

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho
Mención en Derecho Constitucional

Los derechos laborales de las personas con discapacidad en el Ecuador: estudio de caso - sentencias de acción de protección

Autor: Asdrúbal Homero Granizo Haro

Tutor: Christian Masapanta Gallegos

Quito, 2016



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, Asdrúbal Homero Granizo Haro, autor de la tesis intitulada “Los derechos laborales de las personas con discapacidad en el Ecuador: Estudio de caso - sentencias de acción de protección”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho con Mención en Derecho Constitucional en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo, por lo tanto, la Universidad utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en formato virtual, electrónico, digital u óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autora de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha. 17 de octubre de 2016.

Firma: ...

Resumen

Desde la implementación de la acción de protección, las personas con discapacidad cuentan con una garantía jurisdiccional que les garantiza el amparo directo y eficaz de sus derechos constitucionales. Este grupo de atención prioritaria, ha sido históricamente relegado, invisibilizado, excluido, negándoles el derecho a la educación, a la salud, al trabajo. La Constitución identifica al derecho a la igualdad y no discriminación como un derecho primordial para la inclusión de las personas con discapacidad y al trabajo como un medio para alcanzar la vida digna.

En este escenario, se busca identificar los criterios que han utilizado los jueces constitucionales para resolver las acciones de protección planteadas por personas con discapacidad que alegan vulneraciones a su derecho constitucional al trabajo.

La presente tesis, en su parte inicial, procura enfocar el derecho a la igualdad y no discriminación, con un especial énfasis al acceso al trabajo en igualdad de oportunidades y a la remuneración como un elemento para alcanzar la vida digna. Para esto se utilizará la doctrina más relevante respecto a la igualdad y no discriminación, acceso al trabajo y la remuneración, así como las disposiciones constitucionales ecuatorianas y aquellas contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Posteriormente, se procederá a analizar las sentencias que han sido dictadas en acciones de protección presentadas por personas con discapacidad, alegando vulneraciones al derecho al trabajo. Para ello, se analizarán los criterios más recientes emitidos por la Corte Constitucional del Ecuador en relación a cómo ha de entenderse la informalidad en la tramitación de la acción de protección y cómo ha de interpretarse el artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Luego se analizarán una a una las sentencias para determinar cuáles han sido los criterios que han utilizados los jueces al momento de dictar sentencia.

Finalmente se dará respuesta al problema jurídico y se plantearán las conclusiones a las que ha llegado la presente investigación, para en base a ellas proponer algunas recomendaciones.

Dedicatoria

Para los míos: Asdrúbal, Livia, Fernanda, Esteban, Gabriela, Alejandra y Estefany.

Agradecimiento

Agradezco a la Universidad Andina Simón Bolívar, a las personas que conforman el área administrativa, a mis profesores, y de manera especial a mi tutor, el Dr. Christian Masapanta Gallegos a quien respeto y admiro.

Índice de contenidos

| | |
|---|-----------|
| INTRODUCCIÓN | 9 |
| CAPÍTULO I: LOS DERECHOS LABORALES DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD | 10 |
| 1. Los derechos laborales de las personas con discapacidad en el Ecuador | 11 |
| 2. Derecho a la no discriminación de las personas con discapacidad | 13 |
| 2.1. La discriminación en la visión del Nuevo constitucionalismo andino | 17 |
| 2.1.1. La Constitución de Venezuela de 1999 | 17 |
| 2.1.2. La Constitución de Bolivia de 2009 | 19 |
| 2.1.3. La constitución de Ecuador de 2008 | 20 |
| 2.2. La igualdad y la diferencia, según Luigi Ferrajoli | 21 |
| 2.2.1. La indiferencia jurídica de las diferencias | 22 |
| 2.2.2. La diferencia jurídica de las diferencias | 22 |
| 2.2.3. La homologación jurídica de las diferencias | 23 |
| 2.2.4. La valoración jurídica de las diferencias | 24 |
| 2.3. Igualdad formal e igualdad material, según Robert Alexy | 25 |
| 2.4. Otras apreciaciones respecto a la igualdad | 27 |
| 2.5. La igualdad y no discriminación desde la perspectiva del Derecho Internacional de Derechos Humanos | 29 |
| 2.5.1. Doctrina del control judicial de convencionalidad | 31 |
| 2.5.2. Los tratados internacionales y su interpretación | 33 |
| 2.5.3. El reconocimiento de la dignidad humana como base de la igualdad | 36 |
| 2.5.4. La denominación moderna de Persona con discapacidad. Un paso en la construcción de la no discriminación desde el lenguaje | 37 |
| 2.5.5. Un modelo mundial para garantizar la no discriminación de las personas con discapacidad. | 38 |
| 2.5.6. A manera de síntesis | 43 |
| 3. El acceso al trabajo y las personas con discapacidad | 43 |
| 3.1. El primer hito en el ámbito internacional respecto al principio de igualdad de acceso al puesto de trabajo las personas con discapacidad | 44 |
| 3.2. Mecanismos establecidos por la ONU para garantizar el acceso al trabajo en igualdad de condiciones para las personas con discapacidad | 46 |
| 3.3. Derecho al trabajo e igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, a propósito de la Constitución ecuatoriana de 2008..... | 47 |
| 3.4. La igualdad de oportunidades en relación al derecho al trabajo y su desarrollo en las normas inferiores | 49 |
| 4. Derecho a la remuneración de las personas con discapacidad como medio para alcanzar condiciones de vida dignas | 51 |
| 4.1. La remuneración | 51 |
| 4.2. La remuneración y la libertad | 53 |
| 4.3. La remuneración y las personas con discapacidad | 54 |

| | |
|---|------------|
| 4.4. La remuneración como un derecho y sus inicios en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos | 56 |
| 4.5. La remuneración del trabajo de las personas con discapacidad como un derecho humano en la perspectiva de la Declaración Universal de Derechos Humanos | 57 |
| 4.6. El salario justo, entre la progresividad y la eficacia. | 58 |
| 4.7. La igualdad de remuneración para las mujeres con discapacidad | 59 |
| 4.8. A igual trabajo igual remuneración | 60 |
| 5. Los derechos laborales de las personas con discapacidad en el Ecuador | 61 |
| CAPITULO II. ESTUDIO DE LAS SENTENCIAS EMITIDAS EN ACCIONES DE PROTECCIÓN PRESENTADAS POR PERSONAS CON DISCAPACIDAD ALEGANDO VULNERACIONES AL DERECHO AL TRABAJO | 64 |
| 1. Introducción | 64 |
| 2. La acción de protección como garantía efectiva para garantizar los derechos laborales de las personas con discapacidad | 65 |
| 2.1 Algunas precisiones de la Corte Constitucional | 67 |
| 2.1.1 La informalidad de la acción de protección | 67 |
| 2.1.2. La admisibilidad y la improcedencia de la acción..... | 70 |
| 2.1.3. La Subsidiariedad | 75 |
| 3. Análisis del criterio jurisprudencial vigente en materia de derechos laborales de las personas con discapacidad | 76 |
| 3.1. CASO No. 1..... | 79 |
| 3.2. CASO No. 2..... | 82 |
| 3.3. CASO No. 3..... | 86 |
| 3.4. CASO No. 4..... | 88 |
| 3.5. CASO No. 5..... | 91 |
| 3.6. CASO No. 6..... | 94 |
| 3.7. CASO No. 7..... | 99 |
| 3.8. CASO No. 8..... | 104 |
| 3.9. CASO No. 9..... | 109 |
| 4. Análisis e Interpretación de resultados. | 111 |
| 4.1 Tabulación de datos | 112 |
| 4.2. Análisis de datos | 112 |
| 4.3. Interpretación de los resultados | 120 |
| CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES | 123 |
| 1. Conclusiones | 123 |
| 2. Recomendaciones | 124 |
| BIBLIOGRAFÍA | 126 |

Índice de tablas

| | |
|--|-----|
| Tabla 1: Cuadro de verificación 1 | 80 |
| Tabla 2: Cuadro de verificación 2 | 84 |
| Tabla 3: Cuadro de verificación 3 | 88 |
| Tabla 4: Cuadro de verificación 4 | 90 |
| Tabla 5: Cuadro de verificación 5 | 93 |
| Tabla 6: Cuadro de verificación No. 6..... | 97 |
| Tabla 7: Cuadro de verificación No. 7..... | 102 |
| Tabla 8: Cuadro de verificación No. 8..... | 107 |
| Tabla 9: Cuadro de verificación No. 9..... | 110 |
| Tabla 10: Cuadro No. 10 Tabulación de datos | 112 |

Índice de ilustraciones

| | |
|--|-----|
| Ilustración 1: ¿Del relato de los hechos del accionante se desprende una posible discriminación?..... | 112 |
| Ilustración 2: ¿Los jueces analizan la posible discriminación que surge del relato de los hechos?..... | 113 |
| Ilustración 3: ¿Los jueces le exigen al legitimado activo que pruebe la discriminación alegada? | 114 |
| Ilustración 4: ¿Los jueces argumentan que la acción de protección no es la vía idónea para tutelar los derechos alegados?..... | 115 |
| Ilustración 5: ¿Los jueces explican cuál es la vía idónea para tutelar los derechos alegados?..... | 116 |
| Ilustración 6: ¿Los jueces que sea el accionante el que pruebe que la vía ordinaria no es la adecuada?..... | 117 |
| Ilustración 7: ¿Qué decisión tomaron los jueces al momento de resolver la acción de protección?..... | 118 |
| Ilustración 8: ¿Los jueces utilizaron instrumentos internacionales de derechos humanos en la argumentación de su sentencia? | 119 |

Introducción

La administración de justicia en el Ecuador, está diseñada de forma tal que los jueces de primer nivel resuelven casos mediante la expedición de sentencias cuyos efectos son inter partes, por lo que la jurisprudencia se desarrolla paulatinamente y no siempre de manera armónica.

Al implementarse el control de constitucionalidad de todos los actos públicos o privados, mediante la acción de protección, se genera la posibilidad de demandar judicialmente la reparación integral de los derechos laborales vulnerados de las personas con discapacidad en el Ecuador. Sin embargo, al tener las sentencias efectos inter partes, esto genera la pregunta de si los jueces constitucionales que resuelven estos casos tienen criterios similares al momento de precautelar los derechos laborales de las personas con discapacidad.

El presente trabajo de investigación busca identificar los criterios utilizados por los jueces en las sentencias que versen sobre acciones de protección que han sido presentadas por personas con discapacidad alegando vulneraciones al derecho al trabajo, en los términos que se encuentra desarrollado en la Constitución de 2008 y en los tratados internacionales de derechos humanos.

La hipótesis de este trabajo de investigación es que no existen criterios uniformes para tutelar los derechos laborales de las personas con discapacidad en armonía con las disposiciones constitucionales y las de los tratados internacionales.

Para cumplir con los objetivos de la investigación, en el Capítulo I se han realizado precisiones sobre los derechos laborales de las personas con discapacidad, en relación a la (1) no discriminación, (2) el acceso al trabajo en igualdad de oportunidades y (3) la remuneración como un elemento para garantizar la vida digna.

En el Capítulo II, se hicieron algunas precisiones respecto a la acción de protección, que permitieron analizar las sentencias de acciones de protección presentadas y verificar si existe un criterio armónico para resolver las mismas, observando las disposiciones constitucionales y los instrumentos internacionales de derechos humanos, en relación a las personas con discapacidad.

Capítulo I: Los derechos laborales de las personas con discapacidad

Con el agotamiento del Estado Liberal¹ en América Latina a finales del siglo XX, el Estado Social² ha tomado fuerza y con él, el reconocimiento de los derechos denominados “sociales”³. Como resultado de este fenómeno, en la América Latina contemporánea, sobre todo en los países que forman parte del nuevo constitucionalismo andino, los derechos de los históricamente menos favorecidos, se han venido reconociendo como una medida de reparación por tantos años de descuido por parte del Estado.

El caso de las personas con discapacidad en el Ecuador, ha sido quizás, el hito más visible, no solo en el nuevo constitucionalismo latinoamericano, sino en el mundo entero, de cómo el nuevo modelo de Estado, en el caso del Ecuador, un Estado constitucional de derechos y justicia⁴, juega un rol fundamental en la vigencia plena de los derechos de las personas con discapacidad.⁵

Siendo el modelo de Estado y la Constitución de Montecristi, referentes a nivel mundial, de garantía y vigencia plena de los derechos de las personas con discapacidad, en el presente capítulo se abordará la temática de los derechos laborales de las personas

¹ Si bien en la historia del Derecho Constitucional Europeo, el Estado Liberal viene a sustituir al Estado Absoluto, aquí se utiliza el concepto Estado Liberal como reflejo de las condiciones político económicas que existían en Latinoamérica durante los años 1980 y 1990, asociada a una concepción liberal-burguesa del Estado de Derecho donde prevalecía el imperio de la ley y se demandaba de los representantes de los ciudadanos la mayor libertad posible mediante un Estado lo más pequeño posible, que no regule el mercado y que genere condiciones para el comercio. Al respecto se puede revisar: Luiz Carlos Bresser Pereira, “La reconstrucción del Estado en América Latina”, *Revista CEPAL*, (1998): p. 105-110.

² Se utiliza el concepto Estado Social, en contraposición al Estado liberal y se lo define como un modelo de Estado que sin dejar de lado el imperio de la ley, prioriza aspectos sociales y con ello la vigencia plena de derechos como la salud, la educación, al acceso a servicios públicos de calidad y donde el Estado regula las relaciones entre los grupos de poder y los ciudadanos. Al respecto se puede revisar Luiz Carlos Bresser Pereira, *Op. cit.*

³ Los derechos sociales aquí son entendidos conforme a la clasificación clásica de derechos individuales, derechos sociales y derechos colectivos.

⁴ Ramiro Ávila Santamaría sostiene que para entender el concepto Estado Constitucional de Derechos y justicia es necesario remitirse al Estado Constitucional (Primacía de la constitución), al Estado de Derecho(s) (La ley sometida a los derechos de las personas y las colectividades) y al Estado de justicia (modelo no libertario sino igualitarista, basado en la solidaridad). Al respecto se puede revisar Ramiro Ávila Santamaría, “Caracterización de la Constitución de 2008. Visión panorámica de la constitución a partir el Estado Constitucional de Derechos y Justicia”, en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini edit., *La nueva constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*. (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2009), 405 y ss.

⁵ Tan importante ha sido el cambio propuesto por el Ecuador en materia de la vigencia plena de los derechos de las personas con discapacidad que el ex vicepresidente ecuatoriano Lenin Moreno, fue designado por la Organización de Naciones Unidas (ONU), en el año 2013 como enviado especial para el tema de discapacidades, reconociendo así el trabajo que el país ha hecho en materia de derechos de las personas con discapacidad.

con discapacidad desde la óptica de la Constitución ecuatoriana de 2008, para determinar qué derechos laborales le han sido reconocidos por el constituyente a este grupo vulnerable, sin pretender entrar a desarrollar los derechos del trabajo en general, sino más bien enfocados en los derechos diseñados para una mejor protección de los derechos de las personas con discapacidad.

Luego, se analizarán los derechos laborales de las personas con discapacidad establecidos en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y su exigibilidad en el Estado constitucional de derechos y justicia.

Con esto, se pretende establecer el catálogo de principios y derechos que deben observar los jueces constitucionales, al momento resolver las acciones de protección presentadas por supuestas vulneraciones al derecho al trabajo de las personas con discapacidad.

1. Los derechos laborales de las personas con discapacidad en el Ecuador

Históricamente las personas con discapacidad se han visto relegadas de la sociedad y han tenido que enfrentarse a un sinnúmero de adversidades para poder insertarse de manera real en el mercado laboral. Uno de los problemas más comunes era poder acceder a un puesto de trabajo, tanto por que las empresas no estaban preparadas para recibir a las personas con discapacidad, cuanto porque el sistema educativo no les daba las facilidades para poder obtener una educación que les permitiera formarse competitivamente.

Con la obligación legal de incluir a personas con discapacidad en la nómina de las empresas públicas y privadas⁶, casi 90000 personas han ingresado al mercado laboral permanente⁷ con lo cual han surgido una gran cantidad de preguntas: ¿En qué condiciones están realizando sus labores las personas con discapacidad? ¿Se están respetando sus derechos? ¿Se están judicializando las posibles vulneraciones a derechos constitucionales? ¿Cuáles son los criterios que están teniendo en cuenta los jueces al

⁶ Ley Orgánica de Discapacidades. Art. 47.- Inclusión laboral.- La o el empleador público o privado que cuente con un número mínimo de veinticinco (25) trabajadores está obligado a contratar, un mínimo de cuatro por ciento (4%) de personas con discapacidad, en labores permanentes que se consideren apropiadas en relación con sus conocimientos, condiciones físicas y aptitudes individuales, procurando los principios de equidad de género y diversidad de discapacidades. El porcentaje de inclusión laboral deberá ser distribuido equitativamente en las provincias del país, cuando se trate de empleadores nacionales; y a los cantones, cuando se trate de empleadores provinciales.

⁷ El informe presentado en la página web del Consejo Nacional de Discapacidades (CONADIS) al 04 de noviembre de 2015, establece que en el Ecuador existen alrededor de 400.000 personas con discapacidad, de las cuales 88500 estarían trabajando. Ni el CONADIS ni el Ministerio de Salud sabe cuántas de esas personas están en el sector público y cuantas en el sector privado.

momento de resolver?, es precisamente en esta última incógnita donde se centra esta investigación.

La Constitución ecuatoriana de 2008, en el Capítulo Tercero que versa sobre los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, ha caracterizado a las personas con discapacidad como un grupo de atención prioritaria⁸. Esto implica, una atención de las necesidades de las personas con discapacidad, especializada y prioritaria, para garantizar todos los derechos reconocidos en la Constitución, tanto en el ámbito público, como en el privado.

Uno de esos derechos, es el derecho al trabajo, el mismo que según el artículo 47 de la Constitución debe ser garantizado, por el Estado, la sociedad y la familia, en condiciones de igualdad de oportunidades, pero además mediante programas de garanticen el acceso al trabajo y el desarrollo de un plan de carrera adecuado a sus necesidades.⁹

De lo que se desprende que, no es únicamente el Estado el llamado a garantizar los derechos laborales de las personas con discapacidad, sino también la sociedad y la familia, por lo que es indispensable la participación del sector privado en la oferta de trabajo a las personas con discapacidad, como una manera efectiva de garantizar los derechos de este grupo de personas.

Es preciso hacer notar que los derechos laborales de las personas con discapacidad son los mismos que los que se les reconoce a todas las demás personas, pero con la particularidad de que se les reconoce un derecho esencial, que dadas sus características de grupos de atención prioritaria históricamente relegado, se vuelve imprescindible: el derecho a la igualdad y no discriminación.

En este sentido, el artículo 330 de la Constitución, hace hincapié en la importancia del acceso en igualdad de oportunidades al trabajo para las personas con discapacidad, pero adiciona además, la remuneración, como un elemento fundamental a ser tomado en cuenta para el análisis del derecho constitucional al trabajo. Este derecho a la

⁸ 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.

⁹ Personas con discapacidad. Art. 47.- El Estado garantizará políticas de prevención de las discapacidades y, de manera conjunta con la sociedad y la familia, procurará la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad y su integración social.

5. El trabajo en condiciones de igualdad de oportunidades, que fomente sus capacidades y potencialidades, a través de políticas que permitan su incorporación en entidades públicas y privadas.

remuneración es fundamental, pues está relacionado a la capacidad de la persona de procurarse por sus propios medios, condiciones de vida digna, dotándole de dos características fundamentales, la primera es la obligatoriedad de la remuneración, y la segunda es la prohibición expresa de ser disminuida por la condición de persona con discapacidad.¹⁰

De lo que se colige que el constituyente, al pensar en los derechos laborales de las personas con discapacidad, pensó en el (1) derecho a la no discriminación como el elemento central de la protección de los demás derechos, sobre todo en relación al (1.1) derecho al acceso al trabajo y (1.2) al derecho a la remuneración justa, como elementos básicos al momento de hablar de derecho al trabajo de las personas con discapacidad.

Por la importancia que reviste el derecho a la no discriminación se pretende analizar la configuración de este derecho en las constituciones andinas, para luego hacer algunas precisiones respecto al desarrollo que ha tenido en la doctrina y finalizar el análisis con la estructura que le han dado los tratados de derechos humanos. Una vez que se ha enfocado el derecho a la no discriminación, se analizará el derecho al acceso al trabajo y finalmente se analizará el derecho a la remuneración de las personas con discapacidad, siempre en relación al derecho a la no discriminación.

Estos tres derechos, interrelacionados por el derecho a la no discriminación, servirán de base para analizar las sentencias emitidas en acciones de protección presentadas por personas con discapacidad en el Ecuador, alegando vulneraciones al derecho al trabajo, para de esta manera cumplir con el objetivo de esta investigación.

2. Derecho a la no discriminación de las personas con discapacidad

La expresión "discriminación", ausente de las declaraciones de derechos tanto europeas como americanas del siglo XIX, sólo viene a aparecer con los textos internacionales de derechos humanos del siglo XX. Así, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en su artículo 7º, se señala que "Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación".

¹⁰ Art. 330.- Se garantizará la inserción y accesibilidad en igualdad de condiciones al trabajo remunerado de las personas con discapacidad. El Estado y los empleadores implementarán servicios sociales y de ayuda especial para facilitar su actividad. Se prohíbe disminuir la remuneración del trabajador con discapacidad por cualquier circunstancia relativa a su condición.

En textos posteriores la expresión volvió a ser usada, como por ejemplo, en la Convención Internacional sobre los Derechos Políticos de la Mujer, de 1952, sin en el Empleo y la Ocupación, de 1958, donde por primera vez se define la expresión discriminación en un instrumento internacional. En efecto, en dicho Convenio se señala que el término discriminación comprende "cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, que tenga por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación".

La misma línea conceptual fue adoptada posteriormente por otros instrumentos internacionales, como la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, de 1960, o la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, de 1965, entre otros.

En el Ecuador, es necesario reconocer que desde el año de 1929, se introdujo ya por primera vez el concepto de igualdad en la Constitución, siguiendo la línea progresista marcada por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 (que reformaría la de 5 de febrero de 1857) en la que se reconocieron por primera vez derechos sociales a nivel constitucional.

La Constitución del Ecuador de 1929, denominada Política a la época, por su carácter de norma Política más que Jurídica, reconocía garantías fundamentales para los habitantes del Ecuador, entre las cuales se encontraba la de la igualdad: Artículo 151, numeral 2. La igualdad ante la Ley. No habrá en el Ecuador esclavitud ni apremio personal a título de servidumbre o concertaje.

Como se observa, se trata de una igualdad formalista, que no mira las condiciones particulares de cada caso, sino que más bien garantiza que las mismas reglas sean usadas para juzgar el comportamiento de todos por igual.

La Constitución Política del Ecuador de 1945, da un paso adelante y castiga cualquier tipo de discriminación en los siguientes términos:

2. La igualdad ante la ley.

No hay esclavitud, servidumbre ni concertaje.

No se reconocen empleos hereditarios, privilegios ni fueros personales.

No pueden concederse prerrogativas ni imponerse obligaciones que hagan a unos ciudadanos de mejor o peor condición que a otros.

Se declara punible toda discriminación lesiva a la dignidad humana, por motivos de clase, sexo, raza u otro cualesquiera;

Como se observa, en el Ecuador al año de 1929, las Constituciones ya hacían alusión a la igualdad y posteriormente en 1945 se hace alusión a la no discriminación, desde ahí hasta la actualidad, las constituciones han ido dotando de contenido a ambos conceptos hasta llegar a lo que conocemos actualmente como el principio de igualdad y no discriminación; con lo cual queda evidenciado que pese a existir un desarrollo constitucional y legal bastante amplio y de larga data, los problemas de efectividad¹¹ de la norma no lograron superarse en el Ecuador.

En el mundo entero, los sistemas normativos modernos, se han configurado para garantizar los derechos de todas las personas, sin distinción alguna. Así, el Ecuador en su Constitución en el artículo 11 manifiesta que todos son iguales y gozan de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Con lo que queda claro que nadie podría ser discriminado por ninguna distinción que tenga como objetivo afectar sus derechos humanos.

En el Ecuador, la Constitución ordena que la ley sancione toda forma de discriminación y que el Estado adopte “medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad”¹². De lo que se colige que en la Constitución ecuatoriana, la igualdad está en relación directa con el principio de no discriminación.

La Corte Constitucional ha dotado de contenido al principio de igualdad y ha manifestado que:

...El principio de igualdad ante la ley¹³, es un pilar fundamental dentro de un estado constitucional, proyectándose este derecho a una igualdad también en el plano del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; así la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha señalado que:

“El principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio

¹¹ Si bien el debate es amplio sobre lo que ha de entenderse por efectividad de las normas, aquí ha de entenderse por efectividad el cumplimiento de una norma en jurídica vigente en un espacio determinado.

¹² Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución de la República del Ecuador, Suplemento de Registro Oficial No. 449*. (Quito, 20 de octubre, 2008), Artículo 11.

¹³ En igual sentido instrumentos internacionales de Derechos Humanos reconocen de manera expresa el principio de igualdad ante la ley y no discriminación: El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 26 señala que: "*Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*"; y, La Declaración Universal de Derechos Humanos, por su lado, en el artículo 7 ha dispuesto: "*Todos son iguales ante la ley, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra la discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación*".

fundamental que pertenece a todo ordenamiento jurídico [...]. Así como, forma parte del Derecho Internacional, el principio fundamental de la igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*¹⁴.

Si bien, el principio de igualdad se proyecta también en el momento de aplicación de la ley, empero esta aplicación de la ley debe direccionarse hacia los sujetos que son sus destinatarios y que se encuentran en una situación paritaria. En aquel sentido, se debe tomar como principal variable el hecho de que las personas que creyeran afectados sus derechos se encuentren en categorías paritarias "... un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas"¹⁵.

Por tanto, el concepto de igualdad no significará una igualdad de trato uniforme por parte del Estado, sino más bien un trato igual a situaciones idénticas, pero diferente entre otras situaciones; es decir, dentro del ordenamiento jurídico existen causas previamente establecidas en disposiciones legales que serán aplicables a situaciones concretas presentadas en un hecho fáctico y/o por actores sociales determinados en el presente caso se puede apreciar que el aparente trato discriminatorio se encuentra determinado por la no aplicación de las escalas salariales a los funcionarios de carrera del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración, en relación a otros funcionarios que tienen el cargo de libre remoción y contrato; en aquel sentido, se puede observar que la condición paritaria no opera por cuanto no existe una conducta discriminatoria en la aplicación de una disposición normativa, puesto que las categorías paritarias no se hallan configuradas... Otra cuestión que debe destacarse es que la diferenciación no constituye discriminación, bajo este axioma se debe entender que dentro de las distintas actividades realizadas por las personas se generan diferenciaciones en roles competenciales y en aplicación de disposiciones normativas generales; en aquel sentido, la aplicación de determinado precepto legal a sujetos con categorías jurídicas distintas –condiciones contractuales– no puede ser considerado como trato discriminatorio.¹⁶

De lo que se deduce que el derecho a la igualdad se encuentra reconocido y desarrollado en el marco jurídico ecuatoriano tomando en cuenta tanto la igualdad formal como la igualdad material. Sin embargo, pese al desarrollo normativo y jurisprudencial, la discriminación en la práctica, no ha desaparecido, sino que ha tomado otras formas, que son muy difíciles de probar en la realidad procesal¹⁷.

El problema se agudiza cuando no es posible establecer un solo tipo de discriminación, sino que por el contrario, se la puede clasificar, en este sentido, la doctrina distingue, por ejemplo, entre la discriminación directa y la discriminación indirecta¹⁸. La discriminación directa se ve reflejada de manera grosera, cuando se le da un trato especial (más favorable o menos favorable), a una persona que se encuentra en la misma situación que otra en base a una condición particular (identidad sexual, etnia, discapacidad, entre

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva No.- 18 de 17 de septiembre del 2003, sobre condición jurídica de migrantes indocumentados párrafo. 19

¹⁵ Carlos Bernal Pulido, *El Derecho de los Derechos*, 4ta. reimpresión (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Ira ed., 2005), 257

¹⁶ Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia N. ° 002-13-SEP-CC. CASO N. ° 1917-11-EP]

¹⁷ Respecto a las dificultades que se presentan en el Ecuador para probar la discriminación laboral se puede revisar Lanús Medina, Elisa. La prueba en demandas laborales por discriminación. *Foro: Revista de derecho*. 14 (II Semestre, 2010): 69-89.

¹⁸ María Cristina Polo, "Igualdad de oportunidades y no discriminación en el acceso al trabajo". *Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres* (2008): 16-23.

otras). Por otro lado, la discriminación indirecta, se caracteriza por ser más sutil, pues se esconde tras conductas que aparentan ser inofensivas y por lo tanto se vuelve difícil de demostrar, pero que sin embargo, logra el mismo resultado que la discriminación directa, esto es, colocar en una posición de ventaja a una persona, por sobre otra, en base a una condición particular.¹⁹

Los sistemas jurídicos modernos procuran legislar para evitar que la discriminación quede en la impunidad, buscando siempre una sociedad más justa, donde se respete y garantice la dignidad de las personas, sin excluir a los más vulnerables. Es en este escenario, que se han desarrollado las nuevas constituciones en América Latina, sobre todo en la región andina, y particularmente en Venezuela, Bolivia y Ecuador, por lo que es importante analizar su configuración y su enfoque respecto a la no discriminación.

2.1. La discriminación en la visión del Nuevo constitucionalismo andino

Las nuevas constituciones andinas han tratado el tema de la igualdad y no discriminación como un todo, de manera tal, que han logrado superar los problemas que se plantean respecto al tema desde hace mediados del siglo pasado, dejando en claro que se prohíbe la discriminación por cualquier motivo.

Es en este escenario que se pretende identificar el marco constitucional en el que se ha desarrollado el contenido de la igualdad y no discriminación para darle significado en el contexto de los derechos laborales de las personas con discapacidad.

2.1.1. La Constitución de Venezuela de 1999

La Constitución de Venezuela de 1999, evoca en el preámbulo a la igualdad y no discriminación como parte fundamental del nuevo modelo de Estado y plantea como parte de sus objetivos el: “asegur(ar) el derecho... a la igualdad sin discriminación ni subordinación alguna...”.

Esta idea se va a desarrollar a lo largo del articulado de la nueva Constitución venezolana, así pues, desde su artículo 1 se señala que “La República Bolivariana de Venezuela es irrevocablemente libre e independiente y fundamenta su patrimonio moral y sus valores de libertad, igualdad justicia y paz internacional, en la doctrina de Simón Bolívar, el Libertador...”. Con lo que se evidencia que se reconoce, en la igualdad, una

¹⁹ *Ibíd.*

condición básica para la edificación del nuevo modelo de Estado. Nótese que la igualdad está basada en la doctrina de Simón Bolívar²⁰, diferenciándose así del resto de los países de la región que encuentran el origen de la igualdad en la dignidad humana y en la Teoría de los Derechos Humanos.

En la misma línea de ideas, en el artículo 19 se establece que: “El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos.” Con lo cual, se supera la doctrina de Simón Bolívar como único criterio de valoración del derecho a la igualdad y se da paso a las corrientes modernas, consagrando a la igualdad y no discriminación como valores superiores del nuevo modelo de Estado venezolano, simultáneamente con otros ideales afines, tales como la solidaridad, la democracia y la responsabilidad social.

Aunque la igualdad es consagrada en términos amplios en el marco jurídico venezolano, esta concepción de la igualdad coexiste con el respeto de las diferencias y especificidades de las formas sociales de vida y de las minorías, por ello el artículo 21 de la Constitución venezolana establece que:

Todas las personas son iguales ante la ley, y en consecuencia:

1. No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.
2. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan

Con esto, se perfecciona un modelo garantista de derechos, en el que el principio de igualdad y no discriminación, pasa a ser un actor principal, ya que se dota al individuo de herramientas para hacer valer sus derechos frente a los demás, sin que se pueda hacer una distinción para perjudicar a nadie, desde el ámbito jurídico. Con lo que “(s)e constata... la existencia de una noción amplia, progresista y plural de la noción de

²⁰ Del texto de la Constitución Venezolana no se desprenden elementos que nos permitan entender a qué parte específica del pensamiento de Simón Bolívar se hace referencia o que alcance tiene esta doctrina, pero lo que sí es cierto es que el proceso político que se llevaba a cabo en los años noventa, llevó al poder a un proyecto político que reivindicaba las ideas de Bolívar: unidad regional, independencia plena de todo poder fáctico extranjero, justicia e igualdad. Sobre las ideas de Simón Bolívar se puede revisar: Manuel Pérez Vila. *Doctrina del Libertador*, (Fundación Biblioteca de Ayacucho; 2009)

igualdad social recogida en los instrumentos de naturaleza formal o simbólica que orientan la acción pública...”²¹, al menos desde el punto de vista teórico²².

2.1.2. La Constitución de Bolivia de 2009

La Constitución de Bolivia de 2009, al igual que la venezolana de 1999, desde su preámbulo, propugna la construcción de un nuevo modelo de Estado, “un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos”, idea que es desarrollada en el articulado por el constituyente y que se mantiene como eje transversal a lo largo de la Constitución.

Así pues, en el artículo 8.2 se dispone que: “El Estado se sustenta en los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades..., para vivir bien.”.

En esta misma línea de ideas, el constituyente boliviano dejó en claro que en el nuevo modelo, “(e)l Estado prohíbe y sanciona toda forma de discriminación fundada en razón de sexo, color, edad, orientación sexual, identidad de género... discapacidad, embarazo, u otras que tengan por objetivo o resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos de toda persona”.²³

En este punto cabe precisar que el constituyente boliviano, busca visibilizar la condición de persona con discapacidad, como una condición que produce discriminación, y al visibilizarla, la denuncia y la combate, desde la esfera del garantismo del nuevo constitucionalismo latinoamericano.

El constituyente boliviano, garantiza el efectivo goce de los derechos de las y los ciudadanos sin discriminación alguna, con lo cual cierra el círculo del sistema de protección de los derechos en el nuevo modelo de Estado, esto lo podemos observar en el artículo 14.3 que establece: “El Estado garantiza a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los derechos establecidos en esta Constitución, las leyes y los tratados internacionales de derechos humanos.”

²¹ Rodolfo Magallanes, “La igualdad en la República Bolivariana de Venezuela (1999-2004).” *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales* (2005): 71-99.

²² Esto, en alusión, a que no se pretende con este trabajo analizar cómo se está aplicando esta, ni ninguna otra disposición constitucional, en la realidad, sino únicamente establecer como están configurados los derechos desde el punto de vista teórico.

²³ Bolivia, Magna Asamblea Constituyente, *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*. (La Paz, 9 de febrero, 2009), 14.

Sin embargo, no hay que dejar de lado lo que sostiene Rebeca Delgado en su artículo “Algunas reflexiones sobre la Constitución Política del Estado” en relación a la Constitución Boliviana, ya que si bien está claro que la discriminación es una opción que no se encuentra habilitada en el nuevo modelo de Estado: “...se requiere un marco legal que establezca los mecanismos de comprobación de discriminación y el tipo de sanción que se tenga que imponer a quien incurra en esas acciones prohibidas expresamente...”²⁴, ya que la no discriminación podría quedarse en el papel y perder efectividad.

