualdad y no discriminación, Código de Trabajo, LOSEP.

3.5.2 Sumario

- El 2 de agosto de 2019, la señora Alejandra Elizabeth Bailón Zúñiga y Wilson Alfredo Cacpata Calle (en adelante, los accionantes) presentaron una acción pública de inconstitucionalidad, por el fondo, respecto del artículo 155 inciso tercero del Código del Trabajo, referente a la guardería infantil y lactancia¹.
- El artículo mencionado, vulneraría el principio de igualdad (CRE art. 11 numeral)² y el derecho a la igualdad y no discriminación (CRE art. 66 numeral 4), puesto que si bien el periodo de lactancia tanto como el sector privado como público es de 12 meses, este se lo contabiliza en el sector privado desde la fecha en que el niño o niña nacieron y en el sector público desde que culmina la licencia por maternidad de la madre trabajadora (cuando el niño tiene 3 meses de

¹ Código de Trabajo, artículo 155.- Guardería infantil y lactancia [...] 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. (énfasis añadido).

² Constitución de la República del Ecuador, artículo 11 numeral 2.- Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural [entre otros] 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.

Artículo 66 numeral 4.- Se reconoce y garantizará a las personas: (...) 4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.

edad)³. Generando un trato diferenciado para contabilizar el tiempo de periodo de lactancia entre las servidoras del sector público y privado sin una justificación objetiva ni razonable, existiendo un trato privilegiado para los niños y niñas que han sido procreados por servidoras públicas sujetas a la Ley Orgánica de Servicio Público (en adelante, LOSEP).

- El 26 de septiembre de 2019, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional (en adelante, la Corte) admitió a trámite la demanda y dispuso correr traslado a la Asamblea Nacional del Ecuador y a la Presidencia de la República (como órganos emisores de la disposición demandada). De igual forma, dispuso correr traslado a la Procuraduría General del Estado y se solicitó que se ponga en conocimiento del público la existencia del proceso.

- La Presidencia de la República, manifestó que el derecho a la licencia de maternidad se encuentra garantizada tanto en el Código de Trabajo como en la LOSEP, que es erróneo pensar que la determinación del periodo de lactancia se rige estricta y únicamente al tiempo que estipulan las normas y que por lo tanto la norma impugnada no es contraria a la Constitución.

³ Ley Orgánica de Servicio Público (LOSEP), artículo 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 (...).

Artículo 33.- (...) Las servidoras publicas 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.*** (énfasis añadido).

- La Asamblea Nacional del Ecuador, por su parte señaló que la disposición normativa impugnada respeta la igualdad de acceso al derecho a la lactancia indistintamente de si la madre es servidora pública o privada, sin embargo, la realidad en la que desarrollan sus actividades difiere una de la otra, ya que las servidoras públicas no reciben los mismos beneficios que una empleada en el sector privado, por lo tanto, esta [diferenciación] no constituye discriminación.
- La Procuraduría General del Estado, determinó que, de acuerdo al análisis del contenido de la demanda, se evidencia que, en efecto, podría haber términos, definiciones conceptuales y factores de temporalidad en cuanto al periodo de lactancia que ameritan ser revisados por el Pleno de la Corte, a efectos de armonizarlos de mejor manera con el texto constitucional.
- La Corte no convocó a audiencia pública y resolvió en razón de la demanda y los informes que constan en el proceso constitucional.

3.5.2 El problema jurídico

La Corte, para ejercer el control de constitucionalidad en abstracto por el fondo del artículo 155 inciso tercero del Código de Trabajo, planteó el siguiente problema jurídico:

¿El inciso tercero del artículo 155 del Código de Trabajo es contrario al derecho a la igualdad y no discriminación, previsto en los artículos 66 numeral 4 y 11 numeral 2 de la Constitución?

3.5.3 Normas jurídicas analizadas por la CC.

- Constitución de la República de la Constitución (2008), artículo 11 numeral 2 y artículo 66 numeral 4, respecto al derecho de igualdad y no discriminación.
- Código de Trabajo (2005), artículo 155 inciso tercero, respecto al periodo de trabajo para empleadas privadas y desde cuando se contabiliza el periodo.

- LOSEP (2010), artículo 27 y 33, respecto al periodo de lactancia para las servidoras públicas y desde cuando se contabiliza el periodo.

