

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho Constitucional

**Despido ineficaz de la mujer embarazada, desde la perspectiva del
principio de igualdad y no discriminación**

Felipe Andrés Alegre Acharán

Tutora: Susy Alexandra Garbay Mancheno

Quito, 2021

Trabajo almacenado en el Repositorio Institucional UASB-DIGITAL con licencia Creative Commons 4.0 Internacional		
	Reconocimiento de créditos de la obra	
	No comercial	
	Sin obras derivadas	
Para usar esta obra, deben respetarse los términos de esta licencia		

Cláusula de cesión de derechos de publicación de tesis

Yo, Felipe Andrés Alegre Acharán, autor de la tesis intitulada “Despido ineficaz de la mujer embarazada, desde la perspectiva del principio de igualdad y no discriminación”, 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 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 los formatos virtual, electrónico, digital, 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 autor/a 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.

04 de mayo del 2021

Firma:.....

Resumen

En abril de 2015 se publicó en el registro oficial la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar (Ley de Justicia Laboral). La cual planteó entre otras cuestiones jurídicas, la reinserción de la trabajadora víctima de un despido por causa de su embarazo. Esta norma se vincula inmediatamente con el principio constitucional de igualdad y no discriminación. Sin embargo, este principio no se encuentra ampliamente desarrollado en la legislación nacional, si en el Derecho Internacional y la doctrina. En este ámbito este principio se ramifica y desarrolla hasta llegar a tutelar el derecho de la mujer embarazada al trabajo y la estabilidad laboral, lo cual se ve finalmente plasmado en la Ley de Justicia Laboral.

El principio de igualdad y no discriminación comienza su desarrollo desde el Derecho Internacional de los derechos Humanos a través de sus instrumentos normativos y dictámenes judiciales. Se recoge en la Constitución Ecuatoriana de 2008 y se especifica para la protección de la mujer trabajadora embarazada en el artículo el artículo 35 de la reforma que reza: “Prohibición de despido y declaratoria de ineficaz. - Se considerará ineficaz el despido intempestivo de personas trabajadoras...”.¹ Esta norma incluye nuevos conceptos para la legislación ecuatoriana como la ineficacia del despido y el reconocimiento del principio de inamovilidad, lo cual justifica el macro análisis del principio de igualdad y no discriminación que permita dar un sentido correcto a estas nuevas instituciones insertadas a la legislación.

Para el análisis resultaron particularmente importantes la sentencia 080-13-SEP-CC, expedida por la Corte Constitucional Ecuatoriana y la sentencia SU070/13 emitida por la Corte Constitucional Colombiana que desarrollan cuestiones sustanciales a la protección del principio de igualdad y no discriminación de la trabajadora embarazada.

¹ Ecuador, *Ley de Justicia Laboral (Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar)*, Registro Oficial 483, Suplemento, 20 de abril de 2015.

Agradecimiento

Agradezco a la Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador, por haberme acogido en sus aulas, y mediante arduas jornadas de lectura e interacción con mis maestros y compañeros me hayan acercado críticamente al vasto mundo del conocimiento jurídico, proporcionándome valiosas y útiles enseñanzas para mi vida profesional. Agradecimiento especial a mi padre Marco Patricio Solano, Eva Paredes Aveiga y Susy Garbay, guías fundamentales en la culminación exitosa del presente trabajo investigativo.

Tabla de contenido

Introducción	11
Capítulo primero Principio de igualdad y no discriminación	13
1. La antesala de la discriminación: El prejuicio, un análisis desde Norberto Bobbio	13
2. Mujer y discriminación	15
3. Aproximación al Sistema Internacional de Derechos Humanos y tutela de la igualdad y no discriminación.....	19
4. El principio de igualdad y no discriminación	22
4.1. Como norma de <i>Ius Cogens</i>	22
4.2. Como derecho	24
4.3. Como principio.....	25
4.4. Como obligación de hacer y no hacer	25
4.5. Como igualdad formal.....	27
4.6. Como igualdad sustancial.....	27
5. Sobre la discriminación.....	29
6. Derechos derivados del principio de igualdad y no discriminación de la mujer	34
6.1. Derecho a garantías normativas y judiciales	34
6.2. Derecho a una protección y sanciones especiales	36
6.3. Derechos laborales específicos.....	37
6.4. Estabilidad laboral reforzada.....	40
7. Aplicabilidad del contenido internacional del principio de igualdad en el ordenamiento interno ecuatoriano	43
8. Irradiación de lo constitucional a lo laboral.....	48
8.1. Irradiación constitucional como concepto, Caso Luth	48
8.2. Ley de Justicia Laboral	52