2.1.3. La constitución de Ecuador de 2008

La Constitución ecuatoriana de 2008, a diferencia de las constituciones de Venezuela de 1999 y de Bolivia de 2009, no menciona a la igualdad y no discriminación de manera literal en su preámbulo, pero si hace referencia a la diversidad y al respeto a la dignidad humana y de las colectividades.

Pese a aquello, la igualdad y no discriminación es un eje transversal en el pensamiento de la Constitución ecuatoriana. En este sentido, el artículo 11 que trata sobre los principios sobre los que ha de regirse el ejercicio de los derechos, establece:

2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo... discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción... La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

De esta manera, se configura el derecho a la igualdad y no discriminación como un elemento que define el nuevo modelo de Estado, pero además, que está en íntima relación con el diario vivir de los ciudadanos, garantizando la no discriminación, y promoviendo la aplicación de acciones afirmativas a favor de quienes han sido históricamente relegados.

Del texto se desprende, que el constituyente ecuatoriano, visibiliza la condición de persona con discapacidad y la censura, lo cual es muestra de la conciencia que existía en el constituyente acerca de los problemas que enfrentan a diario las personas con

²⁴ Delgado, Rebeca. “Algunas reflexiones sobre la Constitución Política del Estado”. En Idón Moisés Chivi Vargas, coordinador, *Nueva Constitución Política del Estado* 47-49. La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, 2010.

discapacidad²⁵: la discriminación, la falta de judicialización de los temas relacionados a vulneraciones al derecho a la igualdad y no discriminación, la afectación al derecho a la igualdad en el acceso al mercado laboral, la disociación de las entidades educativas y las personas con discapacidad, la invisibilización en la sociedad, la falta de oportunidades para acceder a servicios públicos, entre otros.

Como ha quedado demostrado, el derecho a la igualdad en el constitucionalismo andino ha evolucionado, dejando atrás el simple ideal de igualdad formal para dar paso a la igual material²⁶.

Se puede inferir que en el nuevo constitucionalismo andino²⁷, el derecho a la igualdad supone de inmediato el derecho a la no discriminación, con lo que se confirma que la base de los nuevos sistemas jurídicos es la igualdad y la no discriminación, pues se han constituido en los pilares fundamentales en la garantía de los derechos, sobre todo de los derechos de las minorías y es precisamente en este contexto, que se va a examinar lo que el pensamiento garantista de Luigi Ferrajoli sostiene respecto a la igualdad y la diferencia para poder enfocar mejor el tema.

2.2. La igualdad y la diferencia, según Luigi Ferrajoli

Luigi Ferrajoli, en su ensayo titulado *Igualdad y diferencia*, al analizar estos conceptos, distingue cuatro posibilidades de configuración jurídica respecto de la diferencia (y en base a ellos, posibles modelos de configuración jurídica de la igualdad y la diferencia), que las resume en: (1) *la indiferencia jurídica de las diferencias*; (2) *la diferenciación jurídica de las diferencias*; (3) *la homologación jurídica de las diferencias*; y (4) *la igual valoración jurídica de las diferencias*.²⁸

²⁵ Respecto a los problemas que enfrentan las personas con discapacidad se puede revisar: C. Barnes., “Las teorías de la discapacidad y los orígenes de la opresión de las personas discapacitadas en la sociedad occidental” en L. Barton, compilador, *Discapacidad y Sociedad*, (Madrid: Morata S.L, 1998)

²⁶ Los términos igualdad formal e igualdad material, están utilizados en el sentido que los usa Robert Alexy para analizar la igualdad. Sobre este punto se volverá más adelante.

²⁷ Para Ramiro Ávila Santamaría el constitucionalismo andino mezcla lo que a su criterio son dos utopías centrales, en la búsqueda de una alternativa al capitalismo moderno. La primera relacionada con una propuesta emancipadora de los derechos humanos, de origen occidental, y la segunda relacionada con una propuesta andina, que propone el respeto a la naturaleza y la armonía de todos los seres. Para ello propone que se debe pensar en un estado plurinacional sin perder de vista la interculturalidad. Al respecto se puede revisar: Ramiro Ávila Santamaría. *En defensa del neoconstitucionalismo transformador: los debates y los argumentos* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2012).

²⁸ Luigi Ferrajoli, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. (Madrid: Trotta, 1999).

Ferrajoli empieza haciendo una aclaración respecto a la utilización indistinta de los términos “diferencia” (sexual) y de “diferencias”, asumiendo la diferencia de sexo como una diferencia paradigmática, debido a su carácter originario e insuperable.

2.2.1. La indiferencia jurídica de las diferencias

El primer modelo planteado por Ferrajoli, es el de la *indiferencia jurídica de las diferencias*, paradigma que se basa en ignorar las diferencias pues, la configuración del modelo supone que estas no son significativas, por lo tanto, parece claro que es innecesario hacer una evaluación de las mismas, ya que no existe la necesidad de proteger al más débil, ni tampoco de castigar a quien discrimina, debido a la supuesta imposibilidad de distinción.

Este modelo, se asemeja en sus formas extremas al “Estado de Naturaleza”, en el que no existe Estado, Derecho, ejercito, ni instituciones que regulen la convivencia social. Donde prima el derecho del más fuerte o del más inteligente, pero siempre de aquel considerado “más”. En su forma intermedia, se ve plasmado en “sociedades paleo liberales” donde el Estado y el Derecho tienen la menor intervención posible y son los poderes privados los que actúan libremente. En este escenario, las diferencias se ven reguladas por la posesión y el uso de la fuerza, y en especial por la “diferencia de sexo” acentuando los roles de género, relegando a las mujeres a las tareas de la casa como producto de lo “natural” en su función de mujer y madre²⁹. Esto haría suponer que en los estados modernos el gran reto es superar este modelo de igualdad.

2.2.2. La diferencia jurídica de las diferencias

El segundo modelo es el de la *diferencia jurídica de las diferencias*, paradigma que se basa en el reconocimiento y la valoración de algunas identidades, y por contraposición, la desvalorización de otras, dando origen a una estratificación o jerarquía de las diversas identidades, generando grupos que son vistos como superiores y otros, por contraposición lógica, como inferiores.

Esto genera que las identidades que han salido victoriosas debido a la diferenciación, generen un estatus privilegiado frente a las identidades que por su naturaleza han sido desvalorizadas. De modo que dependiendo del sexo, del lugar de nacimiento, de la etnia, de la fe religiosa, de la lengua, de sus ingresos, de sus capacidades

²⁹ *Ibíd.*

(entre otras), y del lugar en que se estratifique al individuo se obtienen derechos o se los pierden³⁰. Así por ejemplo, quienes forman parte de las identidades valorizadas no solo que obtienen derechos sino que garantizan sus privilegios y se posicionan dentro del concepto de lo normal; mientras que quienes forman parte de las identidades desvalorizadas, son discriminadas, excluidas y en ocasiones hasta perseguidas, este es el caso lo femenino, la mujer, negros, herejes, extranjeros, personas con discapacidad, entre otros.

Este modelo es propio de los estados con un desarrollo insipiente, en sus fases más arcaicas, donde el desarrollo jurídico era muy pobre y los derechos eran concebidos como privilegios.

Es necesario advertir que este modelo de castas, de jerarquías, de clases, tuvo vigencia aun en los estados pre modernos e inclusive en los orígenes de la modernidad, con el nacimiento de las primeras constituciones liberales. Las nuevas constituciones liberales traerían consigo este paradigma de reconocer en el hombre, blanco y propietario, derechos que les eran negados a los demás, a aquellos individuos cuyas identidades han sido desvalorizadas (mujeres, negros, personas con discapacidad).

Así, se puede explicar cómo las personas con discapacidad han sido discriminadas por siglos en los estados modernos, y producto de su discriminación han sido separadas y escondidas.

2.2.3. La homologación jurídica de las diferencias

El tercer modelo es el de la *homologación jurídica de las diferencias*, paradigma que se basa en la valoración y negación de las diferencias, pero no en relación al valor que se les da a las identidades, negativo o positivo, sino como resultado de una devaluación de las diferencias en nombre una “abstracta afirmación de igualdad”. Toda vez que no se reconocen las diferencias, no se genera una casta o una jerarquización, sino que lo que se hace es homologar y/o neutralizar, desconociendo la diferencia.

Ferrajoli reconoce que este modelo es opuesto y análogo al modelo precedente. “Opuesto porque apunta no a la cristalización de las diferencias en desigualdades, sino, por el contrario, a su anulación: análogo, por la común desvalorización de las diferencias y por la implícita asunción de la identidad”³¹.

³⁰ *Ibíd.*

³¹ *Ibíd.*

A este modelo, Ferrajoli lo denomina también de “serialización” y dice que es propio de los diversos socialismos reales y burocráticos, así como de los ordenamientos liberales (salvando las diferencias) que asimilan a los sujetos, universalizándolos, homogenizándolos y alejando a quienes no cumplen con el patrón.

De modo que en el plano jurídico, la diferencia es ignorada y por lo tanto no existe discriminación, en la medida en la que el sistema jurídico no puede visualizar la diferencia entre individuos ya que se finge que todos los individuos mantienen iguales estilos de vida y de comportamiento, por lo que la igualdad deviene en inefectiva toda vez que es ciega ante la desigualdad, pero no por ello la misma deja de existir.

2.2.4. La valoración jurídica de las diferencias

El cuarto modelo es el de la *valoración jurídica de las diferencias*, paradigma que se basa en el principio normativo de igualdad en los derechos fundamentales y en garantías capaces de asegurar su satisfactorio cumplimiento.

Ferrajoli sostiene que el cuarto modelo se puede distinguir fácilmente de los demás modelos. En este sentido, la diferencia fundamental de este modelo (el cuarto) con el primero, es que en el cuarto, se garantiza el libre desarrollo de todas las diferencias, mientras que en el primero solo se es indiferente ante las desigualdades y la regulación de las mismas por el uso de la fuerza. Así mismo, la diferencia fundamental con el segundo modelo radica en que en el modelo cuarto no se privilegia, ni discrimina la diferencia, ya que por el contrario, se les da el mismo valor y el mismo trato. De igual forma ocurre con el tercer modelo, pues la diferencia fundamental con el cuarto modelo es que este no desconoce las diferencias, sino que las valora por igual, como un rasgo adicional de la identidad de las personas y como parte de la autonomía en las relaciones con los demás.

Ferrajoli concluye que:

La igualdad en los derechos fundamentales resulta así configurada como el igual derecho de todos a la afirmación y a la tutela de la propia identidad, en virtud del igual valor asociado a las diferencias que hacen de cada persona un individuo diverso de todos los otros y de cada individuo una persona como todas las demás. Pero este igual derecho es, precisamente, una norma, destinada como todas las normas a ser violada en algún grado y medida. De ello se sigue que las diferentes identidades pueden ser reconocidas y valorizadas en la misma medida en que, partiendo no de la proclamación de su abstracta igualdad, sino del hecho de que pesan en las relaciones sociales como factores de

desigualdad en violación de la norma sobre la igualdad, se piensen y elaboren no sólo las formulaciones normativas de los derechos sino también sus garantías de efectividad.³²

De lo dicho por Ferrajoli, se puede inferir que el autor entiende que principio de igualdad y no discriminación, no es de orden descriptivo, sino normativo; por lo que enfoca todos sus esfuerzos en poner en primer plano de la discusión, el valor de la igualdad como norma y las diferencias como hechos.

Ferrajoli considera que las diferencias hacen relación a la diversidad de identidades, por ejemplo, las personas con discapacidad versus las personas sin discapacidad; mientras que las desigualdades, hacen relación a la diversidad de las condiciones económicas y materiales que enfrentan las personas.

El principio de igualdad supone proteger y apreciar las diferencias como parte de la identidad de las personas; pero además hacer todos los esfuerzos posibles por erradicar, o al menos disminuir al máximo posible, las desigualdades. Al ser un principio normativo, el mismo trae consigo la posibilidad de ser vulnerado, por lo que es necesario crear mecanismos que ayuden a garantizar el efectivo goce de este derecho por parte de las personas con discapacidad.

Esta necesidad de garantizar los derechos ha llevado a las nuevas constituciones andinas a desarrollar garantías que permitan exigir y judicializar los derechos. Esta tutela de parte del Estado, está orientada no por la homologación, sino por la valoración jurídica de las diferencias, como dispositivo para alcanzar la igualdad sustancial.

2.3. Igualdad formal e igualdad material, según Robert Alexy

Robert Alexy, en su libro *Teoría Fundamental de los Derechos Humanos* señala la necesidad de distinguir entre igualdad formal e igualdad material. Para ello, empieza diciendo que el legislador debe actuar orientado por la fórmula aristotélica, tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales.³³

De esta forma, plantea dos cuestiones que utiliza para explicar su teoría. La primera respecto a: (1) en qué medida se puede fundamentar racionalmente los juicios de valor mínimos en relación a la igualdad, para cumplir con el objetivo de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales; y, la segunda en referencia a: (2) quién es el

³² *Ibíd.*

³³ Robert Alexy, *Teoría fundamental de los Derechos Humanos*. (Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993).

competente para formular, en última instancia y con carácter vinculante, aquellos juicios de valor, si el legislativo o si el Tribunal Constitucional³⁴.

En relación a la primera cuestión, Alexy, estudia la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y llega a concluir que están prohibidos los tratamientos arbitrariamente desiguales, afirmando que ha de entenderse por estos, a todos aquellos actos de diferenciación en los que no se encuentra una razón cualificada, por lo que, el trato desigual solo se justificaría si existiesen los argumentos suficientes, por lo que para un trato desigual, siempre se requerirá de un ejercicio de argumentación y de valoración efectivos.

En relación a la segunda cuestión, respecto a quien es el encargado de realizar ese ejercicio de argumentación y de valoración, Alexy señala que es el legislador el encargado de realizar ese ejercicio, en virtud del principio de *libre configuración del legislador*, el cual le da potestad para valorar, siendo competencia del Tribunal Constitucional, verificar si esa valoración ha sido correctamente fundamentada, o si por el contrario, ha sido arbitraria.

Una vez despejadas estas cuestiones previas, Alexy entra de lleno a distinguir entre la igualdad *de iure* y la igualdad *de facto*.³⁵

La igualdad *de iure* es considerada un derecho a no ser tratado de manera desigual; esta es la famosa igualdad formal, por cuanto se respetan los procedimientos prescritos por la ley, se da un trato igual a todos frente a la misma y no se consideran las condiciones especialísimas de cada ser humano.

La igualdad *de facto*, por otro lado, supone acciones positivas, o prestaciones en sentido amplio, por parte del Estado; esta es la igualdad material, la igualdad en la práctica, una igualdad que no está atada a la fría letra de la ley, sino que se le permite ver las condiciones particulares de cada ser humano y tomar decisiones en base a ellas, siempre con una argumentación correcta.

³⁴ Alexy, da soluciones a las soluciones planteadas, a través del estudio de las sentencias del Tribunal Constitucional Alemán, y la realidad jurídica de la época. Sin embargo, valga la pena aclarar, que estas posturas sirven de base para elevar el nivel de discusiones en el nuevo constitucionalismo andino, teniendo siempre cuidado de no tomarlo como una receta sino solo como un elemento más para aportar a la discusión.

³⁵ Robert Alexy, *Teoría fundamental de los Derechos Humanos*.

2.4. Otras apreciaciones respecto a la igualdad y no discriminación

Una de las definiciones modernas más utilizadas sobre la discriminación es la que se hace en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer que en su artículo 1 establece:

A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.³⁶

Hay que tener en cuenta que la presente definición hace alusión a la discriminación que se da en contra de la mujer pero que perfectamente puede ser adaptada para cualquier tipo de discriminación.

En términos generales se podría decir que la discriminación implica toda distinción, exclusión o restricción por cualquier motivo que tenga por objeto o por resultado menos cavar o anular el reconocimiento de los derechos humanos.

La igualdad y la no discriminación son dos conceptos que van de la mano, y además se encuentran íntimamente relacionados con el concepto de democracia. A decir de, Milton Ruibal, “no existirá democracia donde no exista obviamente la libertad, pero tampoco donde falten la igualdad y la no discriminación”.³⁷

Es decir, que en el mundo contemporáneo, se construyen paradigmas de gobierno a través de modelos de democracia basados en principios y valores que sirven de marco para la construcción de las sociedades modernas. Uno de estos principios es el de igualdad y no discriminación.

Esto nos enfrenta a un problema respecto a la concepción de igualdad y la relación directa que esto supone con la norma jurídica. Es en este sentido que se dice que igualdad y la democracia no se agotan en la igualdad ante la ley, este error de concepción nos llevaría a creer que con aplicar la ley de la misma forma para todos se resuelve el problema, cuando lo cierto es que no todos somos iguales, ni estamos en las mismas condiciones.

³⁶ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, (1979), art. 1

³⁷ Milton Ruibal. *Sobre el concepto de igualdad*. (Montevideo: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1988).

Como Bargagelata afirma: “los hombres son semejantes, no iguales. Por consiguiente, tratándolos de la misma manera por el Derecho no se consigue la igualdad sino la consolidación de desigualdades que ya existen y que pueden ser agravadas por éste tratamiento”.³⁸

En este sentido se puede decir que la igualdad en democracia implica igualdad ante la ley, pero además una igualdad artificial, construida desde el legislativo, quien debe garantizar que los grupos minoritarios no se vean desamparados en la lucha por el goce de sus derechos, dejando a tras la idea de que la igualdad es el punto de partida, cuando en realidad debe ser el punto de llegada.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado su jurisprudencia en una línea que ha servido para evidenciar que el principio de igualdad ante la ley y el *jus cogens* se encuentran íntimamente relacionados, y que ambos han servido de base para construir los sistemas jurídicos modernos³⁹. Por lo que no se podría hablar de democracia sin hablar de igualdad ante la ley.

La Corte Constitucional del Ecuador ha ido más allá al desarrollar el contenido del principio de igualdad y ha sostenido que:

El principio de igualdad representa uno de los pilares de toda sociedad bien organizada y de todo Estado constitucional. Este principio impone al Estado el deber de tratar a los individuos de tal modo que las cargas y las ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre ellos. A su vez, este deber se concreta en cuatro mandatos: 1. Un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentran en circunstancias idénticas; 2. Un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento común; 3. Un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia), y 4. Un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud)⁴⁰.

En la misma línea, la Corte Constitucional del Ecuador ha manifestado relación con el principio de igualdad y las personas con discapacidad que:

... a la luz de la igualdad formal y sustancial, el juez constitucional debe garantizar los derechos de los discapacitados incluso con medidas afirmativas, disposición que implica que: a) el reconocimiento de la diferencia debe ser respetado, y debe propiciar un espacio adecuado para su integración social; b) el trato diferente debe tender a generar beneficios

³⁸ Aníbal Bargagelata, *La democracia*. (Montevideo: Fondo de Cultura Universitaria, 1983).

³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Suárez Rosero vs. Ecuador, 12/11/1997, párr. 101

⁴⁰ Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador, para el periodo de transición, [Sentencia N. ° 008-09-SAN-CC, caso N. ° 0027-09-AN]

a los discapacitados de forma temporal o permanente; y, c) los beneficios se justifican respecto de su condición, reconocida por el Estado.⁴¹

Con lo que se ha establecido un marco jurídico que garantiza efectivamente los derechos de las personas con discapacidad, debiendo los jueces reconocer la diferencia y respetarla, buscando siempre soluciones a los conflictos planteados que estén orientadas a la integración social de las personas con discapacidad. La diferencia por tanto, debe ser motivo de ventajas que ayuden a equiparar la situación jurídica de los menos favorecidos, encontrando la justificación para estas medidas de acción afirmativa en la Constitución.

Una vez que hemos enfocado el tema de la igualdad y la no discriminación desde la visión del nuevo constitucionalismo andino, así como desde la teoría, es necesario enmarcar el tema en el derecho internacional de los derechos humanos. Para ello, se harán algunas precisiones respecto al control interno que están obligados a hacer los estados respecto a la aplicación de los tratados así como de su interpretación, para luego enunciar algunos de los más importantes instrumentos, sin que con esto se pretenda agotar todos los que existen al respecto.

2.5. La igualdad y no discriminación desde la perspectiva del Derecho Internacional de Derechos Humanos

Los esfuerzos internacionales que propugnaban los derechos humanos recibieron un fuerte espaldarazo con la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Concebida como “un ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse”, en este instrumento internacional, se reconocieron derechos básicos relacionados con la libertad y con los denominados derechos sociales, derechos universales, es decir derechos de los que todos los seres humanos gozan⁴².

Con el pasar del tiempo, lo redactado en la Declaración se ha constituido en las normas y principios fundamentales de los derechos humanos que todos los estados deben respetar y proteger. El derecho internacional de los derechos humanos está conformado por tratados internacionales de derechos humanos y otros instrumentos adoptados desde 1945 que han servido de base jurídica a los derechos humanos en el mundo entero.

⁴¹ Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia N.º 002-09-SAN-CC, caso N.º 0005-08-AN]

⁴² Respecto al momento histórico y a la coyuntura en la que se aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos se puede revisar: R. De Lorenzo García y A. Palacios., “Los grandes hitos de la protección jurídica de las personas con discapacidad en los albores del siglo XXI”. *Revista Documentación Administrativa*, No. 271-272, (INAP, enero-agosto 2005)

En este sentido no se pueden dejar de lado otros instrumentos, como declaraciones, directrices y principios adoptados en el plano internacional que contribuyen a su comprensión, aplicación y desarrollo. El respeto de los derechos humanos en el plano internacional requiere el establecimiento de un modelo de estado que garantice la efectiva vigencia de los derechos señalados en estos instrumentos, es por ello que instrumentos como la Carta Internacional de los derechos humanos solo tiene sentido, si los estados están dispuestos a observarla y a cumplir las obligaciones en ella establecidas.⁴³

En esta línea de ideas, el derecho internacional de los derechos humanos insta obligaciones que los estados deben cumplir en relación al principio de igualdad, pues al adoptar un tratado, asumen obligaciones y deberes, en virtud del derecho internacional, de respetar, proteger y realizar en la mayor medida posible los derechos humanos en ellos garantizados, en este caso el derecho a la igualdad y no discriminación.

La obligación de respeto implica que los estados deben inhibirse realizar cualquier acción que obstaculice la vigencia plena del derecho a la igualdad, o de limitarlo; la obligación de protegerlo exige que los estados impidan los abusos que pudieran cometerse en contra del derecho a la igualdad; la obligación de realizarlo en la mayor medida posible significa que los estados deben adoptar todas las medidas positivas posibles para facilitar el disfrute progresivo del derecho a la igualdad, sin que le sea posible aplicar criterios de carácter regresivo.

Desde el punto de vista regional, se han adoptado varios tratados como muestra de la preocupación de los estados al respecto, en los que se establecen determinados mecanismos de protección en relación a las personas con discapacidad. La mayor parte de los estados adicionalmente han dictado constituciones y leyes adecuadas a las obligaciones impuestas en los tratados para garantizar los derechos humanos fundamentales.

Es así que, por ejemplo, los países miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA), en el vigésimo noveno periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, que tuvo lugar el 6 de julio de 1999 en la ciudad de Guatemala, adoptaron la “Convención Interamericana para la

⁴³ La Declaración Universal, junto con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus dos protocolos facultativos, así como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, forman la llamada “Carta Internacional de Derechos Humanos”. En todos ellos, se trata el tema de la igualdad y no discriminación y se dejan sentadas las bases para el desarrollo jurisprudencial que le han dado las diferentes cortes a nivel mundial. Al respecto se puede profundizar en www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet2Rev.1en.pdf

eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad”, en la que se establecieron parámetros mínimos para garantizar los derechos de este grupo vulnerable, convirtiéndose este en un hito histórico en la construcción de un nuevo modelo, que pretende erradicar la discriminación en contra de las personas con discapacidad y fomentar su real participación en la sociedad.

Con lo cual, se evidencia que varios han sido los esfuerzos por parte de los Estados Latinoamericanos y del mundo entero, para tratar de garantizar los derechos de las personas con discapacidad, mediante la firma de varios instrumentos internacionales de derechos humanos enfocados siempre al fortalecimiento y la vigencia plena del derecho a la igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad, sin embargo es necesario precisar ¿Cuál es la exigibilidad de los derechos recogidos en estos instrumentos en los ordenamientos jurídicos internos?, ¿Pueden los jueces aplicar las normas establecidas en un tratado o convenio internacional para precautelar un derecho en un caso concreto?.

2.5.1. Doctrina del control judicial de convencionalidad

Como garantía en el ámbito del Derecho Internacional de los derechos humanos, se ha desarrollado el control de convencionalidad, para velar el por cumplimiento de la Convención por parte de los estados⁴⁴.

⁴⁴ Al respecto se pueden revisar varios casos donde la Corte Interamericana de Derecho Humanos ha desarrollado el Concepto “Control de convencionalidad”:

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso La Cantuta vs. Perú, 29/11/2006, párr. 173

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Boyce y otros vs. Barbados, 20/11/2007, párr. 79.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, 12/8/2008, párr. 180.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, 23/11/2009, párr. 339.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia, 26/5/2010, párr. 208, nota 307.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, 24/8/2010, párr. 311.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Fernández Ortega y Otros vs. México, 30/8/2010, párr. 234.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Rosendo Cantú y Otra vs. México. 31/8/2010, párr. 219.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, 1/9/2010, párr. 202.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Vélez Loor vs. Panamá, 23/11/2010, párr. 287.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil, 24/11/2010, párr. 106.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, supra nota 1, párr. 225

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina, 29/11/2011, párr. 114.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Furlan y Familiares vs. Argentina, 31/8/2012, párrs.303-305.

La Corte Interamericana ha manifestado al respecto:

Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción⁴⁵.

En la misma línea en el caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* la Corte Interamericana dejó claro que:

284. “En conclusión, con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal en el presente caso. Ello es de particular relevancia en relación con lo señalado en el presente caso respecto a la proscripción de la discriminación por la orientación sexual de la persona de acuerdo a lo estipulado en el artículo 1.1. de la Convención Americana (supra apartado C.2).”

284. En conclusión, con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal en el presente caso.

Con lo cual, si bien el control de convencionalidad nació como un control concentrado, hoy en día todos los países miembros, entienden que el control debe empezar por los jueces de cada país, como una obligación de observar en todo proceso los derechos humanos. Al respecto la Corte Interamericana ha sostenido que la doctrina del control difuso de convencionalidad establecida tiene como destinatarios a todos los jueces nacionales, que deben ejercer dicho control con independencia de la jerarquía, grado, cuantía o materia de competencia que la normativa interna les otorgue.⁴⁶

Sin que esto excluya, el control que hace la Corte Interamericana de los fallos judiciales en relación al respeto a las obligaciones internacionales del Estado, a la luz de la jurisprudencia y de la Convención Interamericana.⁴⁷ La Corte Interamericana en el caso “*Almonacid Arellano y otros vs. Chile*” manifestó:

124. El poder judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no

⁴⁵ Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-2/82, sobre el efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (arts. 74 y 75) solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (San José, 24 de septiembre, 1982), párr.29.

⁴⁶ Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, (San José, 26 de noviembre, 2010), párr.33.

⁴⁷ *Ibíd.*

solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.⁴⁸

De modo que, el conocimiento y aplicación de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, así como de la jurisprudencia que ha dotado de contenido a la misma, es una obligación para quienes administran justicia, pues son los llamados a aplicar de oficio el control de convencionalidad, armonizando el derecho interno, mediante la jurisprudencia, a los lineamientos impuestos por la Corte Interamericana, buscando siempre garantizar de la mejor manera posible los derechos de la Convención.⁴⁹

2.5.2. Los tratados internacionales y su interpretación

Hasta este punto, se ha podido determinar que los jueces nacionales están obligados a aplicar la normativa internacional vigente, y considerando que el propósito del presente trabajo de investigación es analizar los criterios utilizados por los jueces constitucionales del Ecuador, en las sentencias que hayan resuelto acciones de protección respecto a posibles vulneraciones al derecho al trabajo, se torna ineludible, razonar respecto a los métodos que se deben utilizar para interpretar un tratado internacional.

Al respecto, es necesario partir del estudio de las disposiciones de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en adelante la Convención de Viena, como el icono en cuanto a interpretación de tratados se refiere, debido a su amplio reconocimiento internacional y a que recoge tanto normas convencionales, como consuetudinarias sobre la materia.

Así pues, el artículo 31 de dicha Convención que trata sobre la regla general de interpretación manifiesta:

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.
2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:
 - a) Todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;
 - b) Todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;
3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:
 - a) Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;

⁴⁸ Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, (San José, 26 de septiembre, 2006), párrs.123 a 125

⁴⁹ Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*.

b) Toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;

c) Toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

Con lo que se establecen reglas de interpretación taxativas, que han de ser observadas al momento de interpretar un tratado. El artículo 32 de la misma Convención, complementa la regla y manifiesta:

Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del Tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o

b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

De manera que se establecen con claridad las reglas que han de seguirse y los métodos complementarios para la interpretación de los tratados. La Corte Interamericana ha reconocido a la regla como un todo, que a pesar de que está compuesta por varias sub reglas, en conjunto permiten interpretar a un tratado de manera integral y respetando en la mayor medida posible la intención de los firmantes:

33. La Convención de Viena contiene una regla que debe interpretarse como un todo. El sentido corriente de los términos, la buena fe, el objeto y fin del tratado y los demás criterios confluyen de manera unida para desentrañar el significado de una determinada norma. Por otra parte, la Corte recalca que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se compone tanto de un conjunto de reglas (las convenciones, pactos, tratados y demás documentos internacionales), como de una serie de valores que dichas reglas pretenden desarrollar. La interpretación de las normas se debe desarrollar entonces también a partir de un modelo basado en valores que el Sistema Interamericano pretende resguardar, desde el “mejor ángulo” para la protección de la persona...⁵⁰

De modo que se han establecido, reglas y medidas complementarias de interpretación, que permitan al juzgador interpretar los tratados internacionales, sin menoscabar los derechos y definir con claridad las obligaciones, siempre intentando que el tratado se cumpla en la mayor medida posible.

Lo dicho, es de trascendental importancia en el ámbito de la interpretación de los derechos de las persona con discapacidad, pues al centrar el análisis en la Convenio de Derechos para las Personas con Discapacidad, es fácil darse cuenta la importancia que esta Convención le da, tanto al propósito, como a los principios generales por los que se

⁵⁰ Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso González y otras ('Campo Algodonero')* vs. México. (San José, 26 de noviembre, 2009), párr.33

rige, ya que estos han sido ubicados dentro del texto, en el artículo 1 y 3 de la Convención, para que no quede duda alguna de que son parte de dicha Convención.

Esto varía de un Instrumento a otro, pero lo cierto es que todo Tratado debe interpretarse siguiendo el principio de buena fe, acorde al sentido habitual de los términos en los que se encuentra redactado, respetando su contexto y sin perder de vista su objeto y fin, adecuándolo a la realidad social. En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es preciso realizar una interpretación: i) conforme al sentido corriente de los términos; ii) sistemática e histórica; iii) evolutiva, y iv) del objeto y fin del tratado.⁵¹

Cuando no sean suficientes estos métodos de interpretación, la Convención de Viena, invita a recurrir a los métodos complementarios. Esta ha sido la línea que la Corte Interamericana ha manejado al respecto, sosteniendo que:

...los medios complementarios de interpretación, en especial los trabajos preparatorios del tratado, son utilizables para confirmar el sentido resultante de aquella interpretación o cuando ésta deje ambiguo u oscuro el sentido o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable. Lo anterior, implica que suelen ser utilizados sólo en forma subsidiaria después de haber utilizado los métodos de interpretación consagrados en el artículo 31 de la Convención de Viena, con el objeto de confirmar el sentido que se encontró o para establecer si subsiste una ambigüedad en la interpretación o si la aplicación es absurda o irrazonable. Sin embargo, en el presente caso, la Corte considera relevante para la determinación de la interpretación de los términos del artículo 4.1 de la Convención Americana lo dispuesto en el artículo 31.4 de la Convención de Viena, según el cual se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes. Por tanto, la interpretación del texto del artículo 4.1 de la Convención se relaciona directamente con el significado que los Estados Parte de la Convención Americana pretendían asignarle.⁵²

68. La Corte observa que la Convención de Viena exige acudir a los trabajos preparatorios solo en forma subsidiaria⁵³.

De modo que, los Tratados deben interpretarse siempre de buena fe, en observancia plena de las reglas determinadas en la Convención de Viena y en los métodos complementarios que la misma ha determinado, buscando siempre respetar el sentido usual de los términos, atendiendo al conjunto del tratado y su contexto histórico, sin dejar de lado su desarrollo en el tiempo, ni sus objetivos en relación a aquello que se desea proteger.

⁵¹ Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*, (San José 28 de diciembre, 2012), párr.173

⁵² *Ibíd.*

⁵³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*.

2.5.3. El reconocimiento de la dignidad humana como base de la igualdad

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida también como Pacto de San José de Costa Rica, se suscribió el 22 de noviembre de 1969 en San José, Costa Rica; sirviendo de fundamento para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en su preámbulo se reconoce como pilares fundamentales de los derechos humanos, la dignidad humana como fuente de derechos y la universalidad de los mismos “Reconociendo: Que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos.”⁵⁴

En este sentido, queda claro que el fundamento de los derechos humanos es la dignidad⁵⁵ de las personas que germina de sus características intrínsecas, que nacen con la persona misma y es anterior a la existencia misma del Estado, por lo que, los derechos humanos no se encuentran ligados su reconocimiento parte del estado, sino que son parte de la persona y deben ser respetados como tales⁵⁶.

La dignidad humana como fundamento de los derechos humanos permite tratar a los semejantes en base a lo que hacen, es decir a las decisiones que toman libre y voluntariamente, y no en base a circunstancias que determinan su condición: de hombre o mujer, de mestizo, indígena o afro descendiente, o persona con discapacidad⁵⁷, dejando establecido el pilar sobre el que se ha de construir el concepto de igualdad y no discriminación.

El artículo 3 manifiesta que todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación. Esta disposición debe ser interpretada en relación con el artículo 26 que

⁵⁴ Costa Rica, Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*. (San José: 7 al 22 de noviembre, 1969).

⁵⁵ Aquí el término dignidad humana es entendido como un valor fundamental e inalterable, teniendo claridad de que desde el punto de vista teórico la discusión no se encuentra zanjada debido a las diversas interpretaciones que se le pueden dar y las posturas que pueden existir al respecto. Nosotros entendemos que la dignidad tiene su fundamento en la capacidad de raciocinio y de voluntad de los seres humanos. Al respecto se puede revisar: Germán J Bidart Campos. *Teoría General de los Derechos Humanos*, 2ª Edición, (México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1993)

⁵⁶ *Ibíd.*

⁵⁷ Pablo De Lora, *Memoria y Frontera: El Desafío de los Derechos Humanos*, (Madrid: Alianza Editorial, 2006) 142.

establece que los estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos⁵⁸.

Así, se evidencia que el reconocimiento de la dignidad como fundamento de la igualdad, permite vincular a las personas desde su esencia y genera en los estados una obligación de respetar las condiciones particulares de cada ser humano, sin importar la situación en que se encuentre, el color de su piel, su posición económica, su orientación sexual o su condición física.