3.5.4 Argumentos de la decisión

En primer lugar, la Corte explica que el derecho y principio a la igualdad y no discriminación obliga al Estado y todos sus órganos a erradicar de toda norma, actuación o práctica que genere, mantenga, favorezca o perpetúe desigualdad y discriminación.

Determina que la discriminación se materializa en aquellos casos que existe un trato desfavorable en perjuicio de una persona frente a otra, en circunstancias comparables. Sin embargo, no todo trato diferenciado es inconstitucional, de hecho el legislador puede establecer diferencias entre sujetos, siempre que la medida esté debidamente justificada y sea razonable.

En segundo lugar, la Corte evidencia que las normas (el artículo 155 del Código de Trabajo y el artículo 33 de la LOSEP) respecto al periodo de lactancia implicaría consecuencias jurídicas distintas (en la LOSEP se contabiliza desde que se concluye la licencia de maternidad) para dos personas (trabajadoras privadas y servidoras públicas) que se encuentran en una situación análoga (en periodo de lactancia). Por lo tanto, debe analizar si el trato diferenciado es justificado y razonable, es decir que exista un criterio objetivo para realizar la distinción.

El fin justificado implica que la medida adoptada tenga como horizonte el cumplimiento de un objetivo o meta prevista en la constitución o que busque proteger derechos constitucionales. La Corte en este caso en concreto, no encontró una razón objetiva ni una justificación constitucional para establecer una diferenciación en el periodo de duración entre mujeres en periodo de lactancia trabajadoras sujetas al Código de Trabajo y servidoras públicas sujetas a la LOSEP. En ese sentido, el trato diferenciado es discriminatorio y menoscaba el derecho a la lactancia de las mujeres trabajadoras bajo el Código de Trabajo y del recién nacido.

Por lo tanto, la Corte determinó que la frase “posteriores al parto” del artículo 155 inciso tercero del Código de Trabajo, es contraria al derecho a la igualdad y no discriminación de las mujeres bajo el régimen del código mencionado, declarando su inconstitucionalidad sustitutiva y determinando que deberá decir “a partir de que haya concluido su licencia por maternidad”.

3.5.5 Valoración crítica del análisis jurídico realizado por la CC.

El caso es importante, puesto que ratifica el criterio desarrollado en la sentencia 3-19-JP/20⁴ en donde estableció que la lactancia materna debe ser entendida no sólo como el dar de lactar, sino como el periodo de tiempo en el que se alimenta de distintos modos a un niño o niña recién nacido, y que constituye en la piedra angular para la supervivencia y salud de los niños y podría brindarles un mejor comienzo en su vida. Aclarando que la norma respecto al periodo de lactancia no debe ser entendido en favor de la madre, sino de los niños recién nacidos, ya que es fundamental para el ejercicio de sus derechos.

Sin duda alguna, tiene un impacto positivo para las mujeres dentro del ámbito del Código de Trabajo y sus hijos, quienes son los principales beneficiados del periodo de lactancia y de que este sea contabilizado a partir de que concluya la licencia por maternidad. Permitiéndoles disfrutar en igualdad de condiciones la lactancia materna como los hijos de las servidoras públicas.

El manejo de las fuentes por parte de la Corte es pertinente, puesto que, al tratarse de una acción pública de inconstitucionalidad, debe analizar una norma infra-constitucional a la luz de la Constitución, en este caso, fue el artículo 155 inciso tercero del Código de Trabajo a la luz del principio y derecho a la igualdad y no discriminación del artículo 11 numeral 2 y 66 numeral 4 de la Constitución de Ecuador.

En ese sentido, la Corte para determinar si el artículo mencionado es contrario al texto constitucional respecto a la igualdad y no discriminación, realizó lo que se conoce como

⁴ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia número 3-19-JP/20 de 20 de agosto de 2020.

el test de igualdad (método de interpretación) para identificar si el trato diferenciado es justificable y razonable. Por lo que al no encontrar una razón objetiva ni una justificación constitucional para establecer una diferenciación, determinó que el trato diferenciado es discriminatorio. Existiendo una coherencia argumentativa al resolver el problema jurídico planteado, en el contexto de la acción de inconstitucionalidad.

Por último, la decisión de la Corte es acertada, puesto que ratificó la importancia del periodo de lactancia y corrigió la norma que contabilizaba el inicio de este periodo. Erradicando una norma que generaba y favorecía una desigualdad y discriminación a las mujeres trabajadoras del Código de Trabajo y sus hijos.

3.5.6 Efectos de la sentencia

La sentencia número 36-19-IN/21 al tratarse de una acción pública de inconstitucionalidad en donde se realiza un control abstracto de constitucionalidad, tiene efectos en general (*erga omnes*) y para el futuro (*ex nunc*), de acuerdo con el artículo 95 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante, LOGJCC). Por lo tanto, el artículo 155 inciso 3 que fue modulado en la frase “ a partir de que haya concluido su licencia por maternidad” es el válido y vigente para aplicarlo a los casos a partir del 22 de septiembre de 2021 en que fue aprobada y publicada la sentencia constitucional.

Sin embargo, existe la duda de qué pasa con los permisos que se concedieron antes de la emisión de la sentencia ¿desde cuándo se contabiliza para estos casos? ¿se aplica la sentencia con efectos retroactivos? A pesar de que la sentencia no determina los efectos para estos casos⁵, en principio se entendería que sólo aplica a futuro y no con efectos

⁵ De hecho, existe un pedido de consulta de la sentencia 36-19-IN/21 por la señora Annet Nicol Reuter Proano, puesto que ella se encuentra en periodo de lactancia desde el 10 de marzo de 2021 (en donde nació su hija) y al conocer de la sentencia de *fecha 22 de septiembre de 2021*, solicitó al representante legal de la empresa en donde labora para que se extienda su periodo de lactancia, en razón de que debería ser contabilizado desde el 1 de junio de 2021 en donde terminó su periodo de maternidad y no desde el

retroactivos (ex tunc), puesto que si la sentencia tiene este efecto retroactivo debe ser enunciado explícitamente en la misma sentencia, de acuerdo con la excepcionalidad del artículo 95 de la LOGJCC⁶.

No obstante, se considera que en virtud del principio *in dubio pro operario* (aplicación e interpretación más favorable al trabajador) y de la prohibición de aplicar las normas declaradas como inconstitucionales⁷, se debería aplicar el artículo 155 inciso tercero del Código de Trabajo como norma vigente y extender el tiempo de lactancia de las

nacimiento de su hija, de acuerdo con la sentencia constitucional. Pedido que fue negado, y por lo cual realiza la consulta a la Corte.

http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBldGE6J2VzY3JpdG8nLCB1dWlkOic3MWM1OTYwZC1lNzdjLTQ3OTEtOWM2Yi03MTRmZjhhOWYzMGUucGRmJ30=

⁶ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), artículo 95.- Las sentencias que se dicten en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad surten efectos de cosa juzgada y producen efectos generales hacia el futuro. ***De manera excepcional se podrán diferir o retrotraer los efectos de las sentencias***, cuando sea indispensable para preservar la fuerza normativa y superioridad jerárquica de las normas constitucionales, ***la plena vigencia de los derechos constitucionales*** y cuando no afecte la seguridad jurídica y el interés general. (énfasis añadido).

7

trabajadoras que se encuentra en periodo de lactancia, ya que este debe ser contabilizado desde que terminó su licencia de maternidad, que aproximadamente será 3 meses más.

¹ Íbid, artículo 96.- las sentencias que se dicten sobre las acciones públicas de inconstitucionalidad surten efectos de cosa juzgada, en virtud de lo cual: 1.- Ninguna autoridad podrá aplicar el contenido de las disposición jurídica declarada como inconstitucional por razones de fondo (...)

CONCLUSIONES.

Para comenzar, el derecho a lactancia es un tema jurídico que existe en la realidad social del Ecuador y a manera mundial, durante el estudio se pudo observar de manera más específica que la mujer y su niño, deben considerarse grupo de atención prioritaria y que el derecho del niño siempre prima ante todo, los dos los primeros días y meses de vida no pueden estar mucho tiempo separados, sino unidos, lo que menciona los médicos y los estudios avanzados científicamente, se ha demostrado que la lactancia es lo más saludable para el niño y la madre, en todos los ámbitos, tanto por fines nutritivos compara la construcción de vínculo afectivo y porque la leche humana es insustituible para el desarrollo integral de la niñez, en el sistema jurídico ecuatoriano se reconoce el derecho a la lactancia y se han planteado algunas medidas de protección, especialmente en el área de laboral. Como es de conocimiento el Ecuador el Estado es quien garantiza aquel derecho de lactancia como fuente vital y primordial para el recién nacido como una mano protectora que abraza y cuida. Lo hace aplicando dicho derecho y reconociendo no solo en lo social, sino en lo laboral.

se afirma una relación inherente con la madre como mujer en general, quien es, por lo tanto, otra titular del mismo derecho a la lactancia ya que en este tema podemos enfatizar el derecho a la lactancia como salud pública y en sus varias dimensiones que

posee, ya que es un derecho del Estado de proteger y velar el derecho a la lactancia porque es un acto biológico de la mujer por su naturaleza. Por otra parte, tenemos el apoyo total de la constitución para ejercer este derecho y fomentar la lactancia día a día.