2.5.4. La denominación moderna de Persona con discapacidad. Un paso en la construcción de la no discriminación desde el lenguaje

En 1994, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, emitió la Observación General Nro. 5 sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Personas con Discapacidad. Esta Observación, sirvió de paso previo a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, elaborada el mismo año por el mismo Comité.

En las discusiones previas a la emisión de esta Observación, se discutió respecto al uso del lenguaje como un mecanismo de discriminación, por lo que se decidió comenzar a construir elementos que permitan dignificar el lenguaje, lo que implicaba pasar del uso de términos peyorativos como discapacitado, invalido o minusválido, al uso del término *persona con discapacidad*, que ha sido acogido por los diferentes organismos que protegen derechos humanos.

Lo que se buscó evitar, es que cuando se hable de las personas con discapacidad se asocie la “discapacidad” con la pérdida de capacidad de la persona, y que se entienda que hay ciertas personas, que tienen discapacidades, pero no por ello han perdido su capacidad ni tampoco su condición de persona. Es interesante observar como la Convención sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad en su preámbulo expresa:

⁵⁸ Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*.

c) [L]a discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Lo expresado en el preámbulo de esta Convención muestra que existe plena conciencia de lo dinámicas que son las relaciones sociales y políticas que giran alrededor del tema de las personas con discapacidad, lo que hace que evolucione constantemente el medio y las condiciones en las que se desenvuelven los problemas que las sociedades enfrentan al respecto.

El lenguaje ha sido identificado como uno de los elementos que ha sido utilizado para oprimir y discriminar a las personas⁵⁹ con discapacidad por muchos años por lo que existe una preocupación de construir un nuevo modelo desde temas básicos como el lenguaje y la forma en la que nos referimos a este grupo de personas como un modo de reparación y de construcción de una sociedad más incluyente.

2.5.5. Un modelo mundial para garantizar la no discriminación de las personas con discapacidad.

Según datos de las Naciones Unidas, se estima que existen unos 650 millones de personas con discapacidad alrededor del mundo, lo que aproximadamente es el 10% de la población mundial. Dos de cada tres personas con discapacidad se encontrarían en los países en vías de desarrollo. En algunos de estos países cerca del 20% de la población general tendría alguna forma de discapacidad.⁶⁰

La Organización de las Naciones Unidas destaca que en general, las personas con discapacidad se erigen como la minoría más numerosa y desfavorecida del mundo. En cada uno de los continentes, en cada uno de los países, en cada ciudad, las personas con discapacidad son marginadas razón por la cual suelen vivir al margen de la sociedad, privadas de algunas de las experiencias fundamentales de la vida.⁶¹

Esto ha ocasionado que sus posibilidades de ir a la escuela, obtener un empleo, adquirir casa propia, crear una familia y criar a sus hijos, socializar o votar, sean muy bajas. Según datos obtenidos de las Naciones Unidas, el 98% de los niños discapacitados

⁵⁹ Respecto al uso del lenguaje como un modo de discriminación se puede revisar la obra de: Lelia Inés Albarracín, Jorge R. Alderetes. “Lengua propia y exclusión social: los dialectos regionales y las lenguas vernáculas”, en Encuentro Nacional de Educación e Identidades, *Los Pueblos Originarios y la Escuela*, (Buenos Aires: Universidad Nacional de Luján, CTERA, 2003)

⁶⁰ Organización de Naciones Unidas. *Discriminación contra las personas con discapacidad*. http://www.un.org/es/events/humanrightsday/2009/discrimination_disabilities.shtml. Consulta: 15 de noviembre de 2015

⁶¹ *Ibíd.*

de los países en desarrollo no asiste a la escuela, cerca de la tercera parte de los niños de la calle del mundo son discapacitados, mientras que la tasa de alfabetización de adultos discapacitados representa por lo menos un 3%, correspondiendo a las mujeres discapacitadas un 1% en algunos países.⁶²

Con la firma del Ecuador de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en adelante (CDPD-ONU) el 30 de marzo de 2007, se implementó un modelo de derechos de las personas con discapacidad que obliga al Estado a garantizar el efectivo goce de los derechos mediante la implementación de normas que se encuentren en armonía con el objetivo de alcanzar la igualdad formal y material de las personas con discapacidad.

La Convención fue pensada como un medio para alcanzar la plena vigencia de los derechos humanos de las personas con discapacidad, con base en la inclusión⁶³, para generar espacios donde no sean identificados como grupos minoritarios vulnerables únicamente, sino como parte del sistema y de la sociedad, que pueden aportar y beneficiarse al igual que todos los demás.⁶⁴

Con lo que se evidencia la necesidad de integrar a las personas con discapacidad mediante mecanismos de participación real, lo que en la práctica implica un cambio profundo en los actores sociales, públicos y privados, que por décadas han invisibilizado a este grupo de personas, y que por décadas habían sido estigmatizados como de menor valor o minusválidos.

Al respecto, la oficina del Alto Comisionado de la ONU para las personas con discapacidad manifestó:

La plena inclusión en la sociedad significa que las personas con discapacidad son reconocidas y valoradas como participantes en pie de igualdad. Sus necesidades son entendidas como parte integrante del orden social y económico y no se consideran "especiales". Para lograr la plena inclusión, es necesario un entorno social y físico accesible y sin barreras. El concepto de participación e inclusión está relacionado con el de diseño universal, según el cual deben tenerse en cuenta las necesidades de todos los miembros de la sociedad al diseñar productos, entornos, programas y servicios, para

⁶² *Ibíd.*

⁶³ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Informe del Secretario General de Naciones Unidas sobre la situación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo*, A/67/281, (9 de agosto 8, 2012), párr. 6.

⁶⁴ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Informe del Secretario General de Naciones Unidas sobre La realización de los Objetivos de Desarrollo del Milenio y los objetivos de desarrollo convenidos internacionalmente para las personas con discapacidad: una agenda para el desarrollo que tenga en cuenta a las personas con discapacidad para 2015 y después de ese año*, A/67/211, (30 de julio, 2012), nota 4 y párr. 10.

garantizar que, más adelante, no haya necesidad de adaptarlos ni de hacer un diseño especializado⁶⁵.

De lo que se desprende que, las medidas de inclusión deben ser temporales, de modo que en el futuro, la inclusión sea un fenómeno natural. La CDPD-ONU, bajo este presupuesto, no especifica nuevos derechos para las personas con discapacidad, sino que reafirma los ya reconocidos en los tratados internacionales de derechos humanos debido a su carácter de universalidad, sin embargo se aprecia un interés de que siempre se tenga presente a la inclusión y a la no discriminación como elementos transversales en todas las políticas públicas y privadas relacionadas a las personas con discapacidad.

Con lo cual queda claro que el problema no es de reconocimiento de derechos sino de cómo garantizarlos. En este sentido aplicar la CDPD-ONU, supone del Estado, una obligación de implementar acciones encaminadas a suprimir las barreras que impiden el efectivo goce de los derechos de las personas con discapacidad, pero además las garantías mínimas para que estos derechos se puedan ejercer libremente⁶⁶.

En este escenario, la CDPD-ONU, cumple un rol fundamental en la protección de los derechos humanos⁶⁷, pues llama la atención de los Estados para que implementen garantías que posibiliten el real cumplimiento de los derechos de las personas con discapacidad, teniendo en mente la inclusión, la participación, la no discriminación, como parte nuevo modelo de derechos humanos⁶⁸ en armonía con los principios y valores que inspiran la CDPD-ONU y con métodos de interpretación que protejan la vigencia plena de los derechos⁶⁹.

Así pues, la CDPD-ONU en su artículo 3 que trata sobre los Principios generales manifiesta:

Los principios de la presente Convención serán:

⁶⁵ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, *Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la participación de las personas con discapacidad en la vida política y pública*, A/HRC/19/36, (21 de diciembre, 2011), párr. 21

⁶⁶ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Informe del Secretario General de Naciones Unidas sobre la Situación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, A/66/230, (3 de agosto, 2011), párr. 11

⁶⁷ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, *Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la estructura y la función de los mecanismos nacionales de aplicación y vigilancia del cumplimiento de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, A/HRC/13/29, (22 de diciembre, 2009), párr. 6.

⁶⁸ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observaciones Finales sobre el Informe Inicial de Argentina CRPD/ARG/CO/1*, (27 de septiembre, 2012), párr., 8, 20, 23, 24 y 39.

⁶⁹ Austria. Organización de Naciones Unidas, *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. (Viena, 23 de mayo, 1969) 31 y 32.

En la sentencia “Campo Algodonero”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos desarrolló una visión integral de los medios de interpretación considerados en la Convención de Viena.

- a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;
- b) La no discriminación;
- c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;
- d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con Discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;
- e) La igualdad de oportunidades;
- f) La accesibilidad;
- g) La igualdad entre el hombre y la mujer;
- h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

Los principios generales que han de regir la CDPD-ONU, suponen una nueva visión de la función que cumplen las personas con discapacidad en la sociedad, una visión inclusiva, que entienda la participación y la no discriminación, como elementos fundamentales a la hora de construir una sociedad más justa. Esto constriñe a los estados a generar mecanismos que garanticen los derechos de las personas con discapacidad, mediante implementación de normas acordes a dicho objetivo y operadores del derecho sensibilizados con la problemática, que puedan responder adecuadamente a las necesidades de la sociedad,⁷⁰ y rompiendo el paradigma médico de la discapacidad y la protección paternalista-asistencial, que le es correlativa, sustituyéndolo por un modelo inclusivo, participativo y no discriminador⁷¹.

En el mundo contemporáneo, la esfera política no está alejada de la esfera de los derechos, por lo que es imposible pensar en la vigencia plena de los derechos sin la voluntad política para hacerlo. Cuando no existe esa voluntad política, es cuando los organismos internacionales de derechos humanos se vuelven indispensables para garantizar el cumplimiento de los compromisos adquiridos por el Estado.

En este punto, vale recordar que son los jueces los obligados a aplicar y respetar y los tratados, pues sus sentencias son las que van a ser estudiadas mediante la garantía del control de convencionalidad, en las Cortes internacionales. Por lo que son los jueces y las juezas, las llamadas a garantizar el efectivo cumplimiento de la aplicación de los tratados internacionales, aún en contra de una norma de su derecho interno (artículo 27 de la

⁷⁰ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU), *Observaciones Finales sobre el Informe Inicial de Argentina, CRPD/ARG/CO/1*.

⁷¹Al respecto se pueden revisar documentos del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, y la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas por encargo del Consejo de Derechos Humanos, entre éstos están: A/HRC/10/48, 26/1/2009 – A/HRC/13/29, 22/12/2009 - A/HRC/16/38, 20/12/2010 - A/HRC/19/36, 21/12/2011 - A/HRC/22/25, 17/12/2012

Convención de Viena sobre el referido Derecho de los Tratados), pues al estar en franca contradicción con el tratado carecería de eficacia jurídica⁷².

Existe jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al respecto:

165. Este Tribunal considera indispensable recordar lo señalado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el cual señala, al referirse al derecho interno y a la observancia de los tratados, que “[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. 166. Es decir, al ratificar o adherir a un tratado internacional, los Estados manifiestan su compromiso de buena fe de garantizar y respetar los derechos en él reconocidos. Además de esto, los Estados deben adecuar su derecho interno al derecho internacional aplicable.⁷³

De esta forma, se ha ido armonizando los sistemas jurídicos internos con los tratados de derechos humanos, para así no caer en la responsabilidad internacional del Estado y la respectiva sanción y orden de reparación, por lo que es fundamental trabajar en dos frentes: por un lado, la adecuación de la legislación interna al marco de los tratados de derechos humanos y de existir una contradicción, la inaplicación por parte del juez, de la norma interna y la aplicación de la norma del tratado.

De lo que se desprende que la obligación no es únicamente de los jueces, sino además del legislativo, para adecuar la normativa interna y, del ejecutivo al dictar políticas públicas que respeten la normativa internacional. En este sentido se evidencia que la obligación es de toda autoridad u órgano estatal pues, el Estado es uno y responde en su conjunto por la responsabilidad internacional a falta de cumplimiento de los compromisos adquiridos al firmar un tratado internacional. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que:

27. Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio --sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto-- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del «control de convencionalidad» que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional”.⁷⁴

⁷² Juan Carlos Hitters, “Responsabilidad del Estado por violación de Tratados Internacionales”, *Boletín de Estudios Constitucionales volumen 5, número 1*, (Santiago de Chile: Universidad de Talca, 1 de junio, 2007), 875.

⁷³ Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-18/03 sobre Condición jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, (San José, 17 de septiembre, 2003), párrs. 165-166

⁷⁴ Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Voto Razonado de García Ramírez a la*

Por lo que, es clara la obligación de quien administra justicia de, al momento de dictar sentencia, mirar al ordenamiento internacional y aplicarlo siempre aplicando el principio *pro homine*, es decir aplicar siempre la norma más favorable para la vigencia plena del derecho humano que se quiere proteger. De modo tal, que si existe concurrencia de normas u oscuridad en la norma o la interpretación que más favorezca la plena vigencia de su derecho en un caso de una persona con discapacidad que alega vulneraciones a su derecho al trabajo, se deberá elegir la que más favorezca a la vigencia plena del derecho al trabajo.

2.5.6. A manera de síntesis

Como hemos analizado, la igualdad está íntimamente relacionada con la no discriminación. El nuevo constitucionalismo andino, ha identificado en este principio, una herramienta fundamental para diseñar el nuevo modelo de Estado. Un Estado basado en el respeto de los derechos de las personas, sin importar condición alguna; que busca la igualdad formal y material; y que prevé la discriminación como una posibilidad, por lo que dota de herramientas a los ciudadanos para que pueda ejercer efectivamente sus derechos ante los poderes públicos y privados de la sociedad.

Es en este escenario, que se debe entender el derecho a la no discriminación de las personas con discapacidad, buscando siempre garantizar que las personas con discapacidad no se vean afectados por su condición, e inclusive, que sea ubicado en una mejor posición jurídica que las demás personas cuando sea necesario con el fin de garantizar una igualdad material.

Una vez que se ha establecido con claridad, el contenido constitucional, teórico y jurisprudencial del derecho a la igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad, es pertinente analizar el derecho al acceso al trabajo de las personas con discapacidad.

3. El acceso al trabajo y las personas con discapacidad

La configuración del modelo capitalista producto de la industrialización que tuvo su origen entre la segunda mitad del siglo XVIII y principios del XIX en Europa, confiaba en un prototipo de trabajador ideal: hombre y fornido, que venda su fuerza de trabajo;

sentencia del caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, (San José, 25 de noviembre, 2003)

dejando de lado las actividades del hogar para las mujeres⁷⁵. En este esquema, se relegó la discusión respecto a las funciones (públicas o privadas) de las personas con discapacidad por la sencilla razón de que se las consideraba “invalidas”, es decir, que perdía todo sentido de validez en la sociedad, que no valía, que no servía y que por lo tanto debía ser invisibilidad, escondida, y relegada, pues “...adolece de un defecto físico o mental, ya sea congénito, ya adquirido, que le impide o dificulta alguna de sus actividades.”⁷⁶

Es con el paso del tiempo, y como producto de la lucha social de diversos grupos de trabajadores, feministas, afroamericanos, entre otros, que se empieza a visibilizar a las personas con discapacidad y los problemas que tienen que afrontar a diario, siendo su bandera de lucha la inclusión en la sociedad y en el trabajo como una fuente de dignidad.

Como producto de estas luchas, se alcanzaron varias conquistas que se fueron plasmando en varios instrumentos internacionales de derechos humanos, sobre todo en relación a la discriminación de la que eran presas las personas con discapacidad, lo que les impedía el acceso al trabajo. En estos apartados se establecerán algunos parámetros que se han diseñado para la protección de los derechos de las personas con discapacidad en relación al acceso al trabajo en igualdad de condiciones.

3.1. El primer hito en el ámbito internacional respecto al principio de igualdad de acceso al puesto de trabajo las personas con discapacidad

La Asamblea de la OIT, en su sexagésima novena reunión, en base a los postulados de la Recomendación sobre la adaptación y la readaptación profesionales de los inválidos de 1955, y en base a la Recomendación sobre el Desarrollo de los Recursos Humanos de 1975; adoptó, con fecha veinte de junio de mil novecientos ochenta y tres, el Convenio sobre la readaptación profesional y el Empleo (El convenio 159 de la OIT de 1983) que versa sobre las personas con discapacidad. Este convenio es importante porque logra dar respuesta al problema de la discriminación que se genera a partir de la condición de persona con discapacidad para acceder a una plaza de trabajo en igualdad de condiciones:

Todas las naciones firmantes se comprometieron a aplicar y revisar periódicamente su política nacional sobre la readaptación profesional y el empleo de

⁷⁵ Francisc Navarro, *Historia Universal: El siglo XIX en Europa y Norteamérica*. (Lima: Salvat Editores, 2005).

⁷⁶ Real Academia de la Lengua Española. *Diccionario de la lengua española*. <<http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae>>. Consulta: 26 de noviembre de 2014.

personas con discapacidad⁷⁷, políticas que debían estar orientadas a asegurar que existan medidas apropiadas de readaptación profesional al alcance de todos; y a promover oportunidades de empleo para las personas con discapacidad en el mercado regular del empleo, objetivos que debían ser cumplidos sin dejar de lado el principio de igualdad de oportunidades entre los trabajadores con discapacidad y los trabajadores en general.⁷⁸

Con esto queda claro que la igualdad de acceso y de oportunidades al empleo, así como la formación profesional y ocupaciones específicas para todas las personas, deben ser garantizadas por los Estados, sin discriminación alguna, mediante el desarrollo de leyes y políticas públicas basadas en el principio de igualdad de oportunidades entre las personas con discapacidad que trabajan y los trabajadores en general.

En este punto, vale la pena aclarar que la igualdad de oportunidades no se limita únicamente al acceso al puesto de trabajo, sino que se extiende a otros ámbitos como la capacitación, los asensos, las condiciones de trabajo, la remuneración, entre otras. Esta idea impulsó a todos los países firmantes a comprometerse a diseñar un marco normativo interno, acorde con las exigencias del Convenio. Sin embargo, en la práctica fue poco y nada lo que se avanzó respecto a la inclusión de las personas con discapacidad, sobre todo en materia legislativa, siendo una tarea pendiente aún en varios países latinoamericanos.

Este Convenio, no era perfecto, pero era un gran avance para la época. Uno de sus puntos débiles era la utilización del lenguaje como un elemento de discriminación ya que en él se definía a las personas con discapacidad como personas inválidas al siguiente tenor literal:

“Se entiende por persona inválida toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo queden sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida”⁷⁹.

Hoy en día, ya no se utiliza el término persona inválida sino que se usa la denominación de personas con discapacidad, esto debido a que era considerado como un término peyorativo, que denigraba a la persona.

⁷⁷ En el texto original se utiliza el término personas inválidas, en lugar de personas con discapacidad, término que ha sido cambiado por el usado actualmente de personas con discapacidad, pues consideramos que el término persona inválida o discapacitada es peyorativo.

⁷⁸ Suiza, Organización Internacional del Trabajo, *Convenio No. 159 Sobre la readaptación profesional y el empleo*. (Ginebra: OIT, 1983).

⁷⁹ *Ibíd.*

3.2. Mecanismos establecidos por la ONU para garantizar el acceso al trabajo en igualdad de condiciones para las personas con discapacidad

Si bien la OIT dio el primer paso en materia de regulación internacional de las personas con discapacidad, las Naciones Unidas no se quería quedar atrás respecto a esta problemática, basados en la premisa de que la paz social solo podía alcanzarse a través de la justicia, se planteó la posibilidad de trabajar una normativa mínima, que sirva de base a los países miembros para enfrentar los retos que esta problemática supone. Es en este contexto, y en base a lo discutido por la Asamblea General y en el Consejo Económico y Social, se llegó a concluir que era necesario elaborar un instrumento internacional que brinde protección integral a las personas con discapacidad.

Para cumplir con este objetivo, se estructuró un equipo de expertos de diferentes áreas, cuya misión era la elaboración de lo que en la práctica se llamaría: las Normas Uniformes de Naciones Unidas sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, aprobadas mediante resolución 48/96 de 20 de diciembre de 1993 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Estas normas, en el artículo 7, desarrollan el concepto empleo de las personas con discapacidad, en íntima relación con el derecho al acceso en igualdad de oportunidades y establecen que los Estados están en la obligación de actuar conforme al “principio de que las personas con discapacidad deben estar facultadas para ejercer sus derechos humanos, en particular en materia de empleo. Tanto en las zonas rurales como en las urbanas debe haber igualdad de oportunidades para obtener un empleo productivo y remunerado en el mercado de trabajo”⁸⁰

En esta línea de ideas, y para hacer operativa esta directriz, se establecen los siguientes mecanismos: (1) establecer un marco normativo que garantice la no discriminación de las personas con discapacidad en materia laboral; (2) garantizar la integración de las personas con discapacidad, al mercado laboral con gran vinculación entre el sector público y privado; (3) Los Estados deben procurar planes con medias tendientes a diseñar lugares de trabajo adecuados, implementación de nuevas tecnologías y planes de formación y colocación, entre otros; (4) Impulsar campañas de sensibilización; (5) Condiciones adecuadas para personas con discapacidad en el sector

⁸⁰ Estados Unidos, Organización de Naciones Unidas. *Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad*. (Washington: 1993).

público; (6) Impulsar acciones tendientes a asegurar condiciones equitativas en materia de políticas relacionadas al ámbito laboral; (7) El objetivo debe ser que las personas con discapacidad obtengan empleo en el mercado de trabajo abierto, empleos protegidos o reservados. (8) Establecer programación orientada a la formación y empleo en el sector privado y en el sector no estructurado de las personas con discapacidad. (9) Establecer oportunidades de formación y empleo, sobre todo, teniendo en cuenta que las personas con discapacidad necesitan de un horario flexible, de una jornada parcial, de la posibilidad de compartir un puesto, del empleo por cuenta propia, y del cuidado de asistentes para las personas con discapacidad”⁸¹

Directrices que deben ser observadas por todos los estados para garantizar de manera efectiva el acceso al trabajo de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones, de modo tal que los ingresos generados como fruto de su trabajo, le permitan vivir en condiciones de dignidad.

3.3. Derecho al trabajo e igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, a propósito de la Constitución ecuatoriana de 2008

La Constitución de 2008, estableció que el Ecuador es un Estado Constitucional de derechos y justicia social, donde se aplica el principio de supremacía de la Constitución y se garantizan los derechos de las personas.

Esto implica, por un lado, que la Constitución tiene efectos jurídicos directos sobre el ordenamiento jurídico interno, prevaleciendo sobre cualquier otra disposición normativa de rango inferior, así como también, supone que toda la normativa ha de estar en armonía a las disposiciones constitucionales. Por otro lado, supone la vigencia plena de los derechos reconocidos en los instrumentos de derechos humanos, así como en la Constitución, teniendo como eje central a la dignidad humana.

En este contexto, la Constitución ecuatoriana de 2008, construye un articulado que le da vigencia plena a los derechos de las personas con discapacidad, sobre todo en materia de derechos laborales e igualdad de oportunidades al momento de acceder a un empleo. Es así, que la Constitución en su artículo 11 establece que “(t)odas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades.”. Dejando en

⁸¹ Ídem.

claro que nadie podrá ser discriminado por su condición de persona con discapacidad, y obliga a la ley a sancionar toda forma de discriminación.

En la misma línea de ideas, en el Capítulo tercero que trata sobre los Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, en el artículo 35 establece que las personas con discapacidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado, con lo que sitúa a este grupo de personas en un escenario de ventaja por encima de los demás, en reconocimiento a la segregación histórica que ha tenido, buscando alcanzar la igualdad material y la efectiva vigencia de sus derechos.

Es importante señalar también, que el Estado está obligado a proteger preferentemente a quienes tengan doble condición de vulnerabilidad, es decir que si una persona con discapacidad es además adulto mayor, o posee una enfermedad catastrófica; se encuentra en una situación preferente en relación a los demás grupos de vulnerabilidad.

La sección sexta de la Constitución, que trata sobre las personas con discapacidad, en su artículo 47 establece que el “Estado garantizará políticas de prevención de las discapacidades y, de manera conjunta con la sociedad y la familia, procurará la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad y su integración social”. Con lo que, el Estado está obligado a procurar la igualdad de oportunidades, en todos los ámbitos posibles, de manera tal que el trabajo no se vea excluido de esa esfera de protección. El hacerlo constituiría una grave vulneración gravísima a derechos constitucionales, y es por ello que el sistema de garantías previsto en la misma constitución, se vuelve de vital importancia al momento de exigir el cumplimiento de estos derechos.

Y en este sentido, se reconoce a las personas con discapacidad, el “trabajo en condiciones de igualdad de oportunidades, que fomente sus capacidades y potencialidades, a través de políticas que permitan su incorporación en entidades públicas y privadas.”⁸². De modo tal que, no se garantiza únicamente el acceso al empleo, sino además, se garantiza igualdad de trato al momento de trabajar, de acceder a becas, a ascensos, a salarios dignos, entre otros.

En la sección tercera de la Constitución, que versa sobre las formas de trabajo y su retribución, se aborda el tema de la inserción al trabajo, así como la accesibilidad en igualdad de condiciones al trabajo remunerado de las personas con discapacidad. El artículo 330 garantiza la inserción laboral y además el acceso en igualdad de condiciones,

⁸² Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución de la República del Ecuador, Suplemento de Registro Oficial No. 449*. (Quito, 20 de octubre, 2008), 47 número 5

obligando al Estado y a los empleadores a ejecutar programas que viabilicen y faciliten las actividades laborales de las personas con discapacidad, prohibiendo expresamente la discriminación salarial, en base a su condición.

Como se observa, el constituyente, no solo que identificó a las personas con discapacidad como parte de un grupo vulnerable, sino que dotó de herramientas, constitucionalmente establecidas, para que se puedan hacer efectivos los derechos que se le reconocen.

En este sentido, los derechos de las personas con discapacidad en relación al trabajo, no se agotan únicamente con garantizar el acceso, sino que además implican una serie de medidas adicionales en relación a políticas públicas, reformas legislativas, criterios jurisprudenciales, entre otros, que garanticen la plena vigencia de los derechos de las personas con discapacidad en el Ecuador.

3.4. La igualdad de oportunidades en relación al derecho al trabajo y su desarrollo en las normas inferiores

En el 2011, el entonces vicepresidente de la República del Ecuador, Lenin Moreno, dirigiéndose a quienes conformaban la Asamblea Nacional, decía: “Ustedes tienen la palabra, no hagamos esperar más a los que siempre han esperado”⁸³ para pedirles a los asambleístas que aprueben la que hoy es la Ley Orgánica de Discapacidades. Esta Ley, recoge los planteamientos de diversos grupos de personas con discapacidad que luchaban por incorporar sus pedidos a la legislación ecuatoriana en temas de salud, educación, trabajo, vivienda, entre otros.

Esta ley está pensada en base a principios rectores sobre los cuales ha de basarse su aplicación, es por ello que en el capítulo segundo, en el artículo 4 se tratan los principios fundamentales y entre ellos se encuentran instituidos dos principios rectores básicos para garantizar el acceso al trabajo de las personas con discapacidad. El primero denominado: “no discriminación” entendido como la prohibición de distinguir a persona alguna con discapacidad o su familia de forma tal que pueda ser discriminada. El segundo denominado “igualdad de oportunidades” entendido como un mandato de optimización⁸⁴

⁸³ Palabras dichas por el Vicepresidente del Ecuador Lenin Moreno en el Pleno de la Asamblea Nacional del Ecuador el 20 de octubre de 2011 para pedir que se apruebe el proyecto de Ley Orgánica de Igualdad y Defensa de las Personas con Discapacidad. Tomado de: <http://www.telegrafo.com.ec/noticias/informacion-general/item/moreno-pide-aprobar-la-ley-organica-de-discapacidades.html>, Consulta: 01 de septiembre de 2015

⁸⁴ Robert Alexy utiliza el término mandato de optimización para identificar a los principios. Para adentrarse en el tema ver el libro Teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy.

mediante el cual “todas las personas con discapacidad son iguales ante la ley, tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna.”⁸⁵. Con lo cual queda claro que no es posible limitar el efectivo goce de los derechos de las personas con discapacidad y hacerlo implicaría una sanción para quien así lo hiciera.

De lo dicho, se puede colegir que los principios de no discriminación y de igualdad de oportunidades, deben servir de marco para interpretar y aplicar la normativa de esta Ley pues, de lo contrario, se estaría haciendo una interpretación errada o una aplicación indebida, que debe ser corregida por el juez constitucional.

Una vez que se ha aclarado el tema de los principios y el rol que cumplen, en la interpretación y en la aplicación de la Ley, es necesario analizar la relación entre el derecho al trabajo y el derecho al acceso en igualdad de oportunidades, para lo cual se debe empezar estudiando lo que esta Ley establece al respecto.

Es necesario, empezar diciendo que uno de los considerandos mencionados para dictar la Ley Orgánica de Discapacidades es lo establecido en el artículo 43 de la Constitución de la República en relación a la obligación del Estado de garantizar políticas tendientes a evitar la discriminación, y favorecer el derecho al trabajo de las personas con discapacidad en igualdad de oportunidades.

En ese sentido, se dicta toda una sección, la Quinta, que trata sobre el derecho al trabajo de las personas con discapacidad, en la que se regula los temas relativos a las políticas laborales, los permisos, la inclusión laboral, entre otras, y en el artículo 45 se define el derecho al trabajo como:

Las personas con discapacidad, con deficiencia o condición discapacitante tienen derecho a acceder a un trabajo remunerado en condiciones de igualdad y a no ser discriminadas en las prácticas relativas al empleo, incluyendo los procedimientos para la aplicación, selección, contratación, capacitación e indemnización de personal y demás condiciones establecidas en los sectores público y privado.⁸⁶

De lo que se colige que el trabajador con discapacidad tiene derecho a acceder a un puesto de trabajo remunerado en condiciones de igualdad y a no ser discriminado en las prácticas relativas al empleo, lo que en administración de recursos humanos se denomina como sistemas y subsistemas de recursos humanos⁸⁷.

⁸⁵ Ecuador, Asamblea Nacional, *Ley Orgánica de Discapacidades*, Registro Oficial No. 796 (Quito: 27 de septiembre, 2014).

⁸⁶ *Ibíd.*

⁸⁷ Snell, Scott y George Bohlander. *Administración de Recursos Humanos*, (México: Cengage Learning, 2013)

Según Snell y Bohlander⁸⁸, la administración de recursos humanos debe ser entendida como un sistema que está formada por diversos subsistemas: (1) Planificación, (2) reclutamiento, (3) selección, (4) orientación, formación y capacitación, (5) evaluación, (6) desarrollo de la carrera, (7) estímulos y recompensas.

En este sentido, las organizaciones, están obligadas a realizar una planificación de recursos humanos, en la que se tome en cuenta a las personas con discapacidad, detallando los puestos que pueden ocupar y ajustar los perfiles para poder incluir a la mayor cantidad de personas posibles. Los criterios de selección deben estar acorde a las necesidades que se identificaron en la planificación, siempre guiados por los principios de igualdad y no discriminación.

La formación y capacitación, debe estar orientada a facilitar el desarrollo de las personas con discapacidad en las empresas, teniendo en cuenta su plan de carrera. La evaluación debe darse respetando las diferencias propias de las personas con discapacidad. Y los salarios y recompensas deben ser iguales para todos los trabajadores, procurando no discriminar a nadie.

Es claro entonces, que el principio de igualdad de oportunidades en relación al derecho al trabajo, no se agota en el acceso al puesto de trabajo, sino que implica obligaciones de las empresas y derechos de las personas con discapacidad.

Es importante que las organizaciones no pierdan nunca de vista el principio de igualdad y no discriminación, buscando siempre la igualdad material y formal. El reto está, en procurar un trato igualitario a las personas con discapacidad en las ocasiones oportunas, por ejemplo para pagos de sueldos y salarios en las fechas adecuadas; y diferenciado cuando así lo amerite, por ejemplo para evaluaciones y ascensos, ya que solo así se pondrá en vigencia la igualdad de oportunidades en relación al derecho al trabajo.

4. Derecho a la remuneración de las personas con discapacidad como medio para alcanzar condiciones de vida dignas

4.1. La remuneración

La OIT ha desarrollado el concepto Trabajo Decente como un medio para alcanzar la vida digna. Una de las condiciones básicas que exige el trabajo decente es el pago de

⁸⁸ *Ibíd.*

una remuneración suficiente, que le permita alcanzar condiciones de vida digna al trabajador.⁸⁹

El tratadista, Mario de la Cueva manifiesta que la remuneración “es la retribución que debe percibir el trabajador por su trabajo, a fin de que pueda conducir una existencia que corresponda a la dignidad de la persona humana, o bien una retribución que asegure al trabajador y a su familia una existencia decorosa”⁹⁰.

Valverde concuerda con los elementos propuestos por de la Cueva y sostiene que “el salario recibe tradicionalmente por parte del ordenamiento jurídico un tratamiento mucho más atento y detallado que la mayoría de esas otras prestaciones dinerarias, lo que significa que el margen de libertad de las partes del contrato para fijar su cuantía y establecer su régimen jurídico es notablemente más reducido. Ello es así debido a que la mayoría de los ciudadanos activos cuenta para atender a sus necesidades”⁹¹.

López Basanta, va más allá e identifica a la remuneración como “la prestación debida al trabajador subordinado, por su empleador, en relación sinalagmática (bilateral) con la debida retribución por aquel a este (prestación del trabajo). El salario, para el jurista es, ante todo, la contraprestación del trabajo subordinado”⁹².

En la misma línea, Rendón Vásquez considera a “la remuneración una contraprestación que en la estructura del contrato de trabajo, ya que como un acuerdo o como una relación en ejecución, equilibra la obligación del trabajador de poner a disposición del empleador su fuerza de trabajo. Esta reciprocidad obligacional constituye la causa del contrato [...], y es esencial en el contrato de trabajo”⁹³

De lo que se infiere que mientras aquellos que siguen la línea creada por de la Cueva que entienden a la remuneración en términos de retribución, los que siguen la línea de López Basanta lo hacen a manera de contraprestación, sin dejar de lado el tema retributivo, por lo que, si se toman en cuenta estas dos corrientes, se puede asegurar que la remuneración tiene una doble función: una función individual, que consiste en la retribución, y una función social, a manera de contraprestación.

⁸⁹ Perú, Organización Internacional del Trabajo, *Trabajo decente y protección para todos, prioridad de las Américas*. Memoria del Director Regional a la 14ª Reunión Regional de los Estados Miembros. (Lima: 1999)

⁹⁰ Mario de la Cueva, *El nuevo Derecho mexicano del trabajo*, 3era edición, (México: Ed. Porrúa, 1975) 297.

⁹¹ Antonio Martín Valverde, Fermín Rodríguez Sañudo y Joaquín García Murcia, *Derecho del trabajo*, 6ta edición. (Madrid: Tecnos, 1997), 579

⁹² Justo López Basanta, *El Salario*, (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, 1988), 33.

⁹³ Jorge Rendón Vásquez, *Derecho individual del trabajo*, (Lima: Tarpuy, 1988), 286.

En este escenario, la remuneración puede ser entendida de diversas formas: como contraprestación al trabajo realizado, a manera de pago a quien trabaja por su fuerza de trabajo; como medio de sustento del trabajador, que ve reflejado el esfuerzo realizado en la subsistencia propia y de su familia, como un medio idóneo para alcanzar un nivel de vida digno⁹⁴; como un costo de producción, desde la óptica del empleador, que deberá tomar en cuenta al momento de calcular su punto de equilibrio⁹⁵; e inclusive como un parámetro para fijar el pago de impuestos, exenciones para el empleador y base imponible para el trabajador.

4.2. La remuneración y la libertad

La dependencia jurídica ha sido uno de los elementos decisivos para proteger al trabajador de los abusos del empleador, bajo el supuesto de que quien trabaja, no lo hace por una decisión libre, sino por necesidad; de tal forma que si pudiera elegir no lo haría, por lo que el trabajador termina por entregar su libertad a cambio de un dinero, una remuneración⁹⁶.

Al no existir independencia económica de parte de quien no tiene nada más que su fuerza de trabajo para ofrecer, se ve en la necesidad de cambiar su fuerza de trabajo por dinero para sobrevivir, solo así se puede entender que la dependencia económica deriva en dependencia jurídica⁹⁷.

La independencia económica supone la posibilidad cierta de financiamiento de la actividad que decida hacer e inclusive su decisión de no hacer nada, lo que deriva en una decisión libre y voluntaria de trabajar o no. Si esta decisión sería voluntaria, el carácter tuitivo del derecho laboral no tendría justificación, pues se presumiría la igualdad entre las partes.

Lo cierto es que muy pocos trabajan por que quieren, para alguien que quieren y sin importar la remuneración sino el simple gusto de hacer algo. La gran mayoría trabaja para subsistir, por necesidad y renunciando a 8 horas diarias de su tiempo al día a cambio de una cantidad de dinero.

⁹⁴ Vida Soria J., Monereo Pérez J.L. y Molina Navarrete C. “Manual de Derecho del Trabajo”, en Elmar Arce Ortiz, *Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Desafíos y Deficiencias*, 327 (Lima: Palestra, 2008)

⁹⁵ Carlos Alfonso Mellado, “Salarios y Negociación Colectiva”, en Joaquín Aparicio Tovar, coordinador, *Estudios Sobre el Salario*, (Albacete: Bomarzo, 2004), 9.

⁹⁶ Justo López Basanta. *El salario*. (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, 1988)

⁹⁷ César Abanto Revilla, “El contenido esencial y el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la pensión. Un ensayo preliminar a partir de la doctrina, los tratados internacionales ratificados por el Perú y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. En: *Laborem. Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. N° 6, (2006) 405-440.

Esto hace suponer que el Estado ha de garantizar que este tipo de relaciones no deriven en abusos de quien detenta los medios de producción en contra de quien no tiene nada más que ofrecer que su fuerza de trabajo. Una de las garantías fundamentales, es precisamente, regular los el ingreso mínimo que un trabajador ha de recibir a manera de remuneración, para que el trabajo no sea sinónimo de esclavitud, sino que garantice condiciones óptimas.

4.3. La remuneración y las personas con discapacidad

La OIT ha venido trabajando el tema de la remuneración en relación al derecho al trabajo desde hace muchos años. No es casualidad que en el año de 1951, se recojan los postulados del principio de igualdad de remuneración y se adopte el Convenio sobre igualdad de remuneración, por parte de la Conferencia General de la OIT, reunida en Ginebra por su trigésima cuarta reunión. En este convenio, se dejó dicho que la remuneración “comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último”⁹⁸.

En él, se recogían los postulados de la igualdad de remuneración en relación al mismo trabajo, en razón de que se logró identificar que un grupo de personas ganaba más que otro sin razón alguna que justifique la variación, por ejemplo, el trabajo realizado por hombres era mejor remunerado que el de las mujeres, aun cuando era el mismo trabajo. Lo mismo ocurría con el trabajo de las personas con discapacidad que era menos valorado que el de las personas sin discapacidad. La consecuencia de esta discriminación era que se generaron salarios injustos con quienes no pertenecían al grupo de los favorecidos.

Una remuneración justa para una persona con discapacidad es aquella que le permite una vida digna, o como lo recoge el preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, una remuneración que le garantice un salario vital, que sirva como un elemento fundamental para la construcción de la paz en función de la justicia social.

De modo que el trabajo se convierte en un medio eficiente para la inclusión social de las personas con discapacidad, dotándoles de la posibilidad de auto proveerse de aquello que necesitan mediante una remuneración adecuada, pero en la realidad no es tan

⁹⁸ Suiza, Organización Internacional del Trabajo. *Convenio 100 sobre igualdad de remuneración*, (Ginebra: OIT, 1951).

fácil construir la justicia social en base a la remuneración justa, por lo difuso que resulta el concepto.

Una primera dificultad se encuentra planteada en base a la diversidad de realidades económicas que poseen los países miembros, lo que imposibilita definir una suma universal para la remuneración justa o el salario vital como producto de una jornada laboral completa, que le permita garantizarse una vida digna, lo que ha provocado, que incluso hoy en día, aún existan millones de trabajadores que tienen que arreglárselas para que el dinero les alcance para completar el mes, pues las remuneraciones se ajustan, se devalúan, o simplemente no se actualizan sino en virtud de la voluntad del poder de turno, y no en base a criterios técnicos.⁹⁹

La crisis se agrava aún más para los más desprotegidos, las mujeres, los niños y las personas con discapacidad, cuyo trabajo es considerado como incompleto, y por lo tanto se considera que se les debe pagar menos.¹⁰⁰

La OIT ha diseñado el concepto trabajo decente, como una categoría que entiende que el trabajador necesita al menos una cantidad mínima que le permita vivir en condiciones de dignidad para él y su familia, mediante la obtención de un ingreso mínimo, sin embargo tampoco se ha podido determinar una cifra universal, menos aún se han considerado las necesidades particulares de las personas con discapacidad, ya que muchas veces su condición implica más gastos en salud, transporte especial, dietas especiales, entre otros.¹⁰¹

Otra dificultad se plantea al analizar la remuneración y la desigualdad. La remuneración es la fuente primigenia de ingresos de las unidades familiares, lo que provoca y explica la desigualdad. Si bien existen familias que subsisten únicamente del salario de los miembros de la familia que trabajan, existe otra que se procuran de otras fuentes de ingreso. Lo que promueve para unas familias el salario como fuente de sustento, mientras que para otras familias el salario se convierte incluso en fuente de ahorro o inversión.

Del mismo modo, en el Ecuador existen personas que ganan en un mes (USD. 85.000), lo que un trabajador general ganaría en 20 años de trabajo (354 mensual).¹⁰² Esto

⁹⁹ Suiza, Oficina Internacional del Trabajo, Departamento de Comunicación y de la Información Pública. *Informe de remuneraciones 2013-2014*. (Ginebra: 2015).

¹⁰⁰ *Ibíd.*

¹⁰¹ *Ibíd.*

¹⁰² Cálculo hecho tomando en cuenta que el salario mínimo establecido para el año 2015 en el Ecuador de 354 usd. y el impuesto a la renta declarado de una de las personas con mayores ingresos en el año 2014. Información tomada de www.trabajo.gob.ec y www.sri.gob.ec

genera una brecha de desigualdad que jamás podrá conciliarse. Esta brecha es más marcada si la persona en análisis tiene una discapacidad. Es en este escenario que se deben establecer estándares que permitan plantear una remuneración justa que garantice la paz social.

4.4. La remuneración como un derecho y sus inicios en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en Bogotá en el año de 1948, a más de disponer la creación de la Organización de los Estados Americanos (OEA), se constituyó como el primer hito en la construcción de los derechos humanos en el ámbito internacional, aún antes de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Si bien su valor jurídico ha sido puesto en tela de duda, hoy la discusión se ha zanjado y la mayoría de países la ven como un instrumento poderoso en la construcción del Sistema de Protección de los derechos humanos.

Esta Declaración se fundamenta en los derechos humanos que, según reconoce en sus considerandos, son inherentes al ser humano pues "no nacen del hecho de ser nacionales de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana."¹⁰³

La construcción es similar a la de la Declaración pues, para entender la remuneración justa es necesario empezar por el artículo 2 que trata la igualdad, asegurando que todos somos iguales ante la ley y tenemos derechos y deberes consagrados en la declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna, incluyéndose aquí la discriminación.

La Declaración aborda de lleno el tema de la remuneración justa en el artículo 14 que garantiza tanto el derecho al trabajo, como a una justa retribución, aduciendo que toda persona que trabaja tiene derecho de recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia.

Estas disposiciones se ven complementadas con el alcance que se le da a los derechos en el artículo 28, en relación a los límites de los derechos, que se encuentran

¹⁰³ Colombia, Conferencia Internacional Americana, *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. (Bogotá: 1948)

donde empiezan los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático.

4.5. La remuneración del trabajo de las personas con discapacidad como un derecho humano en la perspectiva de la Declaración Universal de Derechos Humanos

La Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁰⁴ es un logro en la lucha por la reivindicación de los derechos humanos a nivel mundial, fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 en la ciudad de París. Es un documento declarativo contiene los derechos considerandos básicos a la época, en sus 30 artículos. Si se lee de manera sistemática, e integral, se observa que en la misma ya se garantizan algunos postulados respecto al derecho a la remuneración, incluyendo a las personas con discapacidad.

Así pues, la igualdad y no discriminación, se encuentra consagrada en el artículo 7 que en su tenor literal manifiesta: “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación” de lo que se desprende que no cabe distinción alguna que se pudiera hacer en contra de las personas con discapacidad.

La igualdad y equidad salarial, es reconocida por la Declaración en su artículo 23 que declara que 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, así como que toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual. Se declara además que toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure a quien trabaja y a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana. Con lo que queda claro que al no haber motivo alguno que justifique la discriminación, y además, la equidad salarial en base a remuneraciones justas, se configura un círculo de protección para la remuneración de las personas con discapacidad.

Pero esa remuneración no puede ser cualquier tipo de remuneración, sino que debe ser una remuneración que garantice un nivel de vida adecuado, para la persona con

¹⁰⁴ Francia, Asamblea General de las Naciones Unidas, *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. (París: 10 de diciembre, 1948)

discapacidad que trabaja y para su familia, que le asegure el acceso a otros derechos la salud, la alimentación, el vestido, entre otros, pues así lo declara el artículo 25.

Y esto se debe efectivizar como manda el artículo 28, mediante la aplicación de garantías de derechos fundamentales, debido a que toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en la Declaración se hagan plenamente efectivos.

4.6. El salario justo, entre la progresividad y la eficacia.

La progresividad de los derechos es un denominador común en la eficacia plena de los derechos sociales. Así pues, el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁰⁵ (Adoptado por Resolución 2200 (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, abierto a la firma en la Ciudad de Nueva York el día 19 de diciembre de 1966), compromete a los estados Partes a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos ahí reconocidos.

En este tratado se va un paso más allá y se compromete a los estados Partes a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, clausula sospechosa, dentro de la cual se incluye a las personas con discapacidad.

El artículo 3, que hace referencia a la igualdad establece que los estados Partes en el presente pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto. Lo que garantiza la igualdad entre hombres y mujeres con discapacidad.

El salario justo, igual y equitativo es reconocido en el artículo 6, que sostiene que los estados partes reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.

¹⁰⁵ Estados Unidos, Asamblea General de las Naciones Unidas, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. (New York, 19 de diciembre, 1966)

Entre las medidas que habrán de adoptar para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar “la orientación y formación técnico profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana”.

El artículo 7, reconoce el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo, equitativas y satisfactorias, que le aseguren en especial, una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: “i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual; ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto...”

4.7. La igualdad de remuneración para las mujeres con discapacidad

Las mujeres han sido un grupo relegado de protección, obtuvieron la condición de ciudadana varios años después que los hombres en la mayor cantidad de países del mundo, el primer instrumento de derechos humanos es vinculado con los derechos del hombre, entre otros.

Pero dentro de las mujeres también ha habido exclusión, sobre todo con aquellas que no responden al molde de mujer blanca, clase media, ama de casa, excluyendo a las mujeres afro descendientes, mujeres que dejan de cuidar a sus hijos para cuidar a los hijos de alguien más, mujeres indígenas, mujeres con discapacidad, mujeres diversas.

La Convención sobre la Eliminación de Todas la formas de discriminación contra la Mujer (Aprobada por Resolución 34/180 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 18 de diciembre de 1979, y suscripta por la República Argentina el 17 de julio de 1980) es importante pues, da una protección especial a las mujeres en general y a las mujeres con discapacidad en particular.

En su preámbulo se ratifica la obligación de los Estados Partes de garantizar al hombre y la mujer la igualdad en el goce de todos los derechos económicos, sociales y culturales, civiles y políticos.

Al tratar el derecho a la igualdad, y no discriminación salarial, en el artículo 11 se establece que se deben adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular el derecho a

igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como igualdad de trato respecto a la evaluación de la calidad de trabajo.

De esta manera se protege de manera especial a las mujeres con discapacidad de posibles abusos por discriminación en todos los ámbitos, incluyendo el salarial.

4.8. A igual trabajo igual remuneración, un principio que promueve la justicia

El Convenio de la OIT relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor (entrada en vigor: 23 mayo 1953) en su artículo 1 define el término remuneración como el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último; la expresión igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor designa las tasas de remuneración fijadas sin discriminación en cuanto al sexo.

En su artículo dos establece que se deberá:

... empleando medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y, en la medida en que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor”.

El principio de igualdad de remuneración deberá aplicarse mediante:

- (a) la legislación nacional;
- (b) cualquier sistema para la fijación de la remuneración, establecido o reconocido por la legislación;
- (c) contratos colectivos celebrados entre empleadores y trabajadores; o
- (d) la acción conjunta de estos diversos medios.¹⁰⁶

En el artículo tres obliga a que se adopten medidas para promover la evaluación objetiva del empleo, en base al trabajo desempeñado por el trabajador. “Los métodos que se adopten para esta evaluación podrán ser decididos por las autoridades competentes en lo que concierne a la fijación de las tasas de remuneración, o cuando dichas tasas se fijen por contratos colectivos, por las partes contratantes”¹⁰⁷. Lo que permite un rango de manejo para el empleador sin que esto signifique discrecionalidad.

Las diferencias entre las tasas de remuneración que correspondan, independientemente del sexo, a diferencias que resulten de dicha evaluación objetiva de los trabajos que han de efectuarse, “no deberán considerarse contrarias al principio de

¹⁰⁶ Organización Internacional del Trabajo, *Convenio 100 sobre igualdad de remuneración*.

¹⁰⁷ *Ibíd.*

igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor”¹⁰⁸, con lo que se deja a salvo que se puede ganar más que otra persona, pero en base al desempeño y no en razón del género. Si se hace una interpretación integral, esto aplicaría también para las personas con discapacidad.

5. Los derechos laborales de las personas con discapacidad en el Ecuador

Hasta aquí, se ha hecho una revisión exhaustiva de los instrumentos internacionales de derechos humanos más relevantes en cuanto se refiere a la protección de los derechos de las personas con discapacidad, así como de la exigibilidad que tienen estos derechos, en los ordenamientos internos de los países miembros que han firmado los mismos, en relación con la jurisprudencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Es el momento de analizar el valor que tienen los instrumentos internacionales de derechos humanos en el Ecuador debido a que la Constitución de 2008 les ha dado una importancia trascendental al incorporarlos al sistema jurídico ecuatoriano al mismo nivel que la Constitución y con la obligación clara de ser observados de forma directa por parte del Estado, así como de los particulares.

La importancia que le ha dado la Constitución de 2008 a los instrumentos de derechos humanos¹⁰⁹ se observa desde el artículo 3 que trata sobre los deberes primordiales del Estado, en cuyo numeral 1 se establece como un deber primordial del Estado el de garantizar, sin discriminación alguna, el efectivo goce de los derechos establecidos en los instrumentos internacionales.

Esta obligación se encuentra complementada con el contenido del artículo 11 de la Constitución numerales 3 y 7 que establecen que los derechos y garantías establecidos en “los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte”. Y que el reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los

¹⁰⁸ *Ibíd.*

¹⁰⁹ La Constitución de 2008 utiliza indistintamente la expresión instrumentos, convenios y tratados de derechos humanos, sin llegar a diferenciar entre normas internacionales ratificadas y no ratificadas. Esto hace suponer que se debe interpretar la norma respetando el principio *pro homine*, es decir dándole el sentido que más favorezca a la vigencia plena del derecho.

demás derechos derivados de la dignidad de las personas, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

De lo que se desprende que todos aquellos instrumentos internacionales que protejan los derechos laborales de las personas con discapacidad podrían ser aplicados directamente por los jueces al momento de resolver las causas que lleguen a su conocimiento, en las que se aleguen vulneraciones a estos instrumentos, con el fin de precautelar los derechos laborales de las personas con discapacidad.

Estas disposiciones se encuentran en armonía con lo establecido en el artículo 426 de la Constitución donde se determina que los administradores de justicia aplicarán directamente las normas previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente, lo que en la práctica significaría la aplicación directa de las normas de los instrumentos internacionales, siempre y cuando esta sea más favorable que la del ordenamiento interno y la aplicación del principio *iura novit curia*.

En este escenario, queda claro que los jueces están obligados a respetar y garantizar los derechos laborales de las personas con discapacidad establecidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Esta obligación es doble, pues nace de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Constitución del Ecuador.

Una vez que se ha dejado en claro, cual es el valor de los instrumentos internacionales de derechos humanos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano es necesario hacer algunas puntualizaciones respecto a los derechos laborales de las personas con discapacidad.

Las personas con discapacidad que trabajan gozan de los mismos derechos laborales que las personas sin discapacidad, con una protección especial brindada por el principio de igualdad y no discriminación, el que se ve traducido en la igualdad de oportunidad y la integración social, siempre con un enfoque a preservar el derecho al acceso al trabajo y a la remuneración de estas personas. Si bien una posible vulneración al acceso al trabajo o la igualdad de remuneración, supone una vulneración al principio de igualdad, se ha tratado cada uno de estos temas por separado dada la importancia que le ha dado el texto constitucional.

El constituyente ecuatoriano ha dejado en claro que es su interés proteger a este grupo prioritario, sobre todo de posibles vulneraciones al derecho a la igualdad y a la no

discriminación, y para ello ha establecido garantías constitucionales destinadas a tutelar sus derechos constitucionales como la acción de protección¹¹⁰.

Es por ello, que se han estudiado varios de enfoques del derecho a la igualdad y a la no discriminación, de modo que se puede encauzar el tema desde la perspectiva de la (1) discriminación directa e indirecta o (2) desde la igualdad material y formal o (3) desde la relevancia jurídica de las diferencias, y así poder cumplir con el objetivo planteado para esta investigación, es decir verificar cuales son los criterios utilizados por los jueces al resolver acciones de protección.

¹¹⁰ Se ha diseñado la acción de protección cuyo “objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.” (Artículo 88 de la Constitución de la República del Ecuador)

Capítulo II. Estudio de las sentencias emitidas en Acciones de Protección presentadas por personas con discapacidad alegando vulneraciones al derecho al trabajo

1. Introducción

Como se ha podido observar hasta aquí, la Constitución ecuatoriana de 2008, ha centrado su atención en el derecho a la igualdad y la no discriminación como el pilar fundamental en la construcción, defensa y garantía de los derechos de las personas con discapacidad. Si bien hace un énfasis especial en el derecho al acceso al trabajo y a la remuneración justa, estas son categorías íntimamente relacionadas a la igualdad y no discriminación.

Una vez que se han hecho algunas precisiones respecto a los derechos laborales de las personas con discapacidad, tanto desde la óptica constitucional, como desde la óptica de los instrumentos de derechos humanos, es pertinente entrar a analizar la jurisprudencia que han ido produciendo los jueces constitucionales en el Ecuador en las acciones de protección para verificar los criterios que los jueces están utilizando para resolver respecto a las posibles vulneraciones a los derechos laborales de este grupo vulnerable.

Este análisis, pretende establecer los elementos que están examinando los jueces constitucionales de primer y segundo nivel, al momento de resolver acciones de protección respecto a posibles vulneraciones a los derechos laborales de las personas con discapacidad. Para ello, es necesario estudiar las sentencias dictadas al respecto y observar los principales argumentos utilizados por los juzgadores, de manera que se pueda identificar el criterio que está primando al momento de dictar sentencia y el enfoque que tiene la protección de los derechos laborales de las personas con discapacidad en el Ecuador.

En este capítulo, se analizarán algunas cuestiones previas respecto a la acción de protección, fundamentales para el análisis de las sentencias que se pretende estudiar, partiendo de lo establecido por el constituyente en la Constitución de 2008, y pasando revista del desarrollo de esta acción en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y del contenido del que le ha dotado la Corte Constitucional; para luego examinar las sentencias emitidas dentro de esta garantía jurisdiccional, y así poder dar respuesta a la pregunta de investigación planteada.

2. La acción de protección como garantía efectiva para garantizar los derechos laborales de las personas con discapacidad

La acción de protección surge con la aprobación de la Constitución ecuatoriana de 2008 que en su artículo 88 manifiesta:

La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

Así, la acción de protección se ha configurado como una garantía a favor de los derechos constitucionales y aquellos reconocidos en los tratados internacionales de derechos humanos, que tiene dos características fundamentales:

1. ser directa y,
2. ser eficaz.

Para garantizar estas dos características y precautelar el adecuado funcionamiento del sistema jurídico, así como la vigencia plena de los derechos, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control Constitucional ha desarrollado algunos elementos a manera de requisitos y otros de procedencia:

En el artículo 40 se establecen algunos requisitos concurrentes:

1. La violación de un derecho constitucional;
2. La acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente; y,
3. La inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.

Mientras que en el artículo 41 se establecen algunos requisitos de procedibilidad, en los que se establece que la acción de protección procede contra:

1. Todo acto u omisión de una autoridad pública no judicial que viole o haya violado los derechos, que menoscabe, disminuya o anule su goce o ejercicio.
2. Toda política pública, nacional o local, que conlleve la privación del goce o ejercicio de los derechos y garantías.

3. Todo acto u omisión del prestador de servicio público que viole los derechos y garantías.
4. Todo acto u omisión de personas naturales o jurídicas del sector privado, cuando ocurra al menos una de las siguientes circunstancias:
 - a) Presten servicios públicos impropios o de interés público;
 - b) Presten servicios públicos por delegación o concesión;
 - c) Provoque daño grave;
 - d) La persona afectada se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo.
5. Todo acto discriminatorio cometido por cualquier persona.

Por su lado, el artículo 42 establece algunas causales de improcedencia de la acción, determinando que la acción de protección no procede:

1. Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales.
2. Cuando los actos hayan sido revocados o extinguidos, salvo que de tales actos se deriven daños susceptibles de reparación.
3. Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven la violación de derechos.
4. Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz.
5. Cuando la pretensión del accionante ante sea la declaración de un derecho.
6. Cuando se trate de providencias judiciales.
7. Cuando el acto u omisión emane del Consejo Nacional Electoral y pueda ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral.

Aclarando que en los casos que proceda la inadmisión, de manera sucinta la jueza o juez, mediante auto, la declarará y especificará la causa por la que no procede la misma.

Como se observa, el artículo 42 posee una antinomia ya que al principio habla de causales de improcedencia y al final hace referencia a la inadmisión. No se profundizará sobre este punto, ya que sobre esta cuestión se volverá más adelante y se analizará lo que la Corte Constitucional ha dicho al respecto.

Esta garantía constitucional no se restringe a controlar la constitucional de los actos de los poderes del Estado sino que también controla posibles abusos de parte de

privados, correspondiendo a los jueces controlar que tanto los actos públicos, como los privados, no violen derechos constitucionales. Este nuevo modelo jurídico, convierte a todos los ciudadanos en garantes de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos de derechos humanos.¹¹¹

2.1 Algunas precisiones de la Corte Constitucional

Si bien la acción de protección tiene una base constitucional, esta ha sido desarrollada por la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Es importante entender cuál es el contenido que se le ha dado a las disposiciones legales para poder hacer el análisis propuesto, por ello se sistematizará el contenido que le ha dado la Corte Constitucional a la Acción de Protección a partir de la interpretación del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en relación a cómo debe entenderse el procedimiento informal en la tramitación de las garantías jurisdiccionales de los derechos y a si existe vulneración a los derechos constitucionales de tutela judicial efectiva y debido proceso cuando en el auto de inadmisión a trámite no se ha observado el procedimiento constitucional para sustanciar una acción de protección.¹¹²

2.1.1 La informalidad de la acción de protección

La Corte Constitucional, mediante la expedición de la sentencia N.º 102-13-SEP-CC, estableció que es obligación del juez constitucional sustanciar los procesos de garantías constitucionales de forma tal que le sea posible al juez que conoce la causa determinar la existencia o no de las vulneraciones de derechos constitucionales. Para que esto sea posible, la Corte ha dejado en claro que la inadmisión de una demanda de una acción de garantías constitucionales no puede ser utilizada como una forma de escape del juzgador constitucional para inhibirse de su obligación constitucional de tutelar efectivamente los derechos constitucionales de las personas, pues se estaría denegando justicia y vulnerando derechos constitucionales. La Corte sistematiza su afirmación argumentando que la finalidad de las acciones constitucionales es precautelar los

¹¹¹ Ávila Santamaría, Ramiro, “Las Garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. Avances Conceptuales en Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez y Rubén Martínez Dalmau, *Desafíos Constitucionales. La Constitución del 2008 en perspectiva, Serie Justicia y Derechos Humanos, Ministerio de Justicia*. 93, (Quito: Imprenta V&M Gráficas 2008).

¹¹² Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N.º 102-13-SEP-CC. Caso N.º 0380-10-EP

derechos constitucionales por lo que el constituyente creyó pertinente establecer que su naturaleza resultara informal para prevenir trabas en el ejercicio de los derechos y en la forma en la que estos son garantizados. Una muestra de la informalidad de las acciones constitucionales es que la legitimación activa es abierta, es decir, la acción puede ser interpuesta por cualquier persona o grupo de personas sin necesidad de tener una calidad especial.

Otra característica, sostiene la Corte, que revela la naturaleza informal de las acciones constitucionales es la competencia de los jueces, ya que únicamente se encuentra limitada por el lugar en el que se origina el acto, la omisión o donde se producen los efectos que se derivarían en una vulneración de derechos; es decir no nos vemos frente a un conflicto de competencia por razón de la materia ni por grados.

El artículo 86 de la Constitución impone claramente la obligación del juzgador de precautelar que el procedimiento sea sencillo, rápido y eficaz, así como que debe convocar de manera inmediata a audiencia para conocer los argumentos de las partes en pro de que las acciones constitucionales sean un recurso directo y eficaz que permitan garantizar la tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos.

Precisamente con la intención de garantizar la tutela efectiva, el artículo 7 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, al establecer las competencias de los jueces en garantías jurisdiccionales prescribe que el juez que deba conocer las acciones constitucionales no podrá inhibirse de hacerlo, dejando lugar a la capacidad de excusarse si hubiese razón. Con esta norma se evita que existan dilaciones en el proceso que puedan perjudicar su desempeño y se garantiza que luego de cumplir con el debido proceso constitucional se juzgue respecto a la existencia de vulneraciones de derechos constitucionales

El cambio de los formalismos extremos que caracterizaban al recurso de amparo¹¹³, a la informalidad de las acciones constitucionales, es muestra de un cambio constitucional en el país, al ser el Ecuador un estado de derechos y justicia, se instaura también la garantía de tutelar de manera efectiva una posible vulneración de derechos por medio de un procedimiento que sea accesible, efectivo y eficaz que permita establecer y verificar si existe o no la vulneración de un derecho.

¹¹³ Al respecto se puede revisar la obra de Ávila Santamaría Ramiro, El Amparo Constitucional. Tribunal Constitucional. Un cambio ineludible la Corte Constitucional. Tomado del Neoconstitucionalismo y Sociedad.

De manera específica, la acción de protección tal como lo establece el artículo 88 de la Constitución busca amparar de manera directa y eficaz los derechos constitucionales y puede ser presentada ante la vulneración de derechos derivada de cualquier acción u omisión de una autoridad pública no judicial o de particulares en los casos previstos en la Constitución y la Ley.

Respecto a los requisitos de admisibilidad, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional detalla de manera precisa el procedimiento informal, rápido y eficaz de las garantías, en primer lugar establece las normas comunes a todas las garantías jurisdiccionales, en el artículo 10 se especifica los requisitos mínimos de la demanda.

En este punto la Corte sostiene que es necesario recalcar que incluso en temas formales como éstos, la Ley ordena a los jueces que sí, luego de haber incumplido los requisitos, no se completara la demanda en el tiempo legal fijado el juez está en la obligación de comprobar si de la relación de los hechos se desprende la existencia de una vulneración de derechos grave y, de haberlo, el juzgador debe tramitar y subsanar la omisión de los requisitos que estén a su alcance; ésta es una característica que evidencia la informalidad del trámite.

Con estas consideraciones la Corte Constitucional establece que la inadmisión de la acción de protección tiene un carácter excepcional y se genera únicamente cuando el juez no esté en posibilidad alguna de subsanar los requisitos mínimos que se requieren de la demanda. Esto sin duda demanda de una posición activa de parte del juez con la intención de precautelar los derechos, teniendo un rol distinto al del dirigir el proceso para pasar a ser proactivo en búsqueda de la justicia basado en la realidad social.

Una vez que ha dejado en claro las particularidades de la inadmisión de la acción de protección, la Corte procede a analizar las causas de improcedencia de la acción que están determinadas en el artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. La Corte manifiesta que estas disposiciones son taxativas y deben ser analizadas por el juez teniendo claro el objetivo de la acción constitucional, la tutela efectiva de los derechos constitucionales. Sin embargo, se genera la pregunta de si existen o no diferencias entre las causas de inadmisión y las de improcedencia y para esto, procede a definir conceptos.

Utiliza la definición de Cabanellas, quien sostiene que admisión es "...Autorizar la tramitación de un recurso o de una querrela. Recibir. Dar entrada. Permitir, consentir,

sufrir”¹¹⁴. Mientras que la procedencia es entendida como “Lo que es conforme a derecho. La procedencia en lo procesal se diferencia de la admisibilidad (v) simple oportunidad para que se oiga o se juzgue (aun no teniendo derecho ni razón), por ajustarse a normas de posible trámite”¹¹⁵. Con lo cual, la Corte deja sentadas claras diferencias desde el plano conceptual, ya que mientras la admisión únicamente da paso al trámite, la procedencia estaría relacionada con lo que es conforme a derecho.

La Corte manifiesta que procesalmente, se establece también una distinción, pues podríamos argumentar que la admisión consiste en la verificación de requisitos formales para iniciar la sustanciación de un proceso, mientras que la procedencia implica más bien una verificación material respecto a la existencia de la razón que busca obtener un pronunciamiento judicial o acceder a un recurso.

Con lo cual, la Corte llega a concluir que los requisitos de admisibilidad de la demanda de la acción de protección que se encuentran en el artículo 10 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, serían subsanables por el juez en caso de evidente violación de derechos mientras que, los requisitos de procedencia que están establecidos en el artículo 42, serían disposiciones taxativas que se analizan luego de haber resuelto sobre la admisibilidad y que no son subsanables por el juez¹¹⁶.

Tener presentes estas diferencias, le permitirán al juez garantizar los derechos constitucionales de las partes y la naturaleza informal de las acciones constitucionales, esto sumado a la posibilidad de administrar justicia apegado a las disposiciones constitucionales.

2.1.2. La admisibilidad y la improcedencia de la acción

La Corte Constitucional, en la sentencia N. ° 102-13-SEP-CC, analiza cuando se produce la admisibilidad y cuando la improcedencia de la acción de protección, limitando la posibilidad de inadmitir una acción de protección únicamente a aquellos casos en los que de una simple lectura de la demanda se desprenda que se impugna una decisión judicial o cuando se trate de acciones u omisiones del Tribunal Contencioso Electoral.

¹¹⁴ La Corte Constitucional del Ecuador toma esta definición de: Manuel Osorio y Florit Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Diccionario de Derecho*, Tomo I, (Buenos Aires: Heliasta, 2007), 83

¹¹⁵ *Ibíd.*, 367-368.

¹¹⁶ Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador. [Sentencia N. ° 102-13-SEP-CC. Caso N.° 0380-10-EP], Quito, 04 de diciembre, 2013

La Corte Constitucional parte de la idea de que el Ecuador es un país en el que está vigente el principio de supremacía de la Constitución y manifiesta que la interpretación constitucional, según el artículo 436 de la Constitución de la República, es competencia de la Corte Constitucional ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución y los tratados ratificados por el estado, en concordancia al artículo 429 que indica que la Corte es el máximo organismo de control, interpretación y administración de justicia en materia constitucional.

Sin embargo, la Corte aclara que considerando que todos los jueces son jueces constitucionales (con competencia para resolver acciones y con la obligación para decidir en base a norma constitucional), la Corte en el ejercicio de sus funciones es el intérprete final de la Constitución y sus decisiones son vinculantes.

Al hacer referencia de manera específica respecto a la interpretación de los mencionados artículos 40 y 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la Corte sostiene que se presentan tres posibles interpretaciones.

La primera, hace referencia a analizar las causales como de inadmisibilidad previstas en el artículo 42 las mismas que podrían ser deducidas por el juez en el auto de admisión junto con las establecidas en el artículo 10.

La segunda interpretación se relaciona con las causales del artículo 42 como de improcedencia tal como lo determina el texto de la norma y que requieren un pronunciamiento argumentativo del juez, es decir una sentencia fundamentada.

Y, la tercera que supone una separación de las causales establecidas en el artículo 42 entre las de inadmisión y las de improcedencia.

Por ello, la Corte Constitucional considera necesario analizar a partir del derecho a la tutela judicial y a la naturaleza procesal de las acciones constitucionales, una a una las causales establecidas en el artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. En este sentido la Corte Constitucional sostiene que:

La primera causal del artículo 42 indica: Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales, esto deja en claro que el juez debe realizar para formarse un criterio de si es posible que haya existido alguna vulneración de derechos; esto constituye de por si la razón de ser de la acción de protección.

La segunda causal de mencionado artículo señala: “Cuando los actos hayan sido revocados o extinguidos, salvo que de tales actos se deriven daños susceptibles de reparación”. Para éste caso, el juez deberá determinar que los actos que producen daño

hayan sido revocados o extinguidos durante el proceso y, si a pesar de esto siguieran produciendo daño. Esto solo se puede alcanzar luego de tramitar la acción, al ser una causal de improcedencia se requiere que el juez haga un análisis argumentativo de la misma.

En tercer lugar está la causal que indica: “Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión que no conlleven la violación de derechos”, ésta causal se justifica en base a que las vías pertinentes para conocer y resolver la legalidad de los actos y la constitucionalidad de los actos normativos¹¹⁷. Innegablemente el control de legalidad está ligado con la justicia ordinaria, sin embargo, éste control siempre debe estar dentro de los derechos establecidos por la Constitución éste análisis también debe hacerse dentro del proceso.

Además, respecto a éste punto la Corte Constitucional ha manifestado que a los jueces les corresponde amparar sus decisiones sobre la legalidad y la constitucionalidad, para hacerlo deben distinguir las distintas facetas que puede tener el derecho, en una acción de protección la obligación del juez es revisar los hechos en los que el derecho está en juego por lo que sobrepasa las características del nivel de legalidad¹¹⁸.