El presente trabajo ha desarrollado aspectos teóricos, conceptuales sobre la importancia del Derecho a la lactancia en el Ecuador, conforme a la sentencia constitucional 36/19/IN/ 21 juntamente, con la acción pública de inconstitucionalidad interpretación constitucional, lo cual se habla en el capítulo tres, centrando el análisis de estudio en la acción de inconstitucionalidad abstracta, la interpretación constitucional es un mecanismo lo que le permite al ciudadano apersonarse de forma directa al órgano encargado del control de constitucionalidad y solicitar la tutela del derecho y se garantiza la seguridad jurídica.

La constitución de 1998, el control de constitucionalidad era difuso, era potestad de los jueces de todo nivel, lo cual desaparece a partir del 2008, hoy por hoy si existe un caso en concreto de una posibilidad de inconstitucionalidad, el juez debe suspender la tramitación de la causa y elevarla en consulta a la Corte Constitucional la cual resolvería sobre la constitucionalidad de la norma. ya que ahora si el juez tiene alguna duda o tiene certeza absoluta que una norma es inconstitucional tiene el deber y la obligación de suspender todo acto y elevar a la corte para que la misma se encarga de analizar y resolver, porque se requiere de un estudio profundo de la corte constitucional como órgano de máxima interpretación constitucional siguiendo así el cumplimiento de la constitución en sus artículos 424 y 425.

En conclusión se puede determinar que la acción de inconstitucionalidad puede considerarse como un mecanismo de protección de tipo sui generis, ya que por su

característica procedimental, éste puede ser interpuesto tanto como una acción o como un recurso; y en razón a su objetivo y su resultado, la tutela del derecho reclamado, permite la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma cuestionada, garantizando de esta manera la depuración del ordenamiento jurídico y la supremacía constitucional y así poder ejercer la limitación del poder que de eso se trata el poder constituyente.

Sabemos que la legitimación activa a cualquier ciudadano es abierta en dicha acción para realizar el control de constitucionalidad de las normas, garantizando de esta manera la efectividad del ejercicio de los derechos, así como el control al ejercicio del poder político.

Ahora bien, en la parte más profunda y complejo que es la interpretación constitucional, el tribunal es decir la Corte Constitucional tomara en cuenta para la interpretación el pasado para entender el presente hasta donde ha llegado dicha interpretación y lo aplica con la voluntad del constituyente. En la interpretación constitucional es lo más importante porque ya depende de aquello para aplicar, aceptar o rechazar cualquier acción o recurso no necesariamente de Acción Pública de Inconstitucionalidad, sino en todo, se debe analizar de manera muy minuciosa cada, frase y el juez tiene que tener conocimiento de los antecedentes históricos ver hasta donde se avanzó o alcanzo todo derecho que se debe mejorar o que está mal, esto lo hace a través de un estudio y aplicación constitucional junto con los métodos interpretativos que van de la mano y así el juez no lo hace a su criterio como juez sino a través de las pautas que existe en la interpretación constitucional.

los principios constitucionales son capaces de regular cualquier materia posible, de modo que en el Derecho Constitucional no queda ningún espacio, ya que siempre habrá

una norma constitucional para cada ley ordinaria con la que se podrá confrontar para decidir sobre su conformidad con la constitución.

En mi opinión es menester recordar que los principios constitucionales son necesarios u fundamentales para la tutela judicial efectiva y aplicación de la norma y así tener un equilibrio entre principios y derechos constitucionales es decir que estén en armonía con las leyes.

Para finalizar Ramon Eduardo Burneo, nos indica que las garantías constitucionales son los mecanismos o instrumentos de la ley suprema, expresión de la voluntad popular, pone a disposición de los individuos que componen el Estado para que pueda defender sus derechos y libertades, reclamar cuando están amenazados y evitar que sean violados o restringidos, fuera de los casos de excepción que la ley determina; y les permite obtener la reparación e indemnización cuando hubieren sido definitivamente vulnerados.