De la misma manera, ya que se tiende a confundir entre la legalidad y la constitucionalidad en protección de derechos, la Corte ha manifestado también que además es necesario que el juez verifique efectivamente la existencia de una vulneración de derechos constitucionales luego de realizar un estudio de razonabilidad de la causa específica ya que no todas las vulneraciones tienen que ser accionadas vía constitucional en algunos casos, en materia de legalidad existen vías idóneas y eficaces.¹¹⁹

La cuarta causal prescribe: “Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz”. Ante esto, es lógico deducir que cuando una persona presenta una acción de protección es porque considera que las demás vías no son del todo adecuadas para resolver su petición, no tiene ningún sentido exigir que el peticionario se pronuncie sobre esto en el escrito inicial; resolver ésta causal requiere también un análisis argumentativo del juez luego de conocer el caso, lo que la convierte también en una causal de improcedencia.

¹¹⁷ Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, para el período de transición, [*Sentencia N.º 055-10-SEP, caso N.º 213-10-EP*, (Quito: 18 de noviembre, 2010) y, Corte Constitucional del Ecuador, [*Sentencia N.º 0016-13-SEP-CC, caso N.º 1000-12-EP*], Quito, 16 de mayo: 2013

¹¹⁸ Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, para el período de transición, [*Sentencia N.º 064-12-SEP-CC caso N.º 0341-10-EP*], Quito, 27 de marzo, 2012.

¹¹⁹ Corte Constitucional del Ecuador, [*Sentencia N.º 016-13-SEP-CC, caso N.º 1000-12-EP*].

La quinta causal: “Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho”, resulta ser una distinción fundamental de la justicia constitucional y la justicia ordinaria, en un estado como el ecuatoriano, los derechos constitucionales existen y no necesitan ser declarados, necesitan tutela y garantía efectiva. La acción constitucional se limita a declarar la vulneración de un derecho constitucional, la justicia ordinaria en cambio, busca la declaración de un derecho y su exigibilidad. Ésta también resulta una causal de improcedencia considerando que se requiere la sustanciación del proceso para que el juez pueda analizarla.

La causal sexta indica: “Cuando se trate de providencias judiciales”; a diferencia de las demás causales, ésta si se puede resolver de la petición inicial de accionante, en función de su simple lectura se puede deducir si se incurre en la prohibición o no por lo que perfectamente puede ser resuelto por el juez al momento de calificar la demanda.

Finalmente, la séptima causal: “Cuando el acto u omisión emane del Consejo Nacional Electoral y pueda ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral”, también puede ser verificada por el juez al leer la petición inicial.

Una vez analizadas las 7 causales del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la Corte llega a concluir que, solamente las causales 6 y 7 del artículo, pueden ser consideradas como causales de inadmisión como las indicadas de manera general en el artículo 10, todas las otras cinco causales son y deben ser consideradas causales de procedibilidad que merecen motivación del juez al momento de ser resueltas ya que dada la carga argumentativa no podrían ser resueltas en el auto de admisión, es necesario que el juez conozca el trámite y lo sustancie, revise pruebas y fundamente su criterio. La Corte Constitucional ha indicado que se debe interpretar condicionalmente el artículo 42 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional así:

El momento procesal para la determinación de la existencia de las causales de inadmisión, previstas en los numerales 6 y 7 del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, será al calificar la demanda mediante auto. En tanto, las causales de improcedencia de la acción de protección, contenidas en los numerales 1, 2, 3, 4 y 5 del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, deberán ser declaradas, mediante sentencia motivada, en los términos exigidos por la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.¹²⁰

¹²⁰ Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia N.º 102-13-SEP-CC caso N.º 0380-10-EP]

Como es lógico pensar, la Corte estima necesario analizar el artículo 40 de la Ley a fin de guardar coherencia con la mencionada interpretación condicionada, pues el artículo 40 establece los requisitos específicos que se deben cumplir para presentar una acción de protección; entre esos requisitos se encuentran: la violación de un derecho constitucional, la acción u omisión de una autoridad pública y la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho.

Los dos primeros requisitos hacen referencia directa a la naturaleza de la acción de protección, tal como lo hace la primera causal del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

En lo referente a la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado se puede conectar directamente con la causal número 4 del artículo 42, es decir, también debería ser resuelto previa argumentación detallada por parte del juez sustanciador. Es por esto que la Corte Constitucional también se ha pronunciado respecto al artículo 40 de la Ley:

Los requisitos establecidos en el artículo 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional constituyen cuestiones que implican un análisis de fondo del asunto controvertido en la acción de protección, por lo tanto, podrán ser invocados por el juzgador únicamente a través de sentencia motivada, en los términos exigidos por la Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.¹²¹

La Corte determina que los requisitos de éste artículo también se relacionan con presupuestos de procedibilidad y necesitan un análisis de fondo por parte del juez y por ende motivación en sentencia.

Una vez aclarado como ha de entenderse este artículo, la Corte recuerda las implicaciones y el alcance de que las decisiones de la Corte sean vinculantes, puesto es esta característica la que obliga a que sus decisiones deban ser observadas por todos los operadores de justicia, lo cual implica que todos quienes administren justicia deben fundamentar sus resoluciones en base a criterios previos emitidos en situaciones similares guardando coherencia y consistencia con aquellos.

Otro análisis que debe hacerse respecto a la característica de vinculante de las resoluciones de la Corte es su jerarquía y la necesidad de mantener una calidad similar en las sentencias, al ser la Corte por su categoría de intérprete máximo de la Constitución es su deber cubrir con la necesidad de que exista similar coherencia y consistencia en la

¹²¹ *Ibíd.*

aplicación de los mandatos constitucionales, es así que la Corte cumple la función de ser un órgano de cierre por llamarlo de alguna forma¹²².

2.1.3. La Subsidiariedad

La Corte Constitucional ha dejado en claro el tema de la subsidiariedad de la acción de protección, sosteniendo que esta acción se encuentra directamente relacionada con el artículo 88 de la Constitución de la República que indica las condiciones de procedencia de la acción de protección, entre éstas condiciones están: la existencia de un acto u omisión de una autoridad pública que no sea judicial y que implique la violación de derechos constitucionales; la existencia de una política pública que suponga la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; que se cumplan con los requisitos específicos en el caso de que la violación se derive de actos u omisiones de un particular: que se provoque un daño grave, que se preste servicios públicos impropios, que se actué por delegación o concesión, o que la persona afectada se encuentre en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

La necesidad de la existencia de la vulneración de un derecho es la base para que se genere una acción de protección, la misma que tiene lugar solamente cuando el juez luego de un estudio profundo de razonabilidad evidencie la vulneración de derechos constitucionales. La Corte Constitucional ha indicado, respecto a la aplicación subsidiaria de la acción de protección que:

“(…) el carácter subsidiario de la acción de protección ecuatoriana determina que esta procede exclusivamente cuando de un profundo estudio de razonabilidad del caso concreto realizado por la jueza o juez, se desprende la existencia de vulneración a derechos constitucionales. Por el contrario, si en dicho análisis judicial no se determina la existencia de vulneraciones a derechos constitucionales, sino conflictos de índole infra constitucional, a la jueza o juez le corresponde determinar cuáles son las vías judiciales ordinarias las adecuadas para la solución del conflicto”¹²³.

Como es evidente, la subsidiariedad va de la mano con las causales de procedibilidad, pues lo que se busca evitar es la ordinarización de la acción de protección ya que, al ser su finalidad proteger derechos que se encuentren en riesgo o que hayan sido vulnerados si se permitiera su generalización se perdería su naturaleza de urgente y se disminuiría la importancia de su tratamiento y la diligencia y prolijidad que como se ha

¹²² Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, para el período de transición, [Sentencia N. ° 045-11-SEP-CC, caso N. ° 0385-11-EP], Quito, 24 noviembre, 2011.

¹²³ Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, [Sentencia N. ° 098-13-SEP-CC, caso N. ° 1850-11-EP] Quito: 26 de noviembre, 2013.

manifestado, debe tener el juez y los funcionarios judiciales para resolver respecto a la petición que motive la interposición de la acción.

Una vez que se ha dejado en claro la interpretación que ha de dársele al artículo 42 en relación con la naturaleza informal de las acciones constitucionales, la interpretación del artículo 40, el carácter vinculante de las decisiones de la Corte Constitucional, y la subsidiariedad de la acción de protección, es pertinente establecer los elementos que están examinando los jueces constitucionales de primer y segundo nivel, al momento de resolver acciones de protección respecto a posibles vulneraciones a los derechos laborales de las personas con discapacidad para darle respuesta a nuestra pregunta de investigación.

3. Análisis del criterio jurisprudencial vigente en materia de derechos laborales de las personas con discapacidad

Hemos visto como desde la implementación de la acción de protección con la Constitución de 2008, los jueces se han enfrentado a un nuevo reto que supone garantizar los derechos establecidos en la Constitución de manera efectiva y reparar la vulneración de los mismos. Así mismo, se ha determinado que la Constitución del Ecuador ha previsto una protección especial para las personas con discapacidad, puesto que las ha considerado como parte de un grupo de atención prioritaria, lo que implica que merecen un trato prioritario en relación a las demás personas.

En este escenario, se planteó la necesidad de investigar cuáles eran los criterios que estaban utilizando los jueces para resolver las acciones de protección para analizar de qué forma se estaban tutelando los derechos laborales de las personas con discapacidad.

Para cumplir con este objetivo, se propuso hacer un análisis de las sentencias de acciones de protección que han sido dictadas por los jueces de primer y segundo nivel que versen sobre posibles vulneraciones a derechos laborales de las personas con discapacidad.

Para localizar las sentencias, se utilizó la página web de la Corte Constitucional del Ecuador¹²⁴, en cuyo menú CASOS Y SENTENCIAS permite acceder al proceso de selección de la Corte Constitucional. Una vez ahí, se activó el recuadro que permite filtrar únicamente sentencias de acción de protección, junto con la palabra “discapacidad” en el recuadro de búsqueda general, y señalando “trabajo” en el derecho constitucional

¹²⁴ www.corteconstitucional.gob.ec

alegado¹²⁵, con lo que se logró identificar todas las sentencias de acción de protección en las que se había alegado un vulneración al derecho al trabajo y que además contenía la palabra discapacidad.

El sistema arrojó un total de 12 sentencias en las que una persona con discapacidad había alegado vulneraciones a su derecho al trabajo. Se procedió a solicitar copias de las sentencias identificadas y una vez obtenidas se depuró¹²⁶ la lista y se identificó únicamente 9¹²⁷ que cumplían con los requisitos de sentencias de acción de protección en las que personas con discapacidad hayan alegado vulneraciones a derechos laborales.

Cabe aclarar que el criterio de selección de las sentencias fue que el legitimado activo haya alegado vulneraciones al derecho constitucional al trabajo¹²⁸, esto con el fin, de determinar los criterios que los jueces utilizan para resolver las acciones de protección. Esta aclaración es pertinente pues se han adjuntado sentencias en las que no necesariamente se está analizando el derecho constitucional al trabajo únicamente, sino que el legitimado activo considera que se está vulnerando su derecho al trabajo, pese a lo que reclama es la jubilación por ejemplo. Si bien es una distinción técnica, y si bien el derecho a la jubilación está relacionado con el derecho al trabajo, es mejor aclarar el tema para que en el futuro no existan dudas al respecto.

El periodo de investigación de las sentencias se delimita desde el nacimiento de la acción de protección con la Constitución de 2008, hasta el 15 de mayo de 2015, fecha en la que se realizó la última búsqueda de actualización de las sentencias más recientes.

Una vez que se procedió a identificar las sentencias, determinar su número y el periodo de investigación, se generó un cuadro de verificación que nos ayude a comparar las mismas y la forma en la que han resuelto los jueces, con el objetivo de ver cuál es el

¹²⁵ No se utilizó el recuadro de derecho constitucional vulnerado pues se hubiera limitado el análisis únicamente a las sentencias en las cuales los jueces consideraron que hubo una posible vulneración de derechos constitucionales.

¹²⁶ La lista fue depurada pues habían tres sentencias que habían sido generadas en la búsqueda ya que se usó la palabra “discapacidad” en el recuadro búsqueda general, por lo cual el sistema mostró sentencias en las que los jueces hacían mención de la Ley de Discapacidades como parte de sus sentencias, sin que se trate de personas con discapacidad.

¹²⁷ La búsqueda de las sentencias empezó en enero de 2012 y la última búsqueda se realizó el 15 de abril de 2015.

¹²⁸ Lo cual explica que se incluyan sentencias como la 0896-2013 que trata sobre la relación de un socio que alega ha aportado y trabajado para una cooperativa cuando la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria claramente establece en el art. 28 en el último inciso “En las cooperativas de trabajo asociado sus integrantes tienen, simultáneamente, la calidad de socios y trabajadores, por tanto, no existe relación de dependencia” con lo cual no se habría generado una relación laboral pero es importante analizar como observan los jueces el conflicto desde la esfera de lo constitucional, O la sentencia 766-2012 en la que una doctora en medicina alega que no le han permitido acogerse al derecho a la jubilación, con lo que se pretendía analizar los criterios de los jueces respecto a este derecho y su relación con el derecho al trabajo.

criterio predominante al momento de resolver las acciones de protección objeto de esta investigación.

El cuadro de verificación fue cambiando a medida que se leían las sentencias, debido a que los parámetros, establecidos a priori, no aparecían en las sentencias, sino que más bien aparecían otros distintos. Al final el cuadro de verificación quedó conformado por los siguientes ítems:

| | Cumple | No cumple |
|--|--------|-----------|
| Del relato de los hechos se desprende posible discriminación | | |
| Jueces analizan discriminación | | |
| Se exige al legitimado activo probar la discriminación | | |
| Se argumenta la existencia de otra vía | | |
| Se explica cuál es la vía adecuada | | |
| Se exige probar que la vía ordinaria no es la adecuada | | |
| Jueces aceptan | | |
| Jueces rechazan | | |
| Jueces inadmiten | | |
| Se utilizan instrumentos internacionales de derechos humanos | | |

Con estos criterios, se procedió a analizar las sentencias una por una, señalando los datos que permitan identificar a la sentencia¹²⁹, los hechos relevantes que motivaron el caso, los principales argumentos utilizados por los jueces en la sentencia, y la *ratio decidendi*.

Luego se procedió a elaborar las fichas que se presentan a continuación de cada una de las sentencias a manera de informe, escribiendo los análisis de cada una de las sentencias junto con sus cuadros de verificación lo que permitió sistematizar la información. Esto posibilitó compilar los análisis e interpretar los resultados que se presentan en este capítulo.

Esto permitió identificar qué criterio había utilizado cada juez en cada caso y tener una visión más general de cuáles eran los criterios que utilizaban los jueces para resolver las acciones de protección que personas con discapacidad habían puesto en su conocimiento alegando vulneración a derechos constitucionales.

A continuación se presentan los análisis de cada una de las sentencias analizadas.

¹²⁹ Siguiendo el formato utilizado por la Corte Constitucional, como el número de juicio (del juzgado de origen), el juzgado que la emitió, la calidad del legitimado activo, los derechos que se alegaron vulnerados y cuál fue la decisión, toda vez que es un muy buen cuadro que sirve para hacerse una idea clara del caso.

3.1. CASO No. 1

| | |
|---|---|
| No. De juicio: | 2013-0541 |
| Juzgado: | Unidad Judicial Primera de Contravenciones del Cantón Guayaquil |
| Legitimado activo: | Persona Natural |
| Legitimado pasivo: | Persona Jurídico |
| Derechos presuntamente vulnerados: | Seguridad Social, Trabajo Personas con Discapacidad |
| Decisión: | Niega (Mera legalidad) |

Parámetros fácticos del caso:

El señor Celio Vivero Quiñonez manifiesta que habría laborado para la Compañía Naviera AGMARESA S.A.; la cual habría falsificado un acta de finiquito en donde consta que el ahora accionante habría recibido sumas monetarias frente al Inspector de Trabajo, siendo desligado de la empresa desde el año 1993, lo que el actor calificó de falso, pues dice continuar trabajando en dicha empresa y que se le ha negado el derecho a una liquidación justa, sin tomar en cuenta que padece de una incapacidad adquirida a causa de un accidente laboral.

Según lo expuesto, el señor Vivero Quiñonez impugna mediante una acción de protección que formula en contra de la compañía en mención, el documento referido por adolecer de falsedad y que en esa medida se le restituyan todos sus derechos vulnerados, además del pago de una compensación por daño moral.

Por su parte, la parte demandada ha dado a conocer que el peticionario ha presentado diversos procesos con iguales pretensiones a las de la causa actual, inclusive una de estas se encuentra en trámite pendiente de resolución en la Corte Nacional de Justicia. Además señaló, que no existe legitimación pasiva, pues no se trata de personas naturales o jurídicas del sector privado que incurran en los numerales del artículo 41 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional¹³⁰, siendo este litigio propio de la justicia ordinaria.

¹³⁰ Art. 41 Procedencia y legitimación pasiva.- La acción de protección procede contra:

1. Todo acto u omisión de una autoridad pública no judicial que viole o haya violado los derechos, que menoscabe, disminuya o anule su goce o ejercicio.
2. Toda política pública, nacional o local, que conlleve la privación del goce o ejercicio de los derechos y garantías.
3. Todo acto u omisión del prestador de servicio público que viole los derechos y garantías.

Argumentos que motivan la sentencia

La Unidad Judicial No. 1 de Contravenciones de Guayaquil ha declarado sin lugar la acción de protección, ya que a su criterio la acción de protección es una garantía jurisdiccional que tiene por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y los alegatos que se hacen son de mera legalidad.

En cuanto al estudio de los hechos, el pedido de declarar la falsedad del acta de finiquito con la empresa referida, así como el que se le reconozca una relación laboral, debe ser resuelto ante los jueces de trabajo, quienes ejercen competencia privativa en materia laboral, existiendo el mecanismo de defensa judicial adecuado para reclamar el supuesto derecho afectado.

Ratio decidendi

De lo expresado por el accionante se entiende claramente que su pretensión gira en torno a que se le reconozca una relación laboral con la compañía accionada para de ésta manera poder reclamar indemnizaciones, buscando por lo tanto la declaración de un derecho violentado que le ha sido negado en la vía judicial ordinaria, aspecto que se encuentra puntualmente establecido como causal de improcedencia de la acción de protección tal como lo establece el numeral 5 del Art. 42 de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional, siendo improcedente ejercer una acción constitucional de protección por expresa disposición de la Constitución en su Art. 88; Artículos 41 numeral 1, y 42 Números 4 y 5 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Tabla 1: Cuadro de verificación 1

| | Cumple | No cumple |
|--|--------|-----------|
| Del relato de los hechos se desprende posible discriminación | | X |
| Jueces analizan discriminación | | X |
| Se exige al legitimado activo probar la discriminación | | X |
| Se argumenta la existencia de otra vía | X | |
| Se explica cuál es la vía adecuada | X | |
| Se exige probar que la vía ordinaria no es la adecuada | | X |
| Jueces aceptan | | |
| Jueces rechazan | X | |
| Jueces inadmiten | | |
| Se utilizan instrumentos internacionales de derechos humanos | | X |

Fuente: Elaboración propia
Elaboración: Asdrúbal Granizo Haro

4. Todo acto u omisión de personas naturales o jurídicas del sector privado, cuando ocurra al menos una de las siguientes circunstancias: a) Presten servicios públicos impropios o de interés público; b) Presten servicios públicos por delegación o concesión; c) Provoque daño grave; d) La persona afectada se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo.
5. Todo acto discriminatorio cometido por cualquier persona.

Análisis

Los argumentos que motivan la sentencia se basan en el análisis de las vías adecuadas que se deben utilizar tanto para impugnar un acta transaccional, como para el reconocimiento de la relación laboral.

La acción es declarada sin lugar puesto que de los alegatos hechos por el accionante se desprende que lo que busca es la declaración de un derecho, y lo que es más, no se observa ningún relato de los hechos que pudiera llevar a considerar a los jueces una vulneración a derechos constitucionales.

Lo que se evidencia es que el legitimado activo confunde la vía de acción de protección y la propone como una vía paralela a la justicia ordinaria sin observar la posible vulneración de un derecho constitucional vulnerado, impugnando un acta transaccional que aduce es falsa, e intentando que el juez constitucional declare la relación laboral, que ya ha sido negada por la justicia ordinaria.

Estas alegaciones suponen en la práctica, una pretensión de parte del legitimado activo de ordinarizar la acción de protección; y el juez constitucional al momento de dictar sentencia, cumple con su función de garante de los derechos de las partes, impidiendo que se desnaturalice la acción y explicando los motivos por los cuales lo hace, con lo que precautela el sistema jurídico mediante su decisión.

Distinto sería que del relato de los hechos se desprendiera una posible discriminación en contra del trabajador que posee discapacidad, donde el juez constitucional, que conoce el derecho, estaría en la obligación constitucional de verificar si se han cumplido con dos requisitos fundamentales derivados de la condición de persona con discapacidad y su posible vulneración al derecho al trabajo.

El primero sería verificar si el acto u omisión detallado en la narrativa de los hechos que dan origen a la acción de protección no fue discriminatorio y/o si no fue arbitrario pues, la Constitución ha establecido una protección especial para las personas con discapacidad. En el presente caso esto no ocurre.

De la sentencia analizada se evidencia que el criterio de los jueces es que al existir la vía adecuada para sus reclamaciones (impugnación de acta de finiquito y probar la relación laboral), se debe negar la acción de protección.

3.2. CASO No. 2

| | |
|---|--|
| No. De juicio 1er nivel: | 2012-766 |
| Juzgado 1er nivel: | Juzgado Segundo de la Niñez y Adolescencia de Imbabura |
| Decisión: | Acepta |
| Sala de apelación: | Corte Provincial de Justicia de Imbabura Sala de lo Civil, Laboral, Inquilinato, Niñez y Adolescencia |
| Legitimado activo: | Persona Natural |
| Legitimado pasivo: | Persona Jurídica |
| Derechos presuntamente vulnerados: | Trabajo, salud, vida |
| Derecho vulnerado: | Trabajo, salud, seguridad Social, vida, jubilación |
| Decisión: | Acepta |

Parámetros fácticos del caso:

La señora Amelia Piedad Moya Estrella, habría solicitado a la Directora del Hospital San Vicente de Paúl de Ibarra, disponga la ejecución del trámite pertinente a fin de acogerse a los beneficios de la jubilación definitiva y el incentivo económico establecido en el Art. 129 de la Ley Orgánica de Servicio Público¹³¹, pues habría cumplido todos los requisitos para acceder al derecho a la jubilación (de edad y tiempo de servicio), pero sobre todo debido a su delicado estado de salud ya que es una persona con discapacidad.

Mediante oficio el doctor Edison Ayala, en su calidad de gerente encargado del Hospital San Vicente de Paúl, no habría aceptado la renuncia presentada por la señora Moya Estrella para acceder a los beneficios de la jubilación conforme determina el artículo anteriormente mencionado, debido a que era criterio de la autoridad

¹³¹ Ley Orgánica de Servicio Público: Art. 129.- Beneficio por jubilación.- Las y los servidoras o servidores, de las entidades y organismos comprendidos en el artículo 3 de esta ley, que se acojan a los beneficios de la jubilación, tendrán derecho a recibir por una sola vez cinco salarios básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio contados a partir del quinto año y hasta un monto máximo de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador privado en total, a partir del año 2015, de conformidad con el salario básico unificado vigente al 1 de enero del 2015 para cuyo efecto, se efectuarán las reformas presupuestarias correspondientes en función de la disponibilidad fiscal existente. Se podrá pagar este beneficio con bonos del Estado. Se exceptúan de esta disposición los miembros de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Los jubilados y quienes reciban pensiones de retiro solamente podrán reingresar al sector público en caso de ocupar puestos de libre nombramiento y remoción y aquellos comprendidos dentro de la escala del nivel jerárquico superior, así como puestos de docencia universitaria e investigación científica. En caso de reingreso al sector público, el jubilado que ya recibió este beneficio, no tendrá derecho a recibirlo nuevamente.

administrativa de dicho hospital no dar paso al trámite pertinente pues, decían no contar con el plan de jubilación aprobado, ni la disponibilidad presupuestaria para el efecto.

Ante esta negativa la señora Moya Estrella presenta acción de protección en contra del contenido del oficio que no le acepta la renuncia para acogerse a los beneficios de la jubilación por no contar en la planificación de jubilaciones debidamente aprobadas por el Ministerio de Salud, en concordancia con lo establecido en el artículo 288 del Reglamento de la LOSEP y le ordena reintegrarse a sus labores.

Argumentos que motivan la sentencia:

La Sala de lo Civil, Laboral, Inquilinato, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, ha resuelto confirmar la sentencia dictada por el Juez Segundo de la Niñez y Adolescencia, mediante la cual se acepta la acción de protección propuesta, aceptando la renuncia de la accionante para que se proceda con el trámite de jubilación; pues ha considerado que la omisión de la autoridad pública demandada habría imposibilitado a la accionante a acceder a los beneficios de la jubilación voluntaria a pesar de haber cumplido con los requisitos previstos en el Art. 185 de la Ley de Seguridad Social¹³², vulnerándose los derechos constitucionales establecidos en el Art. 48, numeral 7 y Art. 66 numerales 2 y 17 de la Constitución de la República¹³³. Adicionalmente se manifiesta que al no darse trámite a la petición formulada por la accionante se desvaneció toda certeza sobre sus derechos laborales y de seguridad social, sobre todo, tratándose de una persona con discapacidad y que padece una enfermedad de alta complejidad.

¹³² Ley de Seguridad Social. Art. 185.- Jubilación Ordinaria de Vejez.- Se acreditará derecho vitalicio a jubilación ordinaria de vejez cuando el afiliado haya cumplido sesenta (60) años de edad y un mínimo de trescientos sesenta (360) imposiciones mensuales o un mínimo de cuatrocientos ochenta (480) imposiciones mensuales sin límite de edad. A partir del año 2006, la edad mínima de retiro para la jubilación ordinaria de vejez, a excepción de la jubilación por tener cuatrocientos ochenta (480) imposiciones mensuales, no podrá ser inferior a sesenta (60) años en ningún caso; y, en ese mismo año se la podrá modificar de acuerdo a la expectativa de vida promedio de toda la población de esa edad, para que el período de duración de la pensión por jubilación ordinaria de vejez, referencialmente alcance quince (15) años en promedio. En lo sucesivo, cada cinco (5) años, después de la última modificación, se revisará obligatoriamente la edad mínima de retiro, condicionada a los cálculos matemáticos actuariales vigentes y con el mismo criterio señalado en el inciso anterior.

¹³³ Constitución de la República del Ecuador. Art. 48.- El Estado adoptará a favor de las personas con discapacidad medidas que aseguren: 7. La garantía del pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. La ley sancionará el abandono de estas personas, y los actos que incurran en cualquier forma de abuso, trato inhumano o degradante y discriminación por razón de la discapacidad.

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: 2. El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios. 17. El derecho a la libertad de trabajo. Nadie será obligado a realizar un trabajo gratuito o forzoso, salvo los casos que determine la ley.

Ratio decidendi

En la especie, resulta inhumano el hecho de no atender de manera oportuna los múltiples requerimientos realizados por la solicitante para acogerse a la jubilación, dadas las circunstancias especiales de su persona, que según los elementos valorativos aportados al proceso, requieren de estricta observancia por comprometer su salud integral. El acto que es motivo de impugnación mediante esta garantía jurisdiccional, coloca a la legitimada activa en una situación de riesgo, no solo para sí misma, sino también para sus pacientes de corta edad, en razón de que, a pesar de su edad avanzada y deteriorado estado de salud, se le obliga a reintegrarse a sus labores de calidad de médica pediatra del Hospital San Vicente de Paúl de Ibarra.

Las alegaciones de la defensa de la parte accionada, la Sala, no las considera, porque en el caso sub judice conforme al mérito procesal se evidencia que la omisión de la autoridad pública de la demandada ha impedido a la legitimada activa, la señora Dra. Amelia Piedad Moya Estrella, acogerse a la jubilación voluntaria a pesar de haber cumplido con los requisitos previstos en el Art. 185 de la Ley de Seguridad Social, vulnerándose por ésta omisión administrativa los siguientes derechos constitucionales: Art. 48 numeral 7; 66 numerales 2 y 17, éste último en concordancia con los Arts. 33, 326 numerales 4 y 5; y, el principio de seguridad jurídica consagrado en el Art. 82 ibídem, pues el no dar trámite a la petición formulada por la accionante ha desvanecido toda certeza sobre sus derechos laborales y de seguridad social, cuanto más si se trata de una persona con discapacidad y que padece una enfermedad de alta complejidad.

Tabla 2: Cuadro de verificación 2

| | Cumple | No cumple |
|--|---------------|-----------|
| Del relato de los hechos se desprende posible discriminación | X | |
| Jueces analizan discriminación | | X |
| Se exige al legitimado activo probar la discriminación | | X |
| Se argumenta la existencia de otra vía | | X |
| Se explica cuál es la vía adecuada | | X |
| Se exige probar que la vía ordinaria no es la adecuada | | X |
| Jueces aceptan | X(base legal) | |
| Jueces rechazan | | |
| Jueces inadmiten | | |
| Se utilizan instrumentos internacionales de derechos humanos | | X |

Fuente: Elaboración propia
Elaboración: Asdrúbal Granizo Haro

Análisis

Los argumentos utilizados por los jueces para resolver el presente caso giran en torno a la decisión de la autoridad de no aceptar la renuncia de una funcionaria pública para acogerse a los beneficios de la jubilación y como esto puede afectar derechos constitucionales.

Hay que hacer notar que los jueces identifican a la legitimada activa como una persona con discapacidad y además con una enfermedad de alta complejidad, sin embargo no parten de este punto para analizar el caso en concreto, ni tampoco hacen un ejercicio

de proporcionalidad de la decisión, que les permita evidenciar la posible vulneración, sino que tratan el problema como una cuestión de cumplimiento o no, de requisitos para acceder a la jubilación, tema que por sí solo, debió haberse manejado en la justicia ordinaria, ya que al resolver el caso en base al cumplimiento de los requisitos de una norma legal, el juez estaría desnaturalizando la acción.

Solo a manera de parámetro adicional, pero no como cuestión decisiva, una vez que los jueces consideran que ya se encuentra resuelto el caso, la sentencia menciona que además, se trata de una persona con discapacidad y con una enfermedad de alta complejidad. A nuestro criterio, este análisis, se encuentra mal enfocado pues, al ser una persona con discapacidad la que propone la acción, es obligación del juzgador identificar al legitimado activo como parte de un grupo vulnerable, lo que implica visualizar el entorno normativo y fáctico con otros ojos, a partir de una posible vulneración a un derecho constitucional. Por ejemplo, analizar el problema a partir de la posible discriminación en relación con otros sujetos en igualdad de situaciones jurídicas, o en base a la falta de igualdad de oportunidades para acceder a la jubilación, y sobre esa base construir una decisión que garantice sus derechos constitucionales y aquellos establecidos en los tratados internacionales de derechos humanos.

Distinto hubiera sido que a una persona sin discapacidad, la autoridad pública le acepte la renuncia y a la persona con discapacidad no pues, estaríamos frente a una discriminación aparentemente arbitraria, habría que analizar el caso en concreto, pero en el presente caso no se dice nada respecto a los alegatos presentados por la autoridad pública demandada en relación a la disponibilidad presupuestaria, y a la planificación económica establecida en la Constitución, a la necesidad o no, de una obligación estatal de tener un fondo para atender este tipo de casos especiales, y como esto afecta en el caso en concreto, lo cual hace que la sentencia pierda fuerza, y se acerque a la legalidad y por lo tanto a la arbitrariedad de la acción de protección.

En síntesis, los jueces mediante su fundamentación, no han considerado a la persona con discapacidad como el centro de su análisis, y se han centrado en el accionar de la autoridad pública, para llegar a determinar que independientemente de si se trata o no de una persona con discapacidad, su decisión vulnera derechos. De lo que se puede concluir que al no enfocarse en la posición jurídica de la persona con discapacidad, los jueces resuelven un conflicto privativo de la esfera legal, tal es así que resuelven su caso en base a un análisis del cumplimiento de los requisitos planteados por normas legales, lo cual desnaturaliza la acción.

3.3. CASO No. 3

| | |
|---|---|
| No. De juicio: | 0158-2013-CM |
| Juzgado: | Juzgado Décimo Tercero de Garantías Penales de Pichincha |
| Legitimado activo: | Persona Natural |
| Legitimado pasivo: | Persona Jurídica |
| Derechos presuntamente vulnerados: | Trabajo, igualdad, integridad personal, propiedad, desarrollar Actividades Económicas |
| Decisión: | Niega (Incumplimiento Requisitos) |

Parámetros fácticos del caso:

El señor Daniel Alejandro Eguez Cueva habría presentado una acción de protección en contra de la administración del edificio “Le Mirage”, manifestando que mediante una comunicación, la administración de dicho edificio, ha decidido el retiro de los maceteros con plantas que ocupan el espacio de uso exclusivo del local comercial del edificio, el cual ha sido el ingreso principal a la tienda artesanal de venta de chocolates de propiedad del demandante, sin existir un pronunciamiento de la autoridad competente, es decir, el Comisario de Construcciones de la Administración Zonal Eugenio Espejo del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito.

El actor acusó al señor Vicente Calle, como la persona que ha pedido la orden de retirar los maceteros, cuya ejecución habría perjudicado las buenas relaciones entre los condóminos; por lo que habría presentado una denuncia formal ante la Comisaría de Construcciones de la Zona Eugenio Espejo, donde habría manifestado rotundamente "la intencionalidad de ciertos vecinos de bloquear su legítimo derecho al uso, goce y disposición de su propiedad".

Que después, el Señor Vicente Calle, le habría impedido ingresar a la sala de capacitación utilizada por sus empleados y su tutor no le ha consentido el ingreso a su local comercial ubicado en la planta baja del edificio, a causa de la presencia de un candado que ha clausurado su ingreso, por lo que han surgido serios inconvenientes con sus colaboradores y proveedores, vulnerando así sus derechos a la integridad, a la igualdad, a desarrollar actividades económicas y a la propiedad. El demandante alegó que debido a su condición de discapacidad, lo anteriormente expuesto le habría provocado una alteración psicológica, lo que originó la intervención por parte de la Procuraduría del Concejo Nacional de Discapacidades, a lo que el Señor Vicente Calle habría hecho caso

omiso de las recomendaciones expuestas por el funcionario del alto organismo en mención.

El demandado habría expuesto que retirar las macetas fue una decisión debido a que ocupaban el espacio comunal, impidiendo la visibilidad de los guardias que permiten o no el ingreso al parqueadero. El administrador, por su parte, señaló que fue decisión de la Asamblea retirar las macetas, no la suya.

Argumentos que motivan la sentencia:

El Juez Décimo Tercero de Garantías Penales de Pichincha ha resuelto desechar la acción de protección presentada por el demandante, argumentando que al retirar los maceteros que se encontraban en un espacio de uso común, no se produjo una limitación a su derecho al trabajo, puesto que están ubicados en el pasillo y no en una adecuación en la que desarrolle su actividad laboral, la cual se conoce no ha sido alterada o modificada por la administración del edificio “Le Mirage”. Además, en la sentencia dictada por el juzgado Décimo de Garantías Penales de Pichincha, ha quedado establecido que ha sido el padre del accionante el que ha colocado hace aproximadamente 10 años el candado al que se hace referencia, el que impide la mencionada entrada al mismo, por lo que nada tiene que ver la administración del edificio con el acceso a su local comercial.

Ratio decidendi

El accionante interpuso acción de protección señalando que tiene una chocolatería la misma que es de su propiedad y le sirve de sustento, que la Administración del edificio “Le Mirage” ha retirado los maceteros que los ubicó en el pasillo de ingreso de su local comercial que los había puesto con el fin de adecuar su lugar de trabajo; el hecho de retirarse los maceteros ubicados en el pasillo de ingreso a la chocolatería no implica una limitación al trabajo de Daniel Alejandro Eguez Cueva ya que no es una adecuación en la que desarrolle su actividad laboral, la misma que la ejecuta dentro de su local comercial la misma que no ha sido alterada, modificada por la Administración del edificio “Le Mirage”, conforme así se colige de la Ley Orgánica de Discapacidades dichas adecuaciones necesariamente implica el lugar, área donde desempeña sus labores, que en el presente caso no lo es; en relación a que ha dispuesto la Administración del edificio “Le Mirage” un candado en la puerta de ingreso desde la calle hasta su local, que todos estos hechos han limitado su derecho al trabajo al no dejarlo desempeñarlo en un ambiente adecuado, al respecto ha quedado establecido conforme así lo indicó el señor Patricio Eguez Páez padre del accionante dicha seguridad se la puso hace aproximadamente 10 años con su autorización, concordante con lo indicado por el accionado Víctor Calle quien manifestó que fue el mismo señor Patricio Eguez quien puso dicho candado y es él quien tiene las llaves del mismo; por lo que si quieren o no ingresar por dicha puerta de acceso a la chocolatería solo depende de que el señor Patricio Eguez, padre de Daniel Eguez retire dicha seguridad toda vez que fue él quien la puso, por lo que no hay una limitación de un derecho ni de propiedad ni el de trabajo como lo sostiene el accionante; en relación a que no permite la Administración el ingreso de los trabajadores del restaurante del señor

Patricio Eguez ni los trabajadores del accionante, al departamento donde reciben capacitación, al respecto no se evidencia una vulneración del derecho, tanto más que Daniel Eguez no fundamenta ser el propietario de dicho inmueble, que este en uso y goce del mismo. Por lo expuesto, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, se desecha la acción de protección propuesta por DANIEL ALEJANDRO EGUEZ CUEVA.

Tabla 3: Cuadro de verificación 3

| | Cumple | No cumple |
|--|--------|-----------|
| Del relato de los hechos se desprende posible discriminación | X | |
| Jueces analizan discriminación | X | |
| Se exige al legitimado activo probar la discriminación | | X |
| Se argumenta la existencia de otra vía | | X |
| Se explica cuál es la vía adecuada | | X |
| Se exige probar que la vía ordinaria no es la adecuada | | X |
| Jueces aceptan | | |
| Jueces rechazan | X | |
| Jueces inadmiten | | |
| Se utilizan instrumentos internacionales de derechos humanos | | X |

Fuente: Elaboración propia
Elaboración: Asdrúbal Granizo Haro

Análisis

De los alegatos de la demanda parecería ser que el presente caso no tiene relevancia constitucional pues, lo que se discute es la ubicación de unas macetas en un local comercial y la imposición de un candado en un espacio comunal que afectaría el derecho al trabajo de una persona con discapacidad.

En la sentencia estudiada, el juez determina la realidad de los hechos y con ello confirma que no se trata de un tema de relevancia constitucional y así lo declara. Sin embargo comete un error de técnica, ya que en vez de negar por no existir vulneración de derechos constitucionales, niega la acción de protección por falta de cumplimiento de los requisitos.

3.4. CASO No. 4

| | |
|---|--|
| No. De juicio de apelación: | 0212-2010 |
| Sala de apelación: | Corte Provincial de Justicia del Guayas Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales |
| Legitimado activo: | Persona Natural |
| Legitimado pasivo: | Persona Jurídica |
| Derechos presuntamente vulnerados: | Trabajo, seguridad Jurídica |
| Decisión: | Niega |

Parámetros fácticos del caso:

La señora Ángela Dioconda Gavilánez Idrovo habría presentado acción de protección en contra de acto administrativo emitido por la Subsecretaría Regional de Educación del Litoral, por medio del cual se habría declarado desierto un concurso de mérito y oposición en el que participaba. La demandante se habría presentado al concurso de méritos y oposición para ocupar la vacante al cargo de Rectora del Colegio Fiscal José María Velasco Ibarra, para lo cual ha certificado con el carnet del Consejo Nacional de Igualdad de Discapacidades del Ecuador, CONADIS, que padece una discapacidad (no especificada).

La accionante manifiesta que en su caso se debía observar lo establecido en el artículo 10 del Acuerdo Ministerial N° 446 de 2007, que ordena que por el hecho de padecer dicha discapacidad se le debía otorgar 15 puntos adicionales a los que obtuvo en el concurso de méritos. Que el acuerdo suscrito por la Subsecretaría Regional de Educación del Litoral, en el cual se declara desierto el concurso, no toma en cuenta los puntos adicionales y declara que ninguno de los participantes alcanzó la puntuación mínima requerida.

De la acción conoció el Juzgado Cuarto de la Niñez y Adolescencia del Cantón Milagros, el cual falló en contra de los intereses de la señora demandante, y por consiguiente la misma, manifestó inconformidad con la decisión por considerar que la judicatura se limitó a amparar las declaraciones de la parte accionada y a realizar una errada interpretación de la norma respectiva, por ello presentó recurso de apelación, y la Subsecretaría Regional de Educación del Litoral se adhirió a dicho recurso.

Argumentos que motivan la sentencia:

La Sala Segunda de la Corte Provincial de Justicia del Guayas rechazó el recurso de apelación y confirmó la sentencia de primera instancia, argumentando que en el expediente se confirma que la calificación obtenida por la actora, ya incluidos los 15 puntos de bonificación debido a la incapacidad, es de 43.23 puntos.

Conforme al Art. 10 último inciso del Acuerdo Ministerial, ganarán el concurso quienes obtengan una nota igual o mayor a 46 puntos, es así que queda constatado que la accionante no alcanzó el puntaje mínimo requerido para ganar el concurso. Y según lo expuesto en este caso no existe vulneración de derechos constitucionales ya que la acción

de la entidad accionada se ha ceñido a lo previsto en el Art. 228 de la Constitución¹³⁴ y al Acuerdo Ministerial que contiene la normativa a ser acogida en este tipo de concursos públicos.

Ratio decidendi

En la especie, no existe una vulneración de derecho constitucional, ya que la actuación de la entidad demandada se ha ceñido a lo previsto en el Art. 228 de la Constitución que establece que el ingreso al servicio público se realizará mediante concurso de méritos y oposición en la forma que determine la ley, y siguiendo los referentes establecidos en el Acuerdo 446 que contiene la normativa de los concursos de méritos y oposición para la designación de autoridades de establecimientos educativos públicos de todos los niveles y modalidades, por lo que ha obrado dentro del marco legal aplicable al caso y los miembros de esta Sala hemos llegado a la convicción que la parte demandada no ha incurrido en un acto ilegítimo ni inconstitucional y de que no existe violación de derecho alguno. Sin necesidad de hacer otras consideraciones esta Segunda Sala del Civil, Mercantil y Materias Residuales de la Provincia del Guayas ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPUBLICA, RECHAZA el recurso de apelación y confirma la sentencia de primera instancia.

Tabla 4: Cuadro de verificación 4

| | Cumple | No cumple |
|--|--------|-----------|
| Del relato de los hechos se desprende posible discriminación | X | |
| Jueces analizan discriminación | X | |
| Se exige al legitimado activo probar la discriminación | | X |
| Se argumenta la existencia de otra vía | | X |
| Se explica cuál es la vía adecuada | | X |
| Se exige probar que la vía ordinaria no es la adecuada | | X |
| Jueces aceptan | | |
| Jueces rechazan | X | |
| Jueces inadmiten | | |
| Se utilizan instrumentos internacionales de derechos humanos | | X |

Fuente: Elaboración propia
Elaboración: Asdrúbal Granizo Haro

Análisis

La legitimada activa aduce que no se le ha tomado en cuenta su condición de discapacitada, que según un Acuerdo Ministerial, le habría proporcionado 15 puntos adicionales un concurso de méritos, y que de haberlo hecho, ella habría accedido al puesto ofertado. El argumento parece ser de relevancia constitucional por lo que el juez mediante

¹³⁴ Constitución de la República del Ecuador. Art. 228.- El ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa se realizarán mediante concurso de méritos y oposición, en la forma que determine la ley, con excepción de las servidoras y servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento y remoción. Su inobservancia provocará la destitución de la autoridad nominadora.

un análisis de los hechos y de las pruebas aportadas al proceso, establece que los puntos por discapacidad si han sido adjudicados a la accionante, por lo que no se han vulnerado sus derechos constitucionales. Los jueces determinan que en el proceso se ha garantizado la seguridad jurídica y enmarcan así, su decisión en el ámbito constitucional. Al haberse determinado que las afirmaciones de la accionante son falsas, y que la autoridad que manejo el concurso de méritos garantizó el derecho a la seguridad jurídica, el problema carece de relevancia constitucional en relación a la presunta discriminación y la posible vulneración del derecho al trabajo de las personas con discapacidad pues, al no configurarse la vulneración alegada, no existen argumentos que nos permitan analizar el criterio utilizado por los jueces respecto a la posible vulneración de derechos laborales de personas con discapacidad.

3.5. CASO No. 5

| | |
|---|--------------------------------------|
| No. De juicio de apelación: | 0896-2013 |
| Sala de apelación: | Corte Provincial de Justicia de Loja |
| Legitimado activo: | Persona Natural |
| Legitimado pasivo: | Persona Jurídica |
| Derechos presuntamente vulnerados: | Trabajo, igualdad |
| Decisión: | Niega (Incumplimiento Requisitos) |

Parámetros fácticos del caso:

El señor Luis Polibio Ortega Pesantez habría presentado una acción de protección en contra del acto administrativo dictado por la Coordinación Zonal 7 del Ministerio de Inclusión Económica y Social, al considerar que el mismo es ilegal, ilegítimo y arbitrario. Que el Consejo de Administración de la Cooperativa de Producción Artesanal Carpinteros “San José” lo había incluido como nuevo socio de la Cooperativa en mención y desde esa fecha, ha venido trabajando y aportando todas las cuotas ordinarias para cubrir los gastos de administración de la Cooperativa y otros montos respectivos a cuotas extraordinarias.

Que mediante resolución fue calificado como socio de dicha Cooperativa, por parte de la Dirección Nacional de Cooperativas; que con el concurso del trabajo de todos los socios han logrado adquirir un inmueble que conforma el terreno y edificación de la Cooperativa, cuyo último avalúo fue de USD 420 340,50. Desde ese momento se adquirieron varios bienes muebles, que hasta la fecha no se han convertido en Certificados de Aportación a favor los socios de la Cooperativa. Que como socio y obrero en la misma,

adquirió una discapacidad visual del 65% según consta en el carnet de discapacidad otorgado por el Consejo Nacional de Discapacidades.

Que la Presidenta de la Cooperativa le había iniciado un proceso de exclusión como socio, sin motivos ni causales válidos, por lo que el Coordinador Zonal 7 Subrogante del Ministerio de Inclusión Económica y Social, inicialmente rechazó dicho proceso de exclusión; sin embargo, la Presidenta continuó con el trámite de exclusión hasta lograr su cometido; así fue que el Coordinador Zonal 7 del Ministerio de Inclusión Económica y Social remitió oficio en el que se aceptaba su exclusión de la cooperativa sin que se realice la respectiva liquidación, que en derecho le corresponde. Pidió la acción de protección con la finalidad de que se proceda a realizar la liquidación de sus haberes como socio de la Cooperativa.

El demandante ha solicitado la nulidad de lo expuesto a partir de la audiencia pública, por cuanto no se presentó en el presente proceso el representante legal de la Cooperativa accionada, sino su Presidente, quien de conformidad a la Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria y su reglamento, no ejerce representación legal de la misma. La Unidad Judicial Especializada Primera de Contravenciones del cantón Loja decidió negar la acción expuesta, por lo que la parte accionante presentó recurso de apelación.

Argumentos que motivan la sentencia:

La Sala Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Loja desechó la acción presentada por el accionante, argumentando que si bien la persona que se ha presentado al proceso no tiene la representación de la misma, a través de ella, el legitimado pasivo ha ejercido su derecho a la defensa; por esto, mal harían en invalidar la audiencia pública en razón de no contar con el gerente de la institución, pues como es de conocimiento en la actualidad ésta entidad se encuentra sin un representante legal designado.

Sostienen que la petición del demandante no es competencia de los jueces constitucionales, pues no es su competencia analizar liquidaciones económicas de ningún tipo. Respecto al derecho a no ser discriminado en razón de la discapacidad visual que ha acreditado sufrir, manifiestan que según las pruebas presentadas por las partes en este proceso, no se evidencia que se haya atentado contra la igualdad formal ni material respecto del ejercicio de los derechos del actor, así como tampoco se ha demostrado que se lo haya discriminado, ocasionándole vulneración de sus derechos constitucionales.

El accionante no ha impugnado en las vías administrativas o jurisdiccionales, ni se ha demostrado en este proceso que dichos caminos carezcan de idoneidad y eficacia. Por lo expuesto, el demandante no puede escoger entre la justicia ordinaria y constitucional para demandar los hechos que se reclaman; esto quiere decir que no está en el libre arbitrio de concurrir indistintamente a las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución cuando existen medios en la vía administrativa como en la justicia ordinaria para impugnar tales cuestiones.

Ratio decidendi

En la especie, fluye con sencillez que lo que se discute es un asunto netamente de legalidad ya que el actor aduce que "... la Cooperativa de Producción Artesanal Carpinteros "San José" a más de no considerar en la liquidación de mis haberes en calidad de socio, el valor proporcional que me corresponde por Bienes Muebles e Inmuebles que forman parte del Activo, y por consiguiente del Capital Social o del patrimonio de la Cooperativa, que estimo es un valor no inferior a los USD. 80.000.00 el que me corresponde; en forma arbitraria y discriminatoria desde todo punto de vista, me está cobrando en la liquidación USD. 21.860.89 que en forma legal he recibido en calidad de socio de la Cooperativa desde hace varios años y por diferentes conceptos de acuerdo con la ley y a las resoluciones de Organismos internos de la Cooperativa...", denotándose de ello, que no existe violación de derecho constitucional alguno y que la competencia para conocer y resolver los casos en que estén comprometidos derechos litigiosos de carácter legal corresponde a los jueces ordinarios, siendo entonces dichas autoridades las llamadas a garantizar el ejercicio de tales derechos, tanto más que el actor no ha demostrado que las vías ordinarias no sean adecuadas ni eficaces para tal efecto. Amén de que, no se ha demostrado que la Cooperativa haya actuado en forma discriminatoria para con el accionante, por el hecho de ser discapacitado visual, ya que las liquidaciones las ha efectuado en iguales condiciones para todos los socios, máxime que aquellas no se encuentran en firme y por lo mismo son sujetas e impugnación en la forma que determina la ley. De ello se concluye que la acción es improcedente porque la Sala no ha encontrado fundamentos razonables para aceptarla. Por estas consideraciones, no existiendo vulneración de derechos fundamentales, la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de Loja, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, desestimando la impugnación confirma la sentencia venida en grado.

Tabla 5: Cuadro de verificación 5

| | Cumple | No cumple |
|--|--------|-----------|
| Del relato de los hechos se desprende posible discriminación | X | |
| Jueces analizan discriminación | | X |
| Se exige al legitimado activo probar la discriminación | X | |
| Se argumenta la existencia de otra vía | X | |
| Se explica cuál es la vía adecuada | | X |
| Se exige probar que la vía ordinaria no es la adecuada | X | |
| Jueces aceptan | | |
| Jueces rechazan | X | |
| Jueces inadmiten | | |
| Se utilizan instrumentos internacionales de derechos humanos | | X |

Fuente: Elaboración propia
Elaboración: Asdrúbal Granizo Haro

Análisis

El presente gira en torno a la separación de una persona con discapacidad en calidad socio de una cooperativa y la falta de liquidación de sus aportes. Desde el punto de vista constitucional, lo que los jueces debieron observar es si en el proceso existió o no discriminación bajo las disposiciones comunes de las garantías jurisdiccionales contenidas en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en cuyo artículo 16 se regulan las pruebas, estableciendo que: "...En los casos en que la persona accionada sea un particular, se presumirán ciertos los hechos cuando se trate de discriminación o violaciones a los derechos del ambiente o de la naturaleza."

Nótese que los jueces esperan que la discriminación sea probada por el legitimado activo. En el presente caso, por el principio *iura novit curia* consagrado en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el juez debió entrar a conocer la posible discriminación en contra del legitimado activo, y solo una vez que se haya descartado la misma, declarar que para los demás temas existe la vía ordinaria pues en ella se han reconocido procedimientos adecuados para garantizar el derecho de las partes.

El argumento utilizado por los jueces de que al existir una vía ordinaria, no procede la acción de protección es una falacia, que atenta contra derechos constitucionales pues, bajo ese argumento la acción de protección sería residual y no subsidiaria, obligando a las partes a agotar todas las vías posibles ante de impugnar un acto mediante acción extraordinaria de protección, lo cual está en total contradicción con el espíritu garantista de la Constitución.

3.6. CASO No. 6

| | |
|---|--|
| No. De juicio de apelación: | 2013-0555 |
| Sala de apelación: | Corte Provincial de Justicia del Guayas |
| Legitimado activo: | Persona Natural |
| Legitimado pasivo: | Persona Jurídica |
| Derechos presuntamente vulnerados: | Trabajo, debido proceso, defensa, igualdad, atención prioritaria y especializada grupos atención prioritaria |
| Decisión: | Niega (Incumplimiento Requisitos) |

Parámetros fácticos del caso:

El señor Walter Jesús Vaca Murillo habría presentado acción de protección en contra del Director General de Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, SENA, por cuanto fue destituido de su cargo. El señor Vaca Murillo habría asegurado que era trabajador de la entidad mencionada, con el cargo de oficinista en el área de archivo del Departamento de Recursos Humanos por 5 años.

Que por orden del Director del SENA le habían manifestado que ya no pertenecía a la Institución; por lo que presenta esta acción de protección al considerar que se están vulnerando sus derechos al trabajo, a la igualdad, a la defensa, al debido proceso y su derecho de protección como grupo vulnerable pues, padece de una discapacidad física del 70%. Su petición está encaminada a recuperar el cargo que venía desempeñando con todos los derechos y beneficios que le corresponderían y que se deje a salvo su derecho de poder demandar el reconocimiento y pago de los daños y perjuicios causados por los demandados.

La parte accionada habría confirmado que el señor Vaca Murillo había ingresado a trabajar en la modalidad de contratos ocasionales estipulados en la actual Ley Orgánica del Servicio Público, donde figura una estipulación transitoria que indica que quienes tengan más de 4 años en el servicio público deberían otorgárseles nombramiento, y que el actor no habría cumplido con este requisito. Posteriormente se habría realizado un concurso de méritos y oposición, donde el accionante habría participado obteniendo la puntuación de 67,12 sobre 100, siendo el mínimo requerido de 70 puntos, por consiguiente no aprobó. La Unidad Judicial N° 1 de Contravenciones de Guayaquil decidió negar la acción presentada, ante lo cual el legitimado activo interpuso recurso de apelación.

Argumentos que motivan la sentencia:

La Primera Sala de lo Penal, Colusorios y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas ha resuelto negar el recurso de apelación interpuesto por el accionante y confirmar la sentencia subida en grado mediante la cual se negó la acción de protección, argumentando que en el caso en cuestión, el actor no está de acuerdo con el despido efectuado por el Director del SENA; sin embargo se observa el listado de postulantes al concurso de méritos y oposición donde está el nombre del señor Vaca Murillo, quien al

someterse al concurso público de méritos y oposición ha conseguido una puntuación de 67,12%, que es menor a la requerida, y por consiguiente no ganó el concurso.

Los jueces sostienen que el Art. 228 de la Constitución¹³⁵ señala: “El ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa se realizarán mediante concurso de méritos y oposición, en la forma que determine la ley, con excepción de las servidoras y servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento y remoción. Su inobservancia provocará la destitución de la autoridad nominadora”. Que el tipo de contratos de servicios ocasionales que el SENA E suscribió con el accionante no pueden tener carácter de estabilidad laboral, pues solo a un servidor público se le otorgará nombramiento mediante concurso de mérito y oposición, así lo prevé el Art. 58 de la Ley Orgánica del Servicio Público¹³⁶. Los jueces sostienen que en esta acción de protección no queda suficientemente demostrada la vulneración o violación de algún derecho garantizado en la Constitución, y que al contrario queda constancia de que en todo momento se había actuado conforme al debido proceso y la tutela efectiva de sus derechos conforme así lo estipula la Ley.

¹³⁵ Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, Art. 228.

¹³⁶ Ley Orgánica de servicio Público Art. 58.- De los contratos de servicios ocasionales.- La suscripción de contratos de servicios ocasionales será autorizada por la autoridad nominadora, para satisfacer necesidades institucionales, previo el informe de la unidad de administración del talento humano, siempre que exista la partida presupuestaria y disponibilidad de los recursos económicos para este fin. La contratación de personal ocasional no podrá superar el veinte por ciento de la totalidad del personal de la entidad contratante; en caso de que se supere dicho porcentaje deberá contarse con la autorización previa del Ministerio de Relaciones Laborales, estos contratos no podrán exceder de doce meses de duración o hasta que culmine el tiempo restante del ejercicio fiscal en curso. Se exceptúa de este porcentaje a aquellas instituciones u organismos de reciente creación que deban incorporar personal bajo esta modalidad, hasta que se realicen los correspondientes concursos de selección de méritos y oposición y en el caso de puestos que correspondan a proyectos de inversión o comprendidos en la escala del nivel jerárquico superior. Por su naturaleza, este tipo de contratos no generan estabilidad. El personal que labora en el servicio público bajo esta modalidad, tendrá relación de dependencia y derecho a todos los beneficios económicos contemplados para el personal de nombramiento, con excepción de las indemnizaciones por supresión de puesto o partida o incentivos para jubilación. Las servidoras o servidores públicos sujetos a este tipo de contrato no ingresarán a la carrera del servicio público, mientras dure su contrato. Para las y los servidores que tuvieran suscritos este tipo de contratos, no se concederá licencias y comisiones de servicios con o sin remuneración para estudios regulares o de posgrados dentro de la jornada de trabajo, ni para prestar servicios en otra institución del Sector Público. Este tipo de contratos, por su naturaleza, de ninguna manera representará estabilidad laboral en el mismo, ni derecho adquirido para la emisión de un nombramiento permanente, pudiendo darse por terminado en cualquier momento, lo cual podrá constar del texto de los respectivos contratos. La remuneración mensual unificada para este tipo de contratos, será la fijada conforme a los valores y requisitos determinados para los puestos o grados establecidos en las Escalas de Remuneraciones fijadas por el Ministerio de Relaciones Laborales, el cual expedirá la normativa correspondiente. El contrato de servicios ocasionales que no se sujete a los términos de esta Ley, será causal para la conclusión automática del mismo y originará en consecuencia la determinación de las responsabilidades administrativas, civiles o penales de conformidad con la ley. En caso de necesidad institucional se podrá renovar por única vez el contrato de servicios ocasionales hasta por doce meses adicionales salvo el caso de puestos comprendidos en proyectos de inversión o en la escala del nivel jerárquico superior.

Que los actos demandados por el actor se los puede resolver por otras vías, en este caso en lo contencioso administrativo, puesto que no se ha demostrado que la vía ordinaria haya actuado de manera ineficaz; así lo ha ratificado y declarado la sentencia vinculante de la Corte Constitucional, donde se aprecia que “la acción de protección no procede cuando se refiera a aspectos de mera legalidad, en razón de los cuales existan vías judiciales ordinarias para la reclamación de los derechos, y particularmente la vía administrativa”.

Ratio decidendi

Por todas estas consideraciones es preciso mencionar que en la presente demanda de acción de protección no se ha demostrado eficientemente que se haya vulnerado o violentado algún derecho garantizado en la Constitución, pues se observa que en todo momento se llevó a cabo el debido proceso y la tutela efectiva de sus derechos conforme así lo estipula la Ley; considerando además que los actos demandados por el accionante se lo puede resolver o subsanar por otras vías judiciales, en este caso en lo contencioso administrativo, ya que no se ha agotado o demostrado que la vía ordinaria sea la inadecuada o ineficaz; así lo ha ratificado y declarado la sentencia vinculante No. 001-10-PJO-CC de la Corte Constitucional, publicada en el R.O. No. 351 del 29 de diciembre de 2010 donde se aprecia que “la acción de protección no procede cuando se refiera a aspectos de mera legalidad, en razón de los cuales existan vías judiciales ordinarias para la reclamación de los derechos, y particularmente la vía administrativa”; y, de conformidad con lo que establecen los numerales 1 y 4 del Art. 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, ésta Primera Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, deniega el recurso de apelación interpuesto por el ciudadano Walter Jesús Vaca Murillo; consecuentemente se confirma la sentencia dictada por el Juez de la Unidad Judicial no. 1 de Contravenciones de Guayaquil.

Tabla 6: Cuadro de verificación No. 6

| | Cumple | No cumple |
|--|--------|-----------|
| Del relato de los hechos se desprende posible discriminación | X | |
| Jueces analizan discriminación | X | |
| Se exige al legitimado activo probar la discriminación | X | |
| Se argumenta la existencia de otra vía | X | |
| Se explica cuál es la vía adecuada | X | |
| Se exige probar que la vía ordinaria no es la adecuada | X | |
| Jueces aceptan | | |
| Jueces rechazan | X | |
| Jueces inadmiten | | |
| Se utilizan instrumentos internacionales de derechos humanos | | X |

Fuente: Elaboración propia
Elaboración: Asdrúbal Granizo Haro

Análisis

Los alegatos hechos por el actor respecto a la posible vulneración de sus derechos constitucionales al momento de separarle de su puesto de trabajo, le obligan al juez a analizar los problemas jurídicos desde la perspectiva de los derechos laborales de las personas discapacitadas, sobre todo en virtud de la posible discriminación alegada, del debido proceso y de la seguridad jurídica.

Los jueces en su sentencia, verifican el cumplimiento del debido proceso en la separación de un servidor público, mediante la aplicación de normas previas, claras y públicas, llevándoles a determinar que el accionante no ha cumplido con los requisitos mínimos para acceder al puesto que se pretendía llenar con el concurso.

Que de las pruebas generadas en el proceso se desprende que si bien se ha realizado el concurso, el legitimado activo no ha alcanzado el puntaje mínimo exigido para acceder al puesto en concurso.

Es interesante ver como primero se analizan las posibles vulneraciones para luego, una vez que se han descartado posibles vulneraciones constitucionales, determinar que los temas que se impugnan son relativos a la competencia de la justicia ordinaria y que lo que se evidencia es un interés por parte del legitimado activo y de su abogado de desnaturalizar la acción de protección.

No se puede dejar de mencionar el uso sesgado por parte de los jueces, de párrafos de sentencias de la Corte Constitucional para darle fuerza a su conclusión de que existe una vía ordinaria y que por ello no cabe la acción de protección, primero porque la sentencia debería estar suficientemente motivada en los hechos particulares del caso y en su análisis del caso en concreto, y segundo porque si se va a utilizar aquello que ha dicho la Corte, debe hacerse de manera sistemática, integral y con una visión garantista, no para justificar su idea de que como hay otra vía, la acción de protección no procede.

Al usar la jurisprudencia de la Corte Constitucional de forma sesgada no solo se está afectando al ciudadano titular de derechos constitucionales que el juez está en la obligación de proteger, sino que además se está poniendo en riesgo el sistema judicial, debido a que se pierde la certeza de aquello que va a ocurrir en el proceso, afectando la seguridad jurídica, la tutela judicial efectiva pero sobre todo el principio de supremacía de la constitución. Mutilar las sentencias de la Corte Constitucional y sacarlas de su contexto no ayuda a la construcción de un Estado Constitucional de derechos y justicia.

3.7. CASO No. 7

| | |
|---|--|
| No. De juicio de apelación: | 2014-1299 |
| Sala de apelación: | Corte Provincial de Justicia de Imbabura |
| Legitimado activo: | Persona Natural |
| Legitimado pasivo: | Persona Jurídica |
| Derechos presuntamente vulnerados: | Trabajo, atención prioritaria y especializada grupos atención prioritaria |
| Decisión: | Niega (Incumplimiento Requisitos) |

Parámetros fácticos del caso:

El señor Roberto Carlos Cabrera Quezada, habría presentado una acción de protección en contra de la resolución emitida por la Gerente Técnica del Hospital San Vicente de Paúl, (mediante la cual le habrían hecho cesar en sus funciones), por considerar que se le vulneró su derecho a la seguridad jurídica y el debido proceso.

El actor habría solicitado que se deje sin efecto la Resolución de fecha 30 de septiembre de 2014, que contiene la Acción de Personal en la cual se le habría notificado con la finalización definitivamente de sus funciones por cesación del nombramiento provisional.

También habría señalado que, “el acto administrativo realizado en su contra no fue revocado pese a hacer notar que se atentaba a los preceptos señalados en la Constitución de la República y su impugnación por la vía judicial necesitaría varios meses de litigio, por no decir años, estableciendo que esta vía no es la adecuada ni eficaz para presentar su reclamo”.

Adicionalmente habría solicitado que se le restituya de manera inmediata a su puesto de trabajo conservando las funciones de Servidor Público 9, con el cual se confirió su nombramiento provisional, debiendo además ordenarse el pago de los valores que ha dejado de percibir en calidad de Servidor Público 9 desde el momento en que se lo hizo finalizar sus funciones, sin perjuicio de que se ordene el pago de la diferencia del valor percibido en calidad de Servidor Público 9 a las funciones que desarrolló como Servidor Público 12 durante el tiempo que prestó sus funciones al Hospital San Vicente de Paúl, “debiendo además ordenarse la indemnización de los daños y perjuicios que se le ha ocasionado, incluyendo el daño moral...”.

El demandante indicó que cuenta con título académico de tercer nivel y tiene una experiencia de más de 5 años en medicina especializada, y que se encontraba cumpliendo el curso de titulación como especialista, y que es una persona que posee el 52% de

discapacidad por tener una enfermedad catastrófica, al habersele detectado cáncer de tiroides, por lo que dice se ha violentado derechos constitucionales y el derecho al trabajo, contraviniendo a la Ley de Discapacidades, por lo que había solicitado que la Jueza deje sin efecto dicha remoción del nombramiento provisional que ha sido objeto por parte de la Dirección del Hospital San Vicente de Paul.

Por otro lado, la parte demandada ha impugnado y rechazado en todas sus partes la acción de protección constitucional, alegando que no existe violación de derecho constitucional, y solicitando se declare la improcedencia de la misma.

Aseguró que la accionante habría presentado una reclamación de carácter administrativo ante la misma autoridad, la cual se encuentra con autos para resolver, por lo cual, al no agotarse la vía administrativa no debería proceder a la vía constitucional.

Solicitó que se tome en cuenta la sentencia de triple reiteración emitida por la Corte Constitucional de la República donde se determina que no hay los medios suficientes que permitan conceder una acción de protección, por lo que al amparo de lo que determina el Art. 15 numeral 3 de la Ley Orgánica de Garantías Constitucionales¹³⁷ solicitó se rechace esta acción.

El Representante del Ministerio de Relaciones Laborales ha dicho que en esta acción de protección no existe vulneración de derecho constitucional por parte del Ministerio de Relaciones Laborales por cuanto las resoluciones emitidas se encuentran debidamente motivadas y cumplen los procedimientos que establece la LOSEP. Que la parte demandada no habría utilizado las vías correctas de impugnación y tampoco habría demostrado que las vías judiciales no sean eficaces.

El Delegado de Procuraduría General del Estado señaló que se ha estado solicitando asuntos que no concuerdan con la acción de protección como si estuviera en tela de duda la discapacidad, la hoja de vida o deficiencia del servidor.

La Unidad Judicial Segunda de Violencia contra la Mujer y la Familia de Imbabura, ha resuelto negar la acción de protección, ante lo cual el legitimado activo interpone recurso de apelación.

¹³⁷ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional Art. 15.- Terminación del procedimiento.- El proceso podrá terminar mediante auto definitivo, que declare el desistimiento o apruebe el allanamiento, o mediante sentencia.
3. Sentencia.- Cuando la jueza o juez se forme criterio, dictará sentencia en la misma audiencia, y la notificará por escrito dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes.

Argumentos que motivan la sentencia:

La Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, ha resuelto confirmar la sentencia dictada por la jueza de primera instancia, con el siguiente análisis.

Sostiene que la Corte Constitucional ha manifestado que el derecho al trabajo, es un derecho de fundamental importancia, por cuanto garantiza a todas las personas la realización de un trabajo digno, acorde a las necesidades del ser humano, en el cual se les permita desempeñarse en un ambiente óptimo, con una remuneración justa y racional.

Que la Constitución de la República define a este derecho como: “El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado”.

Conforme lo dicho el derecho al trabajo se constituye en una necesidad humana, que obligatoriamente debe ser tutelada por el Estado, a través del incentivo para la contratación de personal, así como también, la tutela de los derechos laborales de todas las trabajadoras y trabajadores.

En este sentido, el artículo 325 de la Constitución de la República establece que: "El Estado garantizará el derecho al trabajo. Se reconocen todas las modalidades de trabajo, en relación de dependencia o autónomas, con inclusión de labores de auto sustento y cuidado humano; y como actores sociales productivos, a todas las trabajadoras y trabajadores".

Por su parte, el artículo 326 establece los principios en los cuales se sustenta el derecho al trabajo. La Corte Constitucional del Ecuador en referencia a este derecho manifestó: "Respecto a la connotación del derecho al trabajo se debe destacar que el mismo no solo comporta un derecho social, sino también un deber que debe plasmarse desde un contexto integral, irradiando a toda la sociedad ecuatoriana; en aquel sentido, se puede determinar que el derecho al trabajo se articula desde una connotación social como un compromiso del Estado tendiente a lograr el bienestar colectivo del conglomerado social”.

Ratio decidendi

En el caso el accionante ha indicado que se ha violentado el Derecho al Trabajo porque se ha dictado la resolución contentiva de la acción de personal en la que se le cesa en sus funciones, “... Omitiéndose el Art. 18, literal c) de dicho reglamento, que textualmente dice: Para ocupar un puesto cuya partida estuviere vacante, hasta obtener el ganador del concurso de mérito y oposición para cuya designación provisional será requisito básico contar con la convocatoria. Este nombramiento provisional se podrá otorgar a favor de una servidora, un servidor o una persona que no sea servidor, siempre que cumpla con los requisitos exigidos para el puesto... sin tomar en cuenta que según las políticas de ubicación del Ministerio de Salud Pública del 9 de septiembre de 2011...”. Situación que claramente es un reclamo con base en asuntos de legalidad cuya competencia recae en los órganos de justicia respectivos, como en este caso son los Tribunales de lo Contencioso Administrativo.