Bibliografía

Mendieta Gonzales David, “La Acción Pública de Inconstitucionalidad, año (2010), Colombia. *LA ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD: A PROPÓSITO DE LOS 100 AÑOS DE SU VIGENCIA EN COLOMBIA* (scielo.org.co)

García Alarcón Ruth Elizabeth, “Lactancia: derecho garantizado en el sistema jurídico ecuatoriano. Una mirada desde el enfoque de género y la doctrina de protección integral de la niñez.” Año 2019, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 49 (131), pp. 327-360. Doi: <http://dx.doi.org/10.18566/rfdcp.v49n131.a05>

Ruiz Guzmán Alfredo, Aguirre Castro Juliana Pamela, Dayana Fernanda Ávila Benavidez, “DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE LA PRIMERA CORTE

CONSTITUCIONAL” AÑO 2015, Editorial centro de estudios del derecho constitucional (CEDEC), pág. 29-30.

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, “RESOLUCION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL 1-A, REGISTRO OFICIAL SUPLEMENTO 602 DE 1 DE JUNIO DE 2009”

Ávila Santamaria Ramiro, “derechos de las mujeres embarazadas y el periodo de lactancia”, año 2020, caso número: 3-19-JP.

Royo Pérez Javier, “Curso de derecho Constitucional “, año 2010, editorial MARCIAL PONS EDICIONES JURIDICAS Y SOCIALES, S.A. PAG. 98-99.

Entrevista médico cirujano general Miguel Rueda Puga, experiencia en niños recién nacidos y lactantes 45 años. Año 2021

Brahma Paulina y Valdés Verónica, “Revista Chilena de Pediatría sociedad Chilena de Pediatría “, año 2017, pág. 7-11. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rcp/v88n1/art01.pdf>

Huilca Juan, “Manual de Teoría y Práctica de la ACCION CONSTITUCIONAL DE PROTECCION, CAPITULO II: PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES. AÑO,2013, editorial el Quinde, 2010 pág.55-56.

Corte Constitucional, Acción de inconstitucionalidad. Sentencia No.0002-10-SIN-CC. Registro Oficial Suplemento No.188 de 07 de mayo de 2010, pag.10.

Corte Interamericana de derechos humanos. Opinión OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Par.69.

Silva Miluska, “El derecho a la lactancia”, año 2019, pag.4. [39899-36712-1-PB \(1\).pdf](#)

Alarcón, Ruth Elizabeth García,” Lactancia: derecho garantizado en el sistema jurídico ecuatoriano” AÑO 2019, pág. .332-333, 354. [0120-3886-rfdcp-49-131-327.pdf](#)
(scielo.org.co)

AEP, ASOCIACION ESPAÑOLA DE PEDIATRIA, “la lactancia materna, es reconocido por la ONU como un derecho humano que debe ser protegido” AÑO 2016.

OPS/OMS | Beneficios (paho.org) ; La lactancia materna es reconocida por la ONU como un derecho humano que debe ser protegido. Código de Comercialización de Sucedáneos de la leche materna | Asociación Española de Pediatría (aeped.es).

OMS/UNICEF, “DECLARACION DE INNOCENTI” AÑO 1990. Pag.1-3 [1-declaracion_innocenti_1990.pdf \(aeped.es\)](#).

Organización Panamericana de salud, “Lactancia materna y alimentación complementaria”. [Lactancia materna y alimentación complementaria - OPS/OMS | Organización Panamericana de la Salud \(paho.org\)](#).

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, AÑO 1996. [Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales | OHCHR](#).

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS, AÑO 1948. [La Declaración Universal de Derechos Humanos | Naciones Unidas](#).

CONVENCION SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER, AÑO 1979. [Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer | OHCHR](#).

CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (PACTO SAN JOSE), AÑO 1969. [Convención Americana sobre Derechos Humanos \(Pacto de San José\) \(oas.org\)](#).

LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, AÑO 1989. [Texto de la Convención sobre los Derechos del Niño | UNICEF](#).

CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, AÑO 2008, Pág. 19, 23. [Constitucion-de-la-Republica-del-Ecuador.pdf \(ambiente.gob.ec\)](#).

Juan Carlos Huilca Cobos, “Manual de Teoría y Práctica de la Acción Constitucional de protección” AÑO 2013, Editorial, primera edición, editorial el Quinde 2010, pág. 83-86.

LEY ORGANICA DE SALUD, AÑO 2006. Pág. 7,22. LEY-ORGÁNICA-DE-SALUD4.pdf.

Silva Miluska Orbegoso, “¿El derecho a la lactancia?” AÑO 2019, pág. 176. 39899-36712-1-PB (1).pdf.

David Mendieta Gonzales, “LA ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD: A PROPOSITO DE LOS 100 AÑOS DE SU VIGENCIA EN COLOMBIA” AÑO 2010. LA ACCIÓN PÚBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD: A PROPÓSITO DE LOS 100 AÑOS DE SU VIGENCIA EN COLOMBIA (scielo.org.co)

Angelica Porras Velasco y Jhoanna Romero Larco, “Serie Jurisprudencia Constitucional. Guía de Jurisprudencia Constitucional Ecuatoriana” AÑO 2012, Editorial, Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC). Pág. 47.

Juan Carlos Huilca Cobos, “Manual de Teoría y Práctica de la Acción Constitucional de Protección PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES” AÑO 2013, Editorial, EL Quinde 2010, Quito- Ecuador. Pág. 83-84.

Ramón Eduardo Burneo, “Derecho Constitucional del Ecuador” AÑO 2012, Editorial departamento jurídico editorial CEP. Pág. (353, 361,362,364,440) ;(110-11, 125-128, 129-130.)

Javier Pérez Royo, “EL DERECHO POLITICO AL DERECHO”. Pág. 235-246. Del derecho político al derecho constitucional: las garantías constitucionales (us.es).

Ramiro Ávila Santamaria, “EL NEOCONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR, EL ESTADO Y EL DERECHO EN LA CONSTITUCION DEL 2008” AÑO 2011, Ediciones Abya-Yala Av. 12 de octubre 1430 y Wilson Apartado postal: 17-12-719 Teléfonos: (593 2) 250 6251, 2506247 Fax: (593 2) 2506255 www.abayala.org

editorial@abyayala.org Quito, Ecuador. Pág. 63-64. Confirmación alemán-cotop. 2006 (rosalux.org.ec).

Manuel Aragón, “CONSTITUCIÓN Y CONTROL DEL PODER INTRODUCCIÓN A UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR”. Pág. 130-135 Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control (unam.mx).

Pamela Aguirre Castro, “MANUAL DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL-CONSULTA DE NORMA”. AÑO 2013, Editorial Centro de estudios y Difusión del Derecho Constitucional (CEDEC). Pág. 294-314.

Juan Francisco Guerrero del Pozo, “APUNTES DE DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL- APROXIMACIÓN AL CONTROL ABSTRACTO EN EL ECUADOR. LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONAL”. AÑO 2011, Editorial Corte Constitucional CEDEC. Pág. 63-65, 69-71, 76-77, 79-84.

Juan Carlos Huilca Cobos, “Manual de Teoría y práctica de la acción constitucional de Protección”. AÑO 2013, Editorial el Quinde 2010, Quito – Ecuador. Pág.28-33, 35-41.

Ramón Eduardo Burneo, “Derecho Constitucional del Ecuador” AÑO 2012, Editorial departamento jurídico editorial CEP. Pág. 94-97, 110-11, 124, 126, 128, 130-132.

Agustín Grijalva, Santiago Andrade, Claudia Stori, “LA NUEVA CONSTITUCION DEL ECUADOR - INTERPRETACION CONSTITUCIONAL, JURISDICCION ORDINARIA Y CORTE CONSTITUCIONAL”. AÑO 2009, Editorial Ecuador ISBN Corporación Editorial Nacional. Pág. 272-273, 281-284.

Javier Pérez Royo,” CURSO DE DERECHO CONSTITUCIONAL.” AÑO 2010, Editorial Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales. Pág. 97-111.

Paul Córdova Vinuesa, “DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL”. AÑO 2016, Editorial Departamento Jurídico editorial CEP, Pág. 26.

Roberto Gargarella, “PERSPECTIVAS CONSTITUCIONALES - LA DIFICULTOSA TAREA DE LA INTERPRETACION CONSTITUCIONAL” AÑO 2011, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones CEP. Pág. 8-18, 21, 24.

Rafael Oyarte, "ACCION INCONSTITUCIONAL" AÑO 2021, Editorial Departamento
Juridico editorial CEP. Pág.57-67.