Adicionalmente el accionante ha indicado que se ha violentado el Art. 35 de la Constitución respecto a la atención prioritaria a las personas con enfermedades catastróficas, el derecho al trabajo de una persona con discapacidad, contraviniendo la Ley de Discapacidad. Al respecto el Tribunal consigna que esta afirmación es compleja en cuanto implica aspecto paralelos referentes al Derecho a la igualdad y a la no discriminación, ya que se alega que el accionante es una persona discapacitada por cuanto sufre de cáncer que es una enfermedad catastrófica, lo cual si bien se encuentra probado de la documentación, literal c) de éste acápite, requiere que antes de profundizar en esos temas, se verifique dos situaciones principales: la primera, que de acuerdo a las certificaciones médicas el accionante ya sufría de la enfermedad de cáncer a la tiroides (2009) antes de ingresar a trabajar en el Hospital San Vicente de Paúl (2010) sin que exista prueba de que dicha enfermedad fuere motivo de ninguna discriminación abierta o encubierta hasta cuando cesó en sus funciones (2014); y, el segundo aspecto sobre que se violó normas legales referentes a la ley de discapacidad, este es un asunto de legalidad que a consideración de este Tribunal no viola Derechos Constitucionales, ya que el motivo de la cesación de funciones es falta de requisitos legales para el ejercicio del puesto, lo cual indudablemente también debe ser observado por las autoridades el Ministerio de Salud Pública, ya que existen informes favorables para la contratación del accionante; sin que los asuntos de legalidad respecto a otras leyes conexas que adjudiquen estabilidad laboral puedan inaplicar normas legales sin disposición expresa, lo que al tratarse de asuntos de legalidad no es competencia de esta jurisdicción constitucional resolver no siendo necesario por lo expuesto profundizar en la argumentación específica respecto a asuntos de igualdad y no discriminación.

Tabla 7: Cuadro de verificación No. 7

| | Cumple | No cumple |
|--|--------|-----------|
| Del relato de los hechos se desprende posible discriminación | X | |
| Jueces analizan discriminación | X | |
| Se exige al legitimado activo probar la discriminación | X | |
| Se argumenta la existencia de otra vía | X | |
| Se explica cuál es la vía adecuada | X | |
| Se exige probar que la vía ordinaria no es la adecuada | X | |
| Jueces aceptan | | |
| Jueces rechazan | X | |
| Jueces inadmiten | | |
| Se utilizan instrumentos internacionales de derechos humanos | | X |

Fuente: Elaboración propia
Elaboración: Asdrúbal Granizo Haro

Análisis

En el presente caso, el accionante menciona que se le ha separado de sus puesto de trabajo, sin considerar que era un persona con discapacidad y que se ha violentado una norma legal lo cual afectaría la seguridad jurídica.

Los juzgadores niegan la acción por considerar que sus argumentos conllevan a la legalidad, y que además no ha demostrado que se le haya vulnerado ningún derecho, ni tampoco que las otras vías no sean adecuadas para resolver el conflicto planteado.

Lo que le correspondía al juez, es verificar la posible vulneración de derechos constitucionales, lo que en el presente caso significaba, que el juez que conoce el derecho estaba en la obligación de verificar si para la separación de puesto de trabajo, se habían cumplido los parámetros establecidos en la ley, sin caer en arbitrariedades, sin que se haya cometido ninguna acción discriminatoria, teniendo en cuenta su condición de persona con discapacidad, precautelando la seguridad jurídica.

Si bien, el juez analiza varios artículos de la Constitución en relación al derecho al trabajo, ninguno es aplicado para resolver el caso en concreto, sino que únicamente sirven para aumentar hojas en su sentencia, que nada dice respecto a la protección que la Constitución le da al caso en concreto. Es decir, el juez al analizar el derecho al trabajo debió desarrollar un criterio respecto a que supone el derecho constitucional al trabajo de las personas con discapacidad, cuales son los posibles elementos que se podrían ver afectados teniendo en cuenta que se trata de un gripo de atención prioritaria, y una vez que ha determinado la esfera constitucional, entonces si declarar si el tema controvertido es o no una cuestión de mera legalidad.

La separación de los servidores públicos no está prohibida, pero si lo está la discriminación y la arbitrariedad, lo que en la práctica se traduce en vulneraciones al debido proceso o a la seguridad jurídica.

Por lo tanto, para decir que no se trataban de temas de orden constitucional, los jueces constitucionales debieron haberse fijado en que se haya seguido el debido proceso en la separación del servidor público, a tono con las normas legales y constitucionales vigentes, que son claras previas y públicas, y que por lo tanto desvirtúen toda sospecha de discriminación, verificando si la separación del cargo a respondió a procesos preestablecidos y a la aplicación de las normas legales pertinentes.

Nada de esto sucede en el caso concreto, sino que el juez simplemente observa que existe la vía contenciosa administrativa para dirigir su reclamo y por simple deducción niega la acción de protección.

3.8. CASO No. 8

| | |
|---|--|
| No. De juicio: | 0229-2014 |
| Sala de apelación: | Corte Provincial de Justicia del Cañar |
| Legitimado activo: | Persona Natural |
| Legitimado pasivo: | Persona Jurídica |
| Derechos presuntamente vulnerados: | Trabajo, debido proceso, motivación. |
| Derechos vulnerado: | Trabajo, debido proceso, motivación. |
| Decisión: | Acepta |

Parámetros fácticos del caso:

El ingeniero Iván Mauricio Neira Crespo, persona con discapacidad, legitimado activo en la acción de protección, impugna la decisión adoptada por la Gerencia de la Unidad de Negocios Hidroazogues de la Empresa Pública Estratégica y Corporación Eléctrica del Ecuador, por medio de la cual se da por terminado su nombramiento provisional en tal entidad pública, aduciendo que ha obtenido una calificación deficiente y que la ley prevé la posibilidad de hacerlo.

El accionante sostiene que en el año 2012 se presentó a un concurso convocado por la Empresa Pública Estratégica y Corporación Eléctrica del Ecuador, concursando para el puesto de Jefe de Seguridad, Salud y Ambiente, del que resultó ganador y se le otorgó la matriz de personal N° 093 del 1 de agosto de 2012, en el cual se le nombraba provisionalmente por un año con periodo de prueba de 90 días, y que al cumplirse el plazo, se le mantuvo en el puesto por otro año más.

Que a finales del año 2013 se cambió al Gerente de la Unidad de Negocios en la que el laboraba y que mediante memo de 23 de diciembre de ese año, se le notificó que se ha llevado a cabo una evaluación de desempeño en la que habría obtenido una calificación deficiente, razón por la cual se daba por terminada su relación laboral. Habría existido una vulneración a sus derechos pues no se le habría comunicado de la evaluación que se le estaba realizando, impidiéndole ejercer sus derechos constitucionales a recurrir y a obtener resoluciones motivadas. Se ha vulnerado la seguridad jurídica por cuanto no se atiende su situación de persona con discapacidad, por la que goza de una estabilidad especial, establecida en la Ley Orgánica de Discapacidades.

En este escenario, habría presentado la acción de protección con la finalidad de que se ordene la restitución inmediata al cargo de Jefe de Seguridad del que ha sido excluido y se le cancele las remuneraciones que ha dejado de percibir, así como que se paguen los aportes a la seguridad social que han dejado de ser solventados.

El representante de la empresa demandada por sus parte habría indicado que la relación laboral se rige por la Ley Orgánica de Empresas Públicas, constituyéndose en una exigencia y deber de los funcionarios públicos obtener una satisfacción óptima para la permanencia en su puesto de trabajo. Respecto a la discapacidad alegada, se señala que en la Unidad Talento Humano de la empresa no se ha entregado ningún documento que así lo constate. Que la vía adecuada para conocer del litigio es la ordinaria y no la constitucional.

El representante de la Procuraduría General del Estado sustentó la idea que el trámite debe ser conocido en la jurisdicción contenciosa administrativa. De la acción conoció la Unidad Judicial Penal de Azogues, instancia que aceptó la acción propuesta. La parte accionada interpuso recurso de apelación.

Argumentos que motivan la sentencia:

Que el Art. 229¹³⁸ de la Constitución, dispone el ingreso al servicio público mediante el concurso de méritos y oposición, concurso que se ha verificado ha sido realizado en el presente caso, llegando el actor a encontrarse legalmente designado para el ejercicio de las funciones para las cuales había concursado. Se ha comprobado además, que el periodo de prueba de ya había sido superado por dos ocasiones perdiendo CELEC EP la facultad de finiquitar la relación laboral.

Que los nombramientos provisionales expedidos a favor de cualquier persona como servidor de una empresa pública originan derechos que no pueden ser transgredidos por la autoridad nominadora, quienes deben sujetarse en forma expresa a las disposiciones de dicho nombramiento y de la Constitución. El inciso final del Art. 4 de la Ley Orgánica

¹³⁸ Constitución de la República, Art. 229.- Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público. Los derechos de las servidoras y servidores públicos son irrenunciables. La ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores. Las obreras y obreros del sector público estarán sujetos al Código de Trabajo. La remuneración de las servidoras y servidores públicos será justa y equitativa, con relación a sus funciones, y valorará la profesionalización, capacitación, responsabilidad y experiencia.

de Empresas Públicas¹³⁹ determina que las Agencias y Unidades de Negocios son áreas administrativo – operativas de la empresa pública dirigidas por un administrador con poder especial para el cumplimiento de las atribuciones que le sean conferidas por el representante legal de la empresa que no goza de personería jurídica.

Se alega que la actuación administrativa ha violentado el derechos al trabajo y a la estabilidad al habersele separado de sus funciones al accionante, pese a existir dos nombramientos provisionales para el desempeño de sus funciones en base a un concurso de méritos y oposición, habiendo superado los periodos de prueba; los juzgadores analizan el formulario con el cuál se realiza la evaluación al ingeniero Neira, suscrito por el ingeniero Pablo Saquicela, llegando a concluir que no existe justificación alguna que acredite la disposición de que el ingeniero Saquicela sea quien evalúe al autor, por lo que, deducen que es un acto unilateral pues la evaluación es potestad exclusiva del gerente general, potestad que ha sido delegada al ingeniero Urgiles Buestán; por esto no se ha cumplido con los procesos de evaluación ni con el evaluador adecuado. Por lo que en base a la Ley de Empresas Públicas y la Legislación Laboral, se determina que el contrato de trabajo ha sido terminado de manera ilegítima.

En cumplimiento del Art. 228 constitucional¹⁴⁰, el actor ha obtenido, previo un concurso de méritos y oposición un nombramiento en una empresa pública; sin embargo, el 23 de diciembre de 2013 fue removido de su trabajo con fundamento en una evaluación de desempeño de competencias de la cual no habría tenido conocimiento, generándose la vulneración del derecho a la igualdad.

Se debe atender que los derechos laborales son irrenunciables e intangibles, siendo nula toda estipulación en contrario y carente de eficacia jurídica, ello tal como lo señala

¹³⁹ Ley Orgánica de Empresas Públicas. Art. 4.- Definiciones.- Las empresas públicas son entidades que pertenecen al Estado en los términos que establece la Constitución de la República, personas jurídicas de derecho público, con patrimonio propio, dotadas de autonomía presupuestaria, financiera, económica, administrativa y de gestión. Estarán destinadas a la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y en general al desarrollo de actividades económicas que corresponden al Estado. Las empresas subsidiarias son sociedades mercantiles de economía mixta creadas por la empresa pública, en las que el Estado o sus instituciones tengan la mayoría accionaria. Las empresas filiales son sucursales de la empresa pública matriz que estarán administradas por un gerente, creadas para desarrollar actividades o prestar servicios de manera descentralizada y desconcentrada. Las Agencias y Unidades de Negocio son áreas administrativo - operativas de la empresa pública, dirigidas por un administrador con poder especial para el cumplimiento de las atribuciones que le sean conferidas por el representante legal de la referida empresa, que no gozan de personería jurídica propia y que se establecen para desarrollar actividades o prestar servicios de manera descentralizada y desconcentrada.

¹⁴⁰ Constitución de la República del Ecuador. Art. 228.- El ingreso al servicio público, el ascenso y la promoción en la carrera administrativa se realizarán mediante concurso de méritos y oposición, en la forma que determine la ley, con excepción de las servidoras y servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento y remoción. Su inobservancia provocará la destitución de la autoridad nominadora.

el Art. 424 de la Constitución¹⁴¹. La parte accionada no ha justificado la naturaleza del acto emitido en el que se destituye al actor constituyéndose en una acción ilegítima.

Ratio decidendi

En consecuencia es condición de procedencia de la acción de protección la verificación de la ilegitimidad en la que haya incurrido la autoridad pública y la posibilidad efectiva de la tutela que la acción promueve para garantía de los derechos constitucionales violentados... Consecuentemente, la entidad accionada no ha justificado, como era su obligación, la naturaleza del acto emitido, en el que se destituye al actor, constituyendo una actuación ilegítima que desvincula al recurrente de las funciones que ha venido desempeñando y que infringe el derecho a la estabilidad y a la carrera previsto en el Art. 30 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas; principio de estabilidad contenido también en el Art. 124.2, el derecho al trabajo – artículo 35; el derecho a la seguridad jurídica y al debido proceso constantes en los numerales 26 y 27 del artículo 23; y el numeral 13 del artículo 24 que garantiza que las resoluciones de los poderes públicos deben ser motivadas, todos ellos de la Constitución Política. Con respecto a los derechos fundamentales vulnerados por la acción que se impugna, toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que le ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aun cuando por tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. Luego el Art. 88 de la Constitución de la República, así como los artículos 6 y 39 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, reconocen a las acciones constitucionales de garantía jurisdiccional, a la acción de protección, como fórmulas procesales de carácter reparatorio elevadas a rango constitucional, a categoría no solo de acción, sino de derecho mismo, así lo recogen los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por el Ecuador, caracterizados por tener como única finalidad la protección eficaz e inmediata a los derechos reconocidos en la Constitución, pues en materia de aplicación e interpretación de los derechos, esta se hará en el sentido más favorable a la persona, principio pro – homine. Por lo expuesto, la Sala, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA, desecha el recurso de apelación interpuesto por los demandados y confirma la sentencia impugnada, en todas sus partes.

Tabla 8: Cuadro de verificación No. 8

| | Cumple | No cumple |
|--|--------|-----------|
| Del relato de los hechos se desprende posible discriminación | X | |
| Jueces analizan discriminación | X | |
| Se exige al legitimado activo probar la discriminación | | X |
| Se argumenta la existencia de otra vía | | X |
| Se explica cuál es la vía adecuada | | X |
| Se exige probar que la vía ordinaria no es la adecuada | | X |
| Jueces aceptan | X | |
| Jueces rechazan | | |
| Jueces inadmiten | | |
| Se utilizan instrumentos internacionales de derechos humanos | X | |

Fuente: Elaboración propia
Elaboración: Asdrúbal Granizo Haro

¹⁴¹ Ecuador, Asamblea Nacional Constituyente, *Constitución de la República del Ecuador*. Art. 424.

Análisis

El presente caso, hace alusión a una persona con discapacidad que ha sido separada de su puesto de trabajo, luego de acceder al mismo mediante un concurso público de méritos y oposición. El accionante ha sido separado de sus funciones por haber sido calificado con bajo rendimiento en su evaluación de desempeño por parte de su superior, sin que se le haya evaluado acorde a sus capacidades pues como sostiene es una persona con discapacidad.

Los jueces identifican que la acción de protección es una garantía constitucional que esta orientada a proteger derechos constitucional y por lo tanto verifican que la separación haya sido legitima, por lo que hacen un análisis prolijo de la manera de evaluación, llegando a determinar que la misma fue llevada a cabo sin cumplir con los parámetros establecidos en la ley y sin que haya sido hecha por la persona facultada para ello.

Llama la atención que pese a que el legitimado activo aduce que se le vulneraron sus derechos de atención prioritaria pues es una persona con discapacidad, los juzgadores no analizan el problema jurídico desde esta perspectiva, ni si en la evaluación se tomó en consideración que el servidor público era una persona con discapacidad que debía ser evaluada tomando en cuenta sus capacidades, para comprobar si hubo una vulneración a sus derechos constituciones. Los juzgadores comprueban que la autoridad realizó la evaluación sin tomar en cuenta el procedimiento adecuado, lo cual incluía que sea realizada por una persona facultada para dicha tarea, y que por lo tanto la separación de su cargo se hizo en total inobservancia del debido proceso y de la seguridad jurídica, por lo que los jueces aceptan la acción.

Del estudio de esta sentencia, es claro que los juzgadores no le dan la importancia que requiere una persona con discapacidad al momento de presentar una acción de protección por ser parte de un grupo de atención prioritaria, que deberían ser el centro del argumento de la decisión de los juzgadores, protegiéndolos siempre de posibles discriminaciones, en atención de lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que en su último inciso manifiesta: “Se presumirán ciertos los hechos de la demanda cuando la entidad pública accionada no demuestre lo contrario o no suministre la información solicitada, siempre que de otros elementos de convicción no resulte una conclusión contraria...”.

Esta es la única sentencia que hace referencia a instrumentos internacionales de derechos humanos, para precautelar el derecho de las personas con discapacidad, sin embargo no los utiliza como base de su análisis.

3.9. CASO No. 9

| | |
|---|---|
| No. De juicio: | 2014-11439 |
| Juzgado: | Unidad Judicial Penal Sur Guayaquil |
| Legitimado activo: | Persona Natural |
| Legitimado pasivo: | Persona Jurídica |
| Derechos presuntamente vulnerados: | Igualdad, trabajo personas con discapacidad |
| Derecho vulnerado: | Trabajo, personas con discapacidad |
| Decisión: | Acepta |

Parámetros fácticos de caso:

El señor Luis Alberto Morán Fabre, habría presentado una acción de protección en contra del trato discriminatorio que ha sufrido como trabajador de la Comisión de Tránsito del Ecuador pues, se le habría vulnerado el derecho a acceder de una manera adecuada a todos los bienes y servicios que tiene como persona discapacitada.

El accionante ha manifestado que su trabajo se encuentra ubicado en la Prevención Sur de la Comisión de Tránsito del Ecuador en la ciudad de Guayaquil y que no se han eliminado las barreras arquitectónicas que existen para las personas con discapacidad, ya que no existe rampas, ni baños adecuados, ni un lugar de parqueo debidamente señalizado que le permita llevar una vida ajustada a su condición. Así mismo, manifiesta que se le han vulnerados sus derechos laborales y su derecho a la no discriminación toda vez que ha cubierto horarios de trabajo de 12 horas al igual que sus compañeros que no sufren ningún tipo de discapacidad. Por lo cual ha solicitado se reconozcan sus derechos y se dispongan los mecanismos adecuados para su reparación.

Argumentos que motivan la sentencia:

La Unidad Judicial Penal del Sur de Guayaquil, ha resuelto aceptar parcialmente la acción de protección, con los siguientes argumentos. Que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su artículo 16 establece que “se presumirán ciertos los hechos de la demanda cuando la entidad pública accionada no demuestre lo contrario...”. Que en el presente caso, la parte accionada, no ha comparecido a la audiencia pública, no existe ninguna prueba que desmienta o refute la aseveración del accionante. Se considera que hubo transgresión del derecho al acceso de manera adecuada a todos los bienes y servicios que como ciudadano con discapacidad tiene el accionante.

En lo referente a la discriminación laboral al realizar turnos de 12 horas igual que sus compañeros que no sufren ningún tipo de discapacidad, el actor no comprueba sus afirmaciones, ni presenta ninguna prueba de que esta supuesta transgresión de derechos se haya ejercido. Sus compañeros también realizan los turnos de doce horas por lo que no se aprecia que discriminación. Cómo bien lo indica el primer inciso del artículo 16 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional: “La persona accionante deberá demostrar los hechos que alega en la demanda o en la audiencia...”. A criterio del accionante la discriminación se producía por el mero hecho de hacerlo trabajar cada cierto tiempo un turno de 12 horas al igual que sus compañeros.

Por lo cual acepta parcialmente la acción de protección, declarando con lugar la vulneración al derecho al acceso de manera adecuada a todos los bienes y servicios, y declarando sin lugar la alegación de discriminación.

Ratio decidendi

Resulta claro, por lo expuesto, que la Comisión de Tránsito del Ecuador efectivamente ha violentado el derecho señalado por el accionante (art. 47, número 10 de la Constitución de la República del Ecuador), pues no se presentó prueba alguna que demuestre lo contrario. Ahora bien, por otra parte, el accionante en su intervención manifestó que la Comisión de Tránsito del Ecuador lo estaba discriminando laboralmente al pretender hacerlo trabajar cada cierto tiempo en un turno de 12 horas al igual que – según el mismo accionante manifestó - lo realizan sus otros compañeros que no tienen ninguna discapacidad. Pero respecto a esta presunta violación de derechos el accionante no presentó prueba alguna que demostrare cómo se producía la discriminación en su contra, pues según lo indicare tanto en su escrito de demanda como en su exposición verbal en la referida Audiencia, todos sus demás compañeros sí realizan el turno de 12 horas cada cierto tiempo. Como bien lo indica el primer inciso del artículo 16 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional: “La persona accionante deberá demostrar los hechos que alega en la demanda o en la audiencia (...)”, resultando que en lo relacionado a esta presunta violación a un derecho constitucional, debiendo dejar en claro que a criterio del accionante la discriminación se producía por el mero hecho de hacerlo trabajar cada cierto tiempo un turno de 12 horas al igual que sus compañeros.

Tabla 9: Cuadro de verificación No. 9

| | Cumple | No cumple |
|--|--------|-----------|
| Del relato de los hechos se desprende posible discriminación | X | |
| Jueces analizan discriminación | X | |
| Se exige al legitimado activo probar la discriminación | X | |
| Se argumenta la existencia de otra vía | | X |
| Se explica cuál es la vía adecuada | | X |
| Se exige probar que la vía ordinaria no es la adecuada | | X |
| Jueces aceptan | X | |
| Jueces rechazan | | |
| Jueces inadmiten | | |
| Se utilizan instrumentos internacionales de derechos humanos | | X |

Fuente: Elaboración propia
Elaboración: Asdrúbal Granizo Haro

Análisis

Del relato de los hechos, realizado por el accionante se desprende que en su lugar de trabajo no se han hecho las adecuaciones físicas que permitan su adecuada movilidad, que tampoco poseen espacios especiales de estacionamiento y que al momento de repartir la carga horaria, no se ha tomado en cuenta su condición de persona con discapacidad, entregándole al igual que todos turnos extras de 12 horas de trabajo.

El juez parte de un mandato legal y presume ciertos los hechos de la demanda y al no haberse presentado a la audiencia la entidad pública accionada, no ha aportado prueba alguna que desvirtúe las aseveraciones hechas por el legitimado activo, por lo que el juez declara parcialmente la vulneración de derechos; aceptando la acción en relación al acceso a los bienes y servicios y negándola en relación a la discriminación laboral por haber trabajado 12 horas con el argumento de que el actor no comprueba sus afirmaciones.

Es evidente que el juez incurre en contradicciones al basar su decisión en una norma legal que al tratarse de discriminación, revierte la carga de la prueba, y al analizar el caso en concreto, acepta la acción respecto a unos hechos y niega la acción respecto a otros, según dice porque ha sido el actor el que no ha comprobado las vulneraciones. En el caso en concreto, era obligación del juez declarar la vulneración toda vez que no se ha demostrado lo contrario, y no exigirle al legitimado activo que pruebe algo que la ley presume.

En esta sentencia tampoco se hace un análisis a la luz de instrumentos internacionales de derechos humanos, ni siquiera se los cita; y tampoco hay un desarrollo jurisprudencial de los derechos laborales de las personas con discapacidad.

4. Análisis e Interpretación de resultados.

Una vez que se han analizado una por una las sentencias seleccionadas es necesario interpretar los resultados obtenidos. Para ello se analizarán cuantitativamente los resultados obtenidos en los cuadros de verificación lo cual permitirá establecer que criterios están utilizando los jueces constitucionales al momento de resolver acciones de protección presentadas por personas con discapacidad alegando vulneraciones al derecho al trabajo.

4.1 Tabulación de datos

Cada una de las sentencias analizadas, generaron un cuadro de verificación con los datos obtenidos de ellas. Estos datos han sido consolidados en una tabla general que se presenta a continuación:

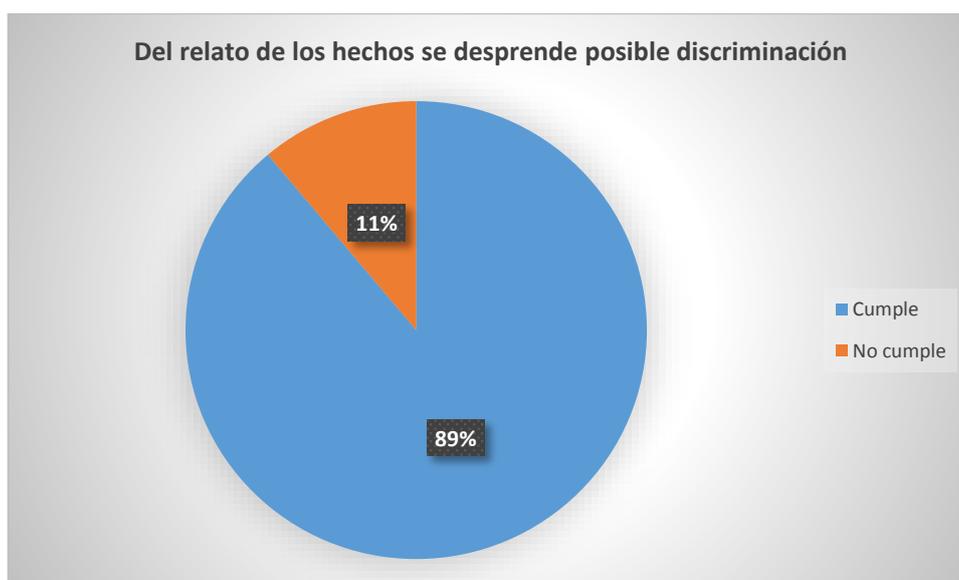
Tabla 10: Cuadro No. 10 Tabulación de datos

| | Cumple | No cumple | Total |
|--|--------|-----------|-------|
| Del relato de los hechos se desprende posible discriminación | 8 | 1 | 9 |
| Jueces analizan discriminación | 6 | 3 | 9 |
| Se exige al legitimado activo probar la discriminación | 4 | 5 | 9 |
| Se argumenta la existencia de otra vía | 4 | 5 | 9 |
| Se explica cuál es la vía adecuada | 3 | 6 | 9 |
| Se exige probar que la vía ordinaria no es la adecuada | 3 | 6 | 9 |
| Jueces aceptan | | 3 | 3 |
| Jueces rechazan | 6 | | 6 |
| Jueces inadmiten | 0 | | 0 |
| Se utilizan instrumentos internacionales de derechos humanos | 1 | | 9 |

Fuente: Elaboración propia
Elaboración: Asdrúbal Granizo Haro

4.2. Análisis de datos

Ilustración 1: ¿Del relato de los hechos del accionante se desprende una posible discriminación?



Fuente: Elaboración propia
Elaboración: Asdrúbal Granizo Haro

De las sentencias analizadas se puede concluir que el 89% de las decisiones judiciales retratan una posible discriminación de personas con discapacidad que trabajan, con lo cual se evidencia que la mayor parte de personas con discapacidad que presentan este tipo de acciones son víctimas potenciales de discriminación.

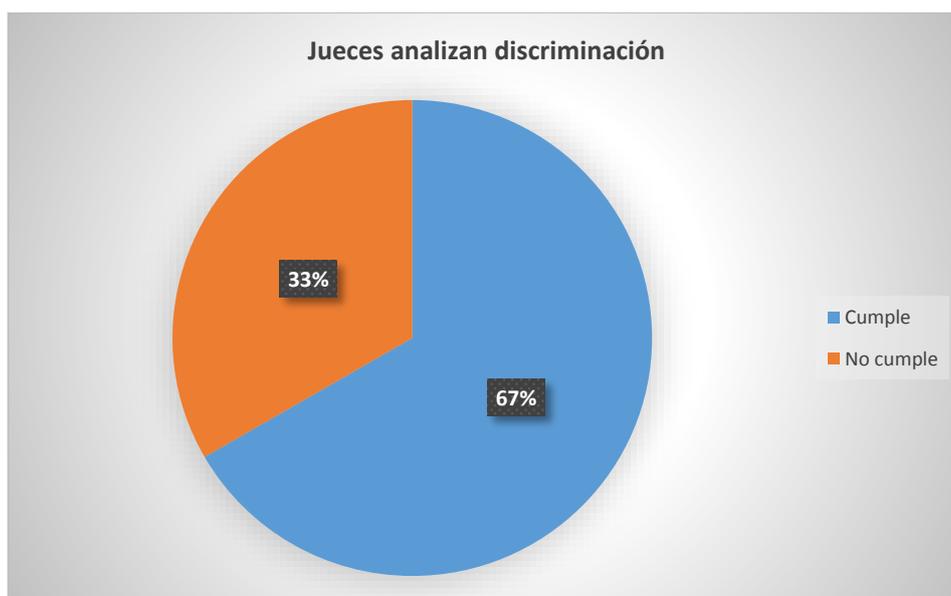
Únicamente el 11% de las acciones de protección presentadas por personas con discapacidad que trabajan, no mostraban un relato de los hechos del que se desprenda una posible discriminación.

Esto evidencia que las personas con discapacidad sienten que son discriminadas y así lo relatan en sus demandas de acción de protección, por lo que buscan en la justicia constitucional un remedio ante los abusos cometidos.

Este relato obligaría al juez a comprobar la veracidad de los hechos basado en la normativa legal, incluyendo la inversión de la carga de la prueba.

Pese a que es el derecho más alegado, se pudo comprobar que muchas veces los accionantes únicamente indican que han sido discriminados o alteran los acontecimientos de los hechos para aducir la discriminación. En varios casos el juez ha determinado que los relatos eran falsos y ha rechazado la acción.

Ilustración 2: ¿Los jueces analizan la posible discriminación que surge del relato de los hechos?



Fuente: Elaboración propia
Elaboración: Asdrúbal Granizo Haro

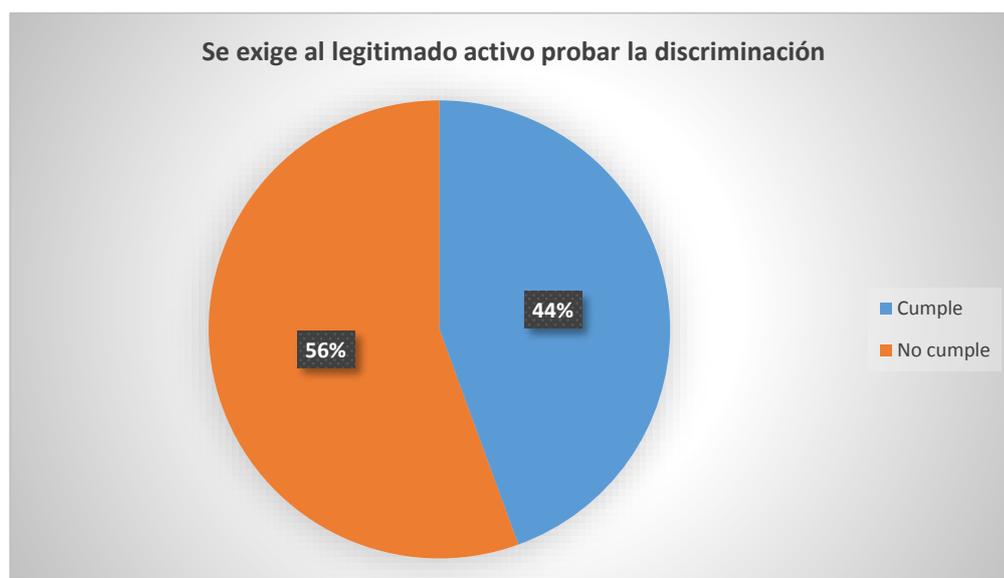
El 67% de los jueces que conocieron acciones de protección presentadas por personas con discapacidad alegando vulneraciones al derecho al trabajo, de cuyo relato se desprendía una posible discriminación, analizaron la discriminación. En este apartado se incluye además a quienes alegaron una posible discriminación y no únicamente a quienes de sus relatos se identificó una posible discriminación.

El 33% de las sentencias examinadas no analizaron la posible discriminación.

En el 11% de las sentencias que se estudiaron es claro que no se analizó porque del relato de los hechos no se desprendía una posible discriminación, como quedo establecido en el grafico anterior, pero queda un 22% de sentencias en las que aun habiéndose desprendido del relato de los hechos una posible discriminación, los jueces decidieron que no era relevante por lo que ni siquiera se la analizó.

Del examen de las sentencias estudiadas se desprende que los jueces no acostumbran analizar la posible discriminación desde una posición garantista de los derechos de las personas con discapacidad, pues aun cuando identifican a los accionantes como personas con discapacidad no reconocen que son un grupo que forma parte de un grupo de atención especial.

Ilustración 3: ¿Los jueces le exigen al legitimado activo que pruebe la discriminación alegada?



Fuente: Elaboración propia
Elaboración: Asdrúbal Granizo Haro

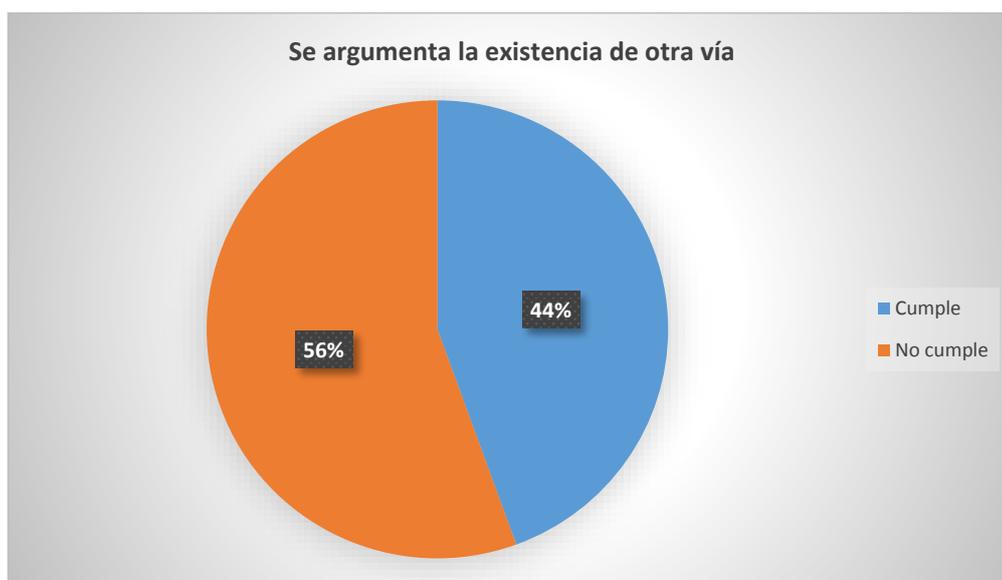
El 56% de los jueces que conocieron acciones de protección presentadas por personas con discapacidad alegando vulneraciones al derecho al trabajo, exigieron que sean los legitimados activos los que prueben la discriminación alegada.

Mientras que el 44% restante, no exigió que sea el legitimado activo el que pruebe la posible discriminación.

Hay que tomar en cuenta que el 33% de los jueces que conocieron acciones de protección presentadas por personas con discapacidad alegando vulneraciones al derecho al trabajo, ni siquiera analizan la posible discriminación por lo que únicamente el 23% de los jueces que conocieron este tipo de acciones no exigieron que sea el accionante el que pruebe la discriminación.

Exigir que sea la persona con discapacidad la que pruebe que fue víctima de discriminación de una persona particular atenta al derecho constitucional de la seguridad jurídica pues el artículo 9 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que establece: “En los casos en que la persona accionada sea un particular, se presumirán ciertos los hechos cuando se trate de discriminación o violaciones a los derechos del ambiente o de la naturaleza.”

Ilustración 4: ¿Los jueces argumentan que la acción de protección no es la vía idónea para tutelar los derechos alegados?



Fuente: Elaboración propia
Elaboración: Asdrúbal Granizo Haro

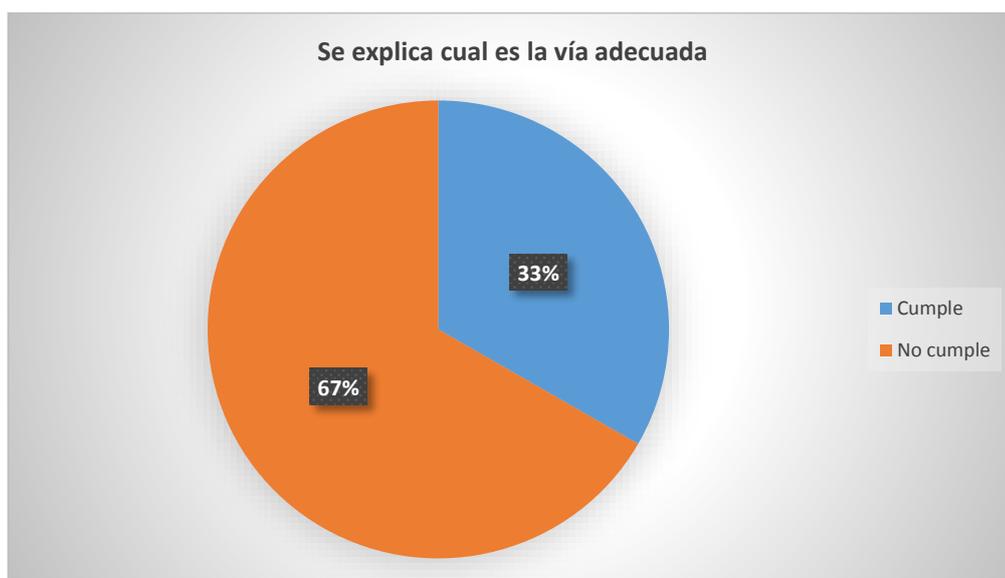
El 56 % de los jueces que conocieron acciones de protección presentadas por personas con discapacidad alegando vulneraciones al derecho al trabajo, no utilizaron el argumento de que existe otra vía en la motivación de sus sentencias.

El 44 % restante de los jueces que conocieron acciones de protección presentadas por personas con discapacidad alegando vulneraciones al derecho al trabajo, dentro de los argumentos que utilizaron para negar la acción de protección, utilizaron el de que la acción de protección no es la vía adecuado para resolver sus reclamos.

Es necesario tomar en cuenta que si bien el 56 % de las sentencias analizadas no utilizan este argumento, 33 % aceptan la acción de protección por lo que únicamente el 23 % de los jueces que conocieron este tipo de acciones de protección no utilizarían este argumento.

Si bien, en muchos casos la acción de protección no era la vía adecuada pues lo que se buscaba era que se declare un derecho (Utilidades, relación laboral, liquidaciones, impugnación de actas de finiquito), más no que se garantice un derecho reconocido en la Constitución, es necesario que el juez constitucional no agote sus argumentos para resolver la acción en esta premisa, sino que explique con claridad porque no es un asunto de relevancia constitucional.

Ilustración 5: ¿Los jueces explican cuál es la vía idónea para tutelar los derechos alegados?



Fuente: Elaboración propia
Elaboración: Asdrúbal Granizo Haro

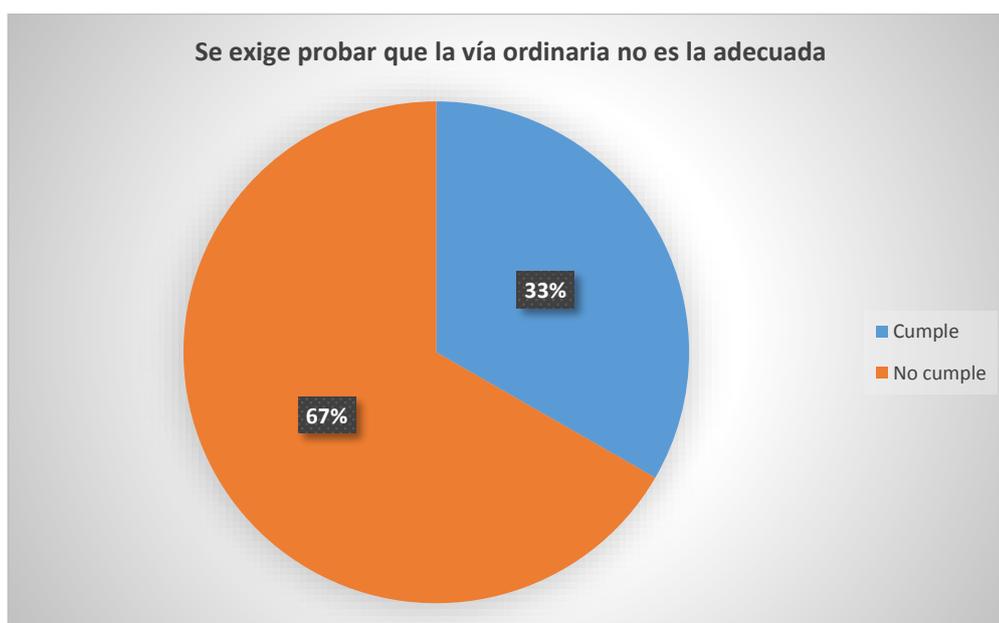
El 67% de los jueces que conocieron acciones de protección presentadas por personas con discapacidad que alegaban que se ha vulnerado sus derechos constitucionales, no explicaron cuál era la vía idónea para tutelar los derechos alegados en la acción de protección.

El 33% restante de los jueces que conocieron acciones de protección presentadas por personas con discapacidad alegando vulneraciones al derecho al trabajo explicaron cuál era la vía adecuada para resolver los conflictos que se intentan resolver por acción de protección.

En este punto, se debe observar que si bien el 44% de los jueces que conocieron acciones de protección presentadas por personas con discapacidad que alegaban que se ha vulnerado sus derechos constitucionales utilizaron el argumentos de que la acción de protección no era la vía adecuada para resolver el conflicto planteado, el 33% de los jueces explicaron cuál era la vía idónea.

La mayor parte de los jueces consideran que los reclamos deben hacerse ante los juzgados de trabajo, si se trata de empleadores particulares, o los juzgados contencioso administrativo cuando se trata del sector público.

Ilustración 6: ¿Los jueces que sea el accionante el que pruebe que la vía ordinaria no es la adecuada?



Fuente: Elaboración propia
Elaboración: Asdrúbal Granizo Haro

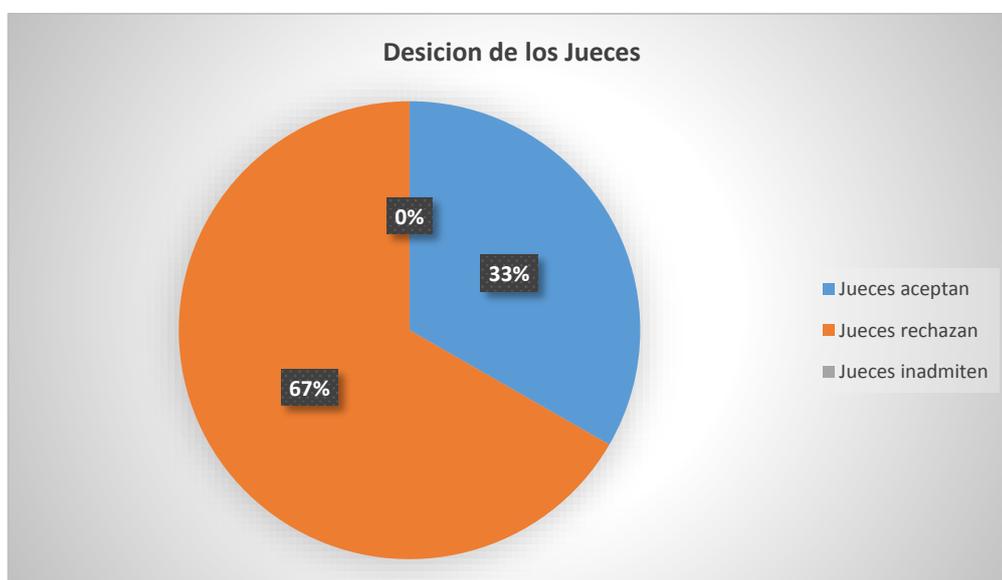
El 67% de los jueces que conocieron acciones de protección presentadas por personas con discapacidad que alegaban que se ha vulnerado sus derechos constitucionales, no exigen que sea el accionante el que pruebe que la vía ordinaria no es la adecuada para presentar sus reclamos.

El 33% restante de los jueces que conocieron acciones de protección presentadas por personas con discapacidad alegando vulneraciones al derecho al trabajo exigieron que el accionante pruebe que la vía ordinaria era ineficaz para garantizar los derechos constitucionales vulnerados.

Exigirle al accionante que pruebe que la vía ordinaria no es la adecuada para tutelar sus derechos, no tiene sentido si tomamos en cuenta que la ley ni siquiera le exige contar con un abogado, por lo que es ilógico pensar que alguien ajeno al derecho pueda siquiera argumentar porque algo que no conoce no es adecuado para tutelar sus derechos.

El exceso de formalismo al momento de resolver las acciones de protección, nos deja ver como los jueces aun piensan en clave de legalidad y no han entendido la naturaleza de las garantías jurisdiccionales en el Estado social de derechos y justicia.

Ilustración 7: ¿Qué decisión tomaron los jueces al momento de resolver la acción de protección?



Fuente: Elaboración propia
Elaboración: Asdrúbal Granizo Haro

El 67% de los jueces que conocieron acciones de protección presentadas por personas con discapacidad que alegaban que se ha vulnerado sus derechos laborales, han decidido rechazar la acción de protección.

El 33% restante de los jueces han decidido aceptar la acción de protección.

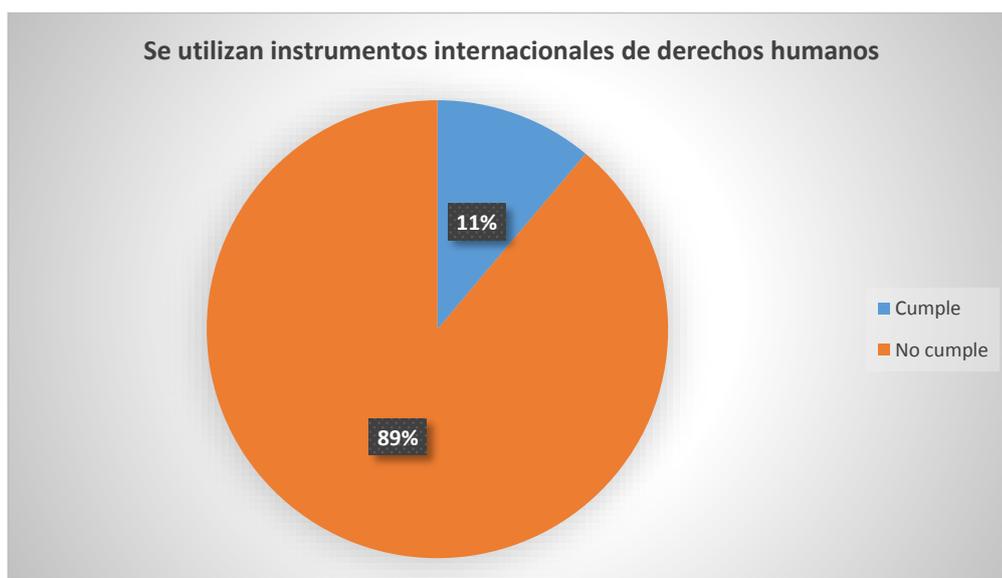
Ninguno de los jueces que conoció este tipo de acciones, decidió inadmitir la acción de protección.

Es importante destacar que la mayor cantidad de acciones han sido rechazadas. Las causas son diversas, pasando por la falsedad de los hechos alegados, hasta la pretensión de que se declaren derechos.

De las sentencias en las que se acepta la acción de protección se pudo apreciar que los jueces deciden aun basados en estándares de legalidad, lo que ha hecho que no se puedan identificar criterios que doten de contenido al derecho al trabajo constitucional o a los derechos laborales de las personas con discapacidad.

Es necesario recalcar que en ninguna de las acciones estudiadas se inadmitió la acción de protección, y que en todas se siguió sumariamente el trámite establecido, en armonía con la interpretación hecha por la Corte Constitucional del artículo 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional aun antes de que esta sea dictada.

Ilustración 8: ¿Los jueces utilizaron instrumentos internacionales de derechos humanos en la argumentación de su sentencia?



Fuente: Elaboración propia
Elaboración: Asdrúbal Granizo Haro

El 89% de los jueces que conocieron acciones de protección presentadas por personas con discapacidad que alegaban que se ha vulnerado sus derechos constitucionales, no utilizaron instrumentos internacionales de derechos humanos para fundamentar sus decisiones, ni como parte de su análisis.

Solo el 11% de los jueces que conocieron acciones de protección presentadas por personas con discapacidad alegando vulneraciones al derecho al trabajo utilizaron instrumentos internacionales de derechos humanos para fundamentar sus decisiones.

Pese a que las acciones constitucionales están orientadas a tutelar los derechos constitucionales, así como los reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, es muy bajo el porcentaje de sentencias analizadas que regresan la mirada al ordenamiento internacional de los derechos humanos, como una herramienta eficaz para tutelar los derechos de las personas con discapacidad.

Si bien una sentencia identifica algunos instrumentos de derechos humanos, no construye su decisión en base a estos, ni siquiera a la condición de persona con discapacidad, limitándose a hacer un análisis de presupuestos de las normas legales aplicables al caso y su aplicación por parte de los demandados. Esto muestra que los jueces no pueden distinguir entre conflictos de legalidad y constitucionalidad.

4.3. Interpretación de los resultados

Una vez que se han analizado los datos obtenidos de los cuadros de verificación es necesario interpretar los resultados.

Lo que se evidencia con claridad, es que los jueces no visibilizan a las personas con discapacidad como un grupo de atención prioritaria, no hay ningún desarrollo en las sentencias estudiadas de lo que significa el derecho al trabajo de las personas con discapacidad.

Así mismo, no existe un enfoque que guíe las decisiones de los jueces. No se ha observado el enfoque de los derechos humanos vinculados al cuidado especial que la persona con discapacidad debe tener, ni tampoco un enfoque vinculado a la protección de la persona con discapacidad ante la discriminación en relación con el principio de igualdad (discriminación, acceso y remuneración).

Esto sucede en gran medida debido a que no se evidencia una conciencia de parte de los jueces de los derechos laborales de las personas con discapacidad, ni de la protección especial que a ellos les brindan la Constitución y los Instrumentos

internacionales de Derechos Humanos, tanto es así que únicamente en una de las sentencias analizadas, los jueces hacen mención a instrumentos internacionales de protección de los derechos laborales de las personas con discapacidad.

Se ha logrado evidenciar que es una práctica común de los jueces escudarse en el argumento de que al existir una vía ordinaria no cabe la acción de protección, vulnerando el derecho constitucional de los partes a obtener una sentencia motivada, que respete la interpretación hecha por la Corte Constitucional respecto a los artículos 41 y 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, lo que en la práctica significa conocer el fondo del asunto y luego determinar si procede o no la acción.

La falta de uniformidad en los criterios utilizados por los jueces, generan incertidumbre en los usuarios del sistema de justicia, pero lo realmente grave es la falta de conocimiento de los problemas de relevancia constitucional, obviando el principio *iura novit curia*, que le permite al juez analizar cualquier problema jurídico que se desprenda del simple relato de los hechos, lo que genera dejar en indefensión a un grupo vulnerable y acarrea vulneraciones a la tutela judicial efectiva.

Por el contrario, los jueces no solo que se limitan en todos los casos a analizar únicamente las vulneraciones alegadas, sino que además exigen que las mismas sean probadas por las partes, aun en casos de discriminación alegada en contra de particulares, pesen a que en este tipo de casos la ley prevé que se ha de revertir la carga de la prueba.

En este sentido, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional prevé que:

Art. 16.- Pruebas.- La persona accionante deberá demostrar los hechos que alega en la demanda o en la audiencia, excepto en los casos en que se invierte la carga de la prueba. ...Se presumirán ciertos los hechos de la demanda cuando la entidad pública accionada no demuestre lo contrario o no suministre la información solicitada, siempre que de otros elementos de convicción no resulte una conclusión contraria. En los casos en que la persona accionada sea un particular, se presumirán ciertos los hechos cuando se trate de discriminación o violaciones a los derechos del ambiente o de la naturaleza.

Si bien en un primer momento la ley dispone que sea el accionante el que demuestre los hechos que alega en la demanda, en un segundo momento se aclara que se exceptúan los casos en los que se invierte la carga de la prueba.

Los casos en los que se revierte la carga de la prueba (o se presumen como ciertos los hechos alegados en la demanda), por disposición legal, son dos. El primero relacionado con las entidades públicas y el segundo con los particulares.

En relación a las entidades públicas, la ley dispone que se han de presumir ciertos los hechos de la demanda en dos casos: 1) cuando la demandada no demuestre lo contrario o 2) cuando no suministre la información solicitada, con la condición, de que de otros elementos de convicción no resulte una conclusión contraria

En relación a los particulares la ley manifiesta que se presumirán ciertos los hechos cuando el derecho constitucional alegado sea el de la igualdad y no discriminación.

El derecho al trabajo supone un sin número de conflictos, pero solo una parte de los mismos puede ser resuelto mediante acción de protección. La discriminación en contra de un trabajador con discapacidad, el impedirle el acceso a un ascenso por su condición de discapacidad, o pagarle menos a un trabajador por su discapacidad, son ejemplos claros que deben ser tutelados por la justicia constitucional, mediante acción de protección. No se puede hacer una lista taxativa de los casos que se deben conocer y de los que no, mediante la acción de protección, ya que esto dependerá del caso en concreto.

Lo que sí es una obligación para el juez, es entrar a conocer cada caso particular y analizar que el acto impugnado no haya vulnerado derechos constitucionales, y sobre todo, cuando se trata de personas con discapacidad, enfocarse en que no se haya vulnerado el principio de igualdad y no discriminación, ya que si se afecta a este derecho de seguro se vería afectado el acceso, la remuneración, y otros conexos.

Los abogados no ayudan a que el sistema mejore, ya que equivocan la vía al solicitar que se declaren derechos, que se re liquiden actas transaccionales conforme a la ley, entre otras, sin alegar posibles vulneraciones a de derechos constitucionales, esto se debe a que la mayor parte de acciones pretenden evitar la vía judicial para aprovechar la celeridad de la vía constitucional.

Pese a que desde el año 2008 se instauró la posibilidad de presentar acciones de protección para tutelar los derechos constitucionales, las personas con discapacidad no están judicializando las posibles vulneraciones de sus derechos laborales, lo que impide que se desarrolle jurisprudencia al respecto.

Conclusiones y Recomendaciones

1. Conclusiones

Del estudio de las sentencias examinadas se desprende una respuesta clara a nuestro problema de investigación:

Los jueces constitucionales de primera y segunda instancia, en el periodo de tiempo estudiado, (esto es desde la implementación de la acción de protección con la promulgación de la Constitución de 2008 hasta el 15 de mayo de 2015), han conocido y resuelto las acciones de protección relacionadas a los derechos laborales de las personas con discapacidad, sin tomar en cuenta la especial situación en la que se encuentran estas personas, con un criterio de interpretación de las normas de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional extremadamente formal, que los ha llevado a inobservar las disposiciones constitucionales relativas a la naturaleza de la acción de protección y de las medidas de protección a los grupos vulnerables.

Al aplicar los requisitos de procedibilidad para la acción de protección con una interpretación restrictiva de derechos, se ha generado una ola de sentencias que carecen de motivación debido a que a pesar de que la mayor cantidad de causas han sido rechazadas por considerar que se tratan de temas de mera legalidad ya que existen vías ordinarias para resolver el conflicto, no se explican las razones por las que se considera que se tratan de temas de mera legalidad.

Las sentencias analizadas muestran como los jueces no han logrado distinguir entre el derecho constitucional al trabajo y el derecho laboral que debe ser resuelto en vía ordinaria. Esto ha generado que no exista desarrollo del derecho al trabajo de las personas con discapacidad en la jurisprudencia generada mediante las sentencias emitidas en las acciones de protección estudiadas.

Es claro que la argumentación de los jueces es muy débil, sobre todo si se tiene en cuenta la cantidad y calidad de instrumentos internacionales que protegen los derechos de las personas con discapacidad y que la Constitución del Ecuador del 2008 ha provisto a las personas con discapacidad de varias herramientas que les permitan hacer valer sus derechos de manera efectiva. Los jueces se complacen con subsumir los hechos en la norma, e interpretar el marco jurídico usando el método literal y se olvidan de los métodos que les prevé la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Algo similar ocurre con la reversión de la carga de la prueba cuando se trata de particulares acusados de discriminación, ya que los jueces parecen desconocerla. Si bien, la norma es clara, los jueces no están aplicando la norma que presume como ciertos los hechos alegados en la demanda. Ni en las acciones de protección presentadas en contra de entidades públicas, ni en aquellas presentadas en contra de los particulares.

Desde este punto de vista, se estarían afectando la seguridad jurídica, pues los jueces no están aplicando normas previas, claras y públicas, debido a que de las sentencias estudiadas se desprende que los jueces no están cumpliendo con su obligación legal de presumir ciertos los hechos de la demanda, en los casos establecidos en la ley.

En las acciones de protección presentadas en contra de instituciones públicas, es claro que pese a que la ley obliga al juez a presumir ciertos los hechos cuando la demandada no demuestre lo contrario y/o cuando no suministre la información solicitada, con la condición, de que de otros elementos de convicción no resulte una conclusión contraria, los jueces están obligando al legitimado activo a probar los hechos, lo cual acarrea una vulneración de derechos constitucionales.

En relación a los particulares, pese a que la ley es clara en ordenar que se presumirán ciertos los hechos cuando el derecho constitucional alegado sea el de la igualdad y no discriminación, los jueces parece que no conocen esta disposición legal o simplemente han decidido ignorarla, pues en ninguna sentencia se hace alusión a la misma y se da cumplimiento a la presunción legal.

2. Recomendaciones

Se recomienda que el Consejo de la Judicatura mediante la Escuela Judicial inicie programas de capacitación a los jueces, orientados a sensibilizar a los juzgadores respecto a los derechos de las personas con discapacidad. Para ello, es necesario que se apliquen programas de estudio relacionados a la protección especial que debe dar el Estado a este grupo vulnerable, sobre todo en relación al principio de igualdad, lo que en la práctica implica que los juzgadores siempre que identifiquen que es una persona con discapacidad, la que está presentando una acción de protección, conozcan el fondo del asunto teniendo en cuenta que se trata de una persona que pertenece a un grupo vulnerable y que por lo tanto requiere una atención personalizada, sobre todo desde la perspectiva de una posible discriminación.

Estos programas deberían desarrollar el contenido y alcance del artículo 16 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, para que los jueces

empiecen a aplicar la presunción de los hechos de manera adecuada, de forma tal que deje de exigírsele a las personas con discapacidad que han sido discriminados. Los jueces deberían, siempre que se trate de una persona con discapacidad, garantizar que las personas con discapacidad no hayan sido discriminadas, y para ello deben utilizar el artículo 16 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y las presunciones de derecho que en ella se establecen, esto es, la reversión de la carga de la prueba, con los límites que indica la ley en el caso de las entidades públicas.

En este escenario, es importante empezar a pensar en jueces de garantías constitucionales, especializados y garantistas. Jueces que argumenten sus decisiones a partir de la condición de persona con discapacidad, y desarrollen su respuesta al problema jurídico en base a esto, y no como en la actualidad ocurre que resuelven el caso, sin importar si quien reclama la vulneración de un derecho es una persona con discapacidad o no.

Los colegios de abogados del país están en la obligación de capacitar a los abogados, respecto a la procedencia de la acción de protección en casos de una posible discriminación en contra de las personas con discapacidad. Esto sin duda contribuirá a mejorar la calidad de las demandas presentadas y a alcanzar la plena vigencia de los derechos de este grupo vulnerable.

De igual modo, los abogados están en la obligación de exigirle al juez que aplique las normas legales pertinentes a la acción de protección, en lo relacionado a la carga de la prueba, y si el juez no lo hace en última instancia, se debe presentar una acción extraordinaria de protección alegando una vulneración a la seguridad jurídica en razón de que los jueces no han aplicado el artículo 16 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, para que se la Corte Constitucional la que enmiende el error de los juzgadores y repare al afectado de manera integral.

La Corte Constitucional debe aportar también desde la perspectiva de la difusión de sus decisiones, sobre todo de aquellas relacionadas a la vigencia plena de los derechos, como es el caso de la interpretación de los artículos 41 y 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, así como a la jurisprudencia vinculante que da lineamientos respecto a la diferenciación de temas de legalidad y constitucionalidad. Mediante la difusión de la interpretación y de la exigibilidad de los derechos, las personas con discapacidad que trabajan podrán exigir de mejor manera sus derechos reconocidos en la Constitución y judicializar los múltiples casos de discriminación que ocurren a diario.

Bibliografía

- Abanto Revilla, “El contenido esencial y el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la pensión. Un ensayo preliminar a partir de la doctrina, los tratados internacionales ratificados por el Perú y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” en *Laborem Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* No. 6. 2006
- Albarracín Lelia Inés, Alderetes Jorge R., “Lengua propia y exclusión social: los dialectos regionales y las lenguas vernáculas”, en Encuentro nacional de Educación e Identidades, Los pueblos Originarios y la Escuela, Buenos Aires: Universidad Nacional de Luján, 2003.
- Alexy, Robert. *Teoría fundamental de los Derechos Humanos*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Paris: 20 de diciembre, 1948.
- . *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. New York: 19 de diciembre, 1966.
- . *Informe del Secretario General de Naciones Unidas sobre la situación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, A/67/281*, 9 de agosto, 2012.
- . *Informe del Secretario General de Naciones Unidas sobre La realización de los Objetivos de Desarrollo del Milenio y los objetivos de desarrollo convenidos internacionalmente para las personas con discapacidad: una agenda para el desarrollo que tenga en cuenta a las personas con discapacidad para 2015 y después de ese año, A/67/211*, 30 de julio, 2012.
- . *Informe del Secretario General de Naciones Unidas sobre la Situación de la Convención sobre los Derechos del Niño, A/66/230*, 3 de agosto, 2011.
- Asamblea General de la Organización de Estados Americanos. *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*. San José: 7 al 22 de noviembre, 1969.
- Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución de la República del Ecuador, Suplemento de Registro Oficial No. 449*. Quito, 20 de octubre, 2008.

- Asamblea Nacional del Ecuador. *Ley Orgánica de Discapacidades, Registro Oficial No. 796*. Quito: 27 de septiembre, 2014.
- . *Ley Orgánica de Empresas Públicas, Suplemento del Registro Oficial No. 48*. Quito: 16 de octubre, 2009.
- . *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 52*. Quito: 22 de octubre, 2009
- . *Ley Orgánica de Servicio Público, Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 294*. Quito: 6 de octubre, 2010.
- Ávila Santamaría, Ramiro, “Caracterización de la Constitución de 2008. Visión panorámica de la Constitución a partir del Estado Constitucional de Derechos y Justicia” en Santiago Andrade, Agustín Grijalva y Claudia Storini edit., *La nueva constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2009.
- . *En defensa del neoconstitucionalismo transformador: los debates y los argumentos*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar 2012
- . “Las Garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos. Avances Conceptuales” en Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez y Rubén Martínez Dalmau, *Desafíos Constitucionales. La Constitución del 2008 en perspectiva, Serie Justicia y Derechos Humanos, Ministerio de Justicia*. Quito: Imprenta V&M Gráficas 2008.
- Bargagelata Aníbal. *La democracia*. Montevideo: Fondo de Cultura Universitaria, 1983.
- Barnes C., “Las Teorías de la discapacidad y los orígenes de la opresión de las personas discapacitadas en la sociedad occidental”, en L. Barton, compilador. *Discapacidad y Sociedad*, (Madrid: Morata S.L., 1998)
- Bidart Campos Germán. *Teoría General de los Derechos Humanos*, 2da. Edición, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1993
- Bohlander Snell, Scott y George. *Administración de Recursos Humanos*. México: Cengage Learning. 2013.
- Bresser Pereira Luiz Carlos. “La Reconstrucción del Estado en América Latina”, *Revista CEPAL*, 1998
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Observaciones Finales sobre el Informe Inicial de Argentina CRPD/ARG/CO/1*. 27 de septiembre, 2012.
- Conferencia Internacional Americana. *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Bogotá: 1948.

- Congreso Nacional del Ecuador. *Ley de Seguridad Social, Suplemento del Registro Oficial No. 465*. Quito: 30 de noviembre, 2001.
- Corte Constitucional del Ecuador, para el período de transición, *Sentencia No. 020-10-SEP-CC, caso No. 583-09-EP*. Quito: 11 de mayo, 2010.
- . *Sentencia N. ° 008-09-SAN-CC, caso N. ° 0027-09-AN*
- . *Sentencia N. ° 055-10-SEP, caso N. ° 213-10-EP*. Quito: 18 de noviembre, 2010.
- . *Sentencia N. ° 045-11-SEP-CC, caso N. ° 0385-11-EP*. Quito: 24 noviembre, 2011.
- . *Sentencia N. ° 064-12-SEP-CC caso N. ° 0341-10-EP*. Quito: 27 de marzo, 2012.
- Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia N. ° 002-09-SAN-CC, caso N. ° 1000-12-EP. 0005-08-AN*.
- . *Sentencia N. ° 0016-13-SEP-CC, caso N. ° 1000-12-EP*. Quito: 16 de mayo: 2013.
- . *Sentencia N. ° 102-13-SEP-CC caso N. ° 0380-10-EP*. Quito: 04 de diciembre, 2013.
- . *Sentencia N. ° 098-13-SEP-CC, caso N. ° 1850-11-EP*. Quito: 26 de noviembre, 2013.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. San José: 26 de septiembre, 2006.
- . *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica”*. San José: 28 de diciembre, 2012.
- . *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. San José: 26 de noviembre, 2010.
- . *Caso González y otras (‘Campo Algodonero’) vs. México*. San José: 26 de noviembre, 2009.
- . *Opinión Consultiva OC-18/03 sobre Condición jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. San José: 17 de septiembre, 2003.
- . *Opinión Consultiva OC-2/82, sobre el efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75) solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. San José: 24 de septiembre, 1982.
- . *Voto Razonado de García García Ramírez a la sentencia del caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. San José: 25 de noviembre, 2003.
- De la Cueva Mario, *El nuevo Derecho mexicano del trabajo*, 3era edición, México: Ed. Porrúa, 1975.

- De Lora Pablo, *Memoria y Frontera: El Desafío de los Derechos Humanos*, Madrid: Alianza Editorial, 2006
- De Lorenzo García L., y Palacios A., “Los grandes hitos de la protección jurídica de las personas con discapacidad en los albores del siglo XXI”. *Revista Documentación Administrativa No. 271-272, INAP*, enero – agosto, 2005.
- Delgado, Rebeca. “Algunas reflexiones sobre la Constitución Política del Estado”. En Idón Moisés Chivi Vargas, coordinador, *Nueva Constitución Política del Estado*. La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, 2010.
- Diario el Telégrafo: <http://www.telegrafo.com.ec/noticias/informacion-general/item/moreno-pide-aprobar-la-ley-organica-de-discapacidades.html>, Consulta: 01 de septiembre de 2015
- Ferrajoli Luigi. *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999.
- Garrone José Alberti. *Diccionario jurídico, Tomos I y III*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005.
- Hitters Juan Carlos, “Responsabilidad del Estado por violación de Tratados Internacionales”. *Boletín de Estudios Constitucionales volumen 5, número 1*. Santiago de Chile: Universidad de Talca, 2007.
- López Basanta Justo. *El Salario*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas, 1988,
- Magallanes Rodolfo. “La igualdad en la República Bolivariana de Venezuela (1999-2004).” *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*. 2005.
- Magna Asamblea Constituyente. *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*. La Paz, 9 de febrero, 2009.
- Martín Valverde Antonio. Fermín Rodríguez Sañudo y Joaquín García Murcia, *Derecho del trabajo, 6ta edición*. Madrid: Tecnos, 1997.
- Mellado Carlos Alfonso. “Salarios y Negociación Colectiva”. En Joaquín Aparicio Tovar, coordinador. *Estudios Sobre el Salario*. Albacete: Bomarzo, 2004.
- Navarro Francisc. *Historia Universal: El siglo XIX en Europa y Norteamérica*. Lima: Salvat Editores, 2005.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas. *Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la participación de las personas con discapacidad en la vida política y pública, A/HRC/19/36*. 21 de diciembre, 2011.
- *Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la estructura y la función de los*

mecanismos nacionales de aplicación y vigilancia del cumplimiento de la Convención sobre los Derechos de las Persona con Discapacidad, A/HRC/13/29. 22 de diciembre, 2009.

Oficina Internacional del Trabajo. Departamento de Comunicación y de la Información Pública. *Informe de remuneraciones 2013-2014.* Ginebra: 2015.

Organización de Naciones Unidas, *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.* Viena: 23 de mayo, 1969.

-----, *Normas Uniformes sobre le igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad.* Washington: 1993.

Organización Internacional del Trabajo. *Convenio 100 sobre igualdad de remuneración,* Ginebra: 1951.

-----, *Convenio No. 159 Sobre la readaptación profesional y el empleo.* Ginebra: 1983.

-----, *Trabajo Decente y Protección para todos, prioridad de las Américas.* Memoria del Director Regional a la 14ª Reunión regional de los Estados Miembros. Lima: 1999.

Osorio Manuel y Florit Guillermo Cabanelas de las Cuevas. *Diccionario de Derecho, Tomo I.* Buenos Aires: Heliasta. 2007.

Pérez Vila Manuel. *Doctrina del Libertador,* Fundación Biblioteca de Ayacucho, 2009.

Polo María Cristina. “Igualdad de oportunidades y no discriminación en el acceso al trabajo”. *Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres* 2008.

Real Academia de la Lengua Española. *Diccionario de la Lengua Española. Vigésima Segunda Edición.* Madrid: Editorial Espasa Calpe. 2009.

-----, *Diccionario de la lengua española.* <<http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae>>. Consulta: 26 de noviembre, 2014.

Rendón Vásquez Jorge. *Derecho individual del trabajo.* Lima: Tarpuy. 1988.

Ruibal Milton. *Sobre el concepto de igualdad.* Montevideo: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1988.

Vida Soria J., J.L. Monereo Pérez y C. Molina Navarrete. “Manual de Derecho del Trabajo”, en Elmar Arce Ortiz, *Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Desafíos y Deficiencias.* Lima: Palestra. 2008.