8.3. Irradiación de la tutela judicial efectiva	55
8.4. Irradiación de la estabilidad laboral	60
8.5. Irradiación y matices de la carga probatoria	65
8.6. Irradiación y matices en la diferenciación ilegítima y legítima	68
Capítulo segundo Inconsistencias y consideraciones para una correcta aplicación del principio de igualdad en la Ley de Justicia Laboral	73
1. Exclusión de categorías sospechosas	73
2. Paralelismo jurisdiccional: Acción laboral general, acción por despido ineficaz y acción de protección	75
3. La experiencia chilena como solución a los primeros problemas.....	81
4. Responsabilidad del empleador y deber de comunicación en el caso de negativa al reintegro	83
5. Sobre el deber de aportar indicios mínimos por parte del actor	85
6. Protección de la maternidad como concepto amplio	86
Conclusiones	91
Bibliografía.....	93

Introducción

Cada vez resulta más evidente la influencia que ejerce el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y las ideas del bloque de constitucionalidad en la Constitución y la legislación nacional. Especialmente en los casos que se incorporan instituciones novedosas en reformas legales, novedosas en el sentido que eran desconocidas para el derecho interno, como lo es la inamovilidad de la trabajadora embarazada. Para implantar de buena manera estas nuevas instituciones, es requerido conocer el contenido esencial de las mismas y las experiencias que otros sistemas jurídicos han tenido con ellas.

En Ecuador, previo a la reforma que tutela el derecho a la estabilidad laboral de la trabajadora embarazada, no existía una protección idónea para tutelar su derecho a la igualdad y no discriminación, ¿Ahora existe esa protección real? El cambio parece apuntar a que se abandona la vieja noción de estabilidad laboral débil y se reemplaza por una reforzada que garantiza a la trabajadora el no ser despedida en razón de su embarazo.

Por otro lado parece apreciarse una constitucionalización del derecho laboral que absorbe tanto la sustantividad como la adjetividad del derecho constitucional, lo que se evidencia en el nuevo procedimiento de tutela de la trabajadora y la incorporación de la igualdad y no discriminación como uno de los derechos a tutelar, sin embargo una fuerte constitucionalización podría causar dificultades, pues se diluiría los claros límites entre la justicia constitucional y laboral.

Capítulo primero

Principio de igualdad y no discriminación

1. La antesala de la discriminación: El prejuicio, un análisis desde Norberto Bobbio^{2 3}

Toda idea tiene un origen, un desarrollo y un afianzamiento, la discriminación como idea de un colectivo tampoco es una excepción, cuyo origen se encuentra en el prejuicio. El prejuicio es una opinión aceptada acríticamente y pasivamente por la comunidad, instituciones y/o el mismo Estado. Se acepta esta idea u opinión sin discutirlo, sin verificación, por inercia, respeto o temor, con tal fuerza que resiste cualquier refutación racional. Es en este último punto, el no admitir tal refutación, diferencia al prejuicio de una simple opinión errada. Cuando enfrentamos errores como los derivados de la ignorancia, estos son susceptibles de corrección mediante un mayor conocimiento, mientras que el prejuicio al no admitir objeción racional alguna, no es susceptible de corrección.

¿Qué hace irracional al prejuicio? La respuesta está en los deseos, pasiones e intereses personales de cada ser humano, pues lo empuja a satisfacer cada una de estas sensaciones mediante la predisposición de creer en aquello que satisface sus deseos,

² Norberto Bobbio, “La naturaleza del prejuicio, Racismo, Hoy, iguales y diferentes”, en Danilo Caicedo y Angélica Porras, edit., *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad* (Quito: Ministerio de justicia, 2010), 183-219.

³ Norberto Bobbio fue uno de los principales pensadores del siglo XXI. Sus mayores aportaciones a la vida política tuvieron lugar en el ámbito ideológico y programático, especialmente la académica en la Universidad de Turín –donde fue fundador de la cátedra de Economía política y decano de la Facultad de Ciencias políticas. Sus trabajos lo llevaron a ser miembro de la Accademia Nazionale dei Lincei y la Academia Británica. En 1979 fue nombrado Profesor Emérito de la Universidad de Turín y Senador por Vida en 1984. En cuanto a su pensamiento ideológico se ubicaba en lo que llamó socialismo liberal que identificó las ventajas y desventajas de cada modelo, creando una ideología ecléctica. Se definió como uno de los mayores defensores de la democracia, derechos humanos y la paz.³

Esta pequeña reseña no hace más que evidenciar cuan indispensable es el estudio de este autor respecto al origen de la discriminación. Sus estudios siempre enfatizaron en los tres elementos mencionados, democracia, derechos humanos y paz, que a su vez son indispensables para la lucha contra la discriminación como manifestación de violencia contra grupos vulnerables. La agudeza de su pensamiento no solo incluye como impronta un análisis desde lo jurídico, sino que además refleja un pensamiento reflexivo y pragmático, ideal para entender el fenómeno a estudiar desde una perspectiva global.

pasiones e intereses. Por esto cuando el ser humano comete un simple error donde no existe esta predisposición, es simple corregirlo.

Las manifestaciones del prejuicio son muchas, una visión cuantitativa diferencia el prejuicio individual y el colectivo. El primero resulta ser el menos dañino pues está compuesto por supersticiones creencia en la mala suerte, el mal de ojo, etcétera. Sin embargo, el prejuicio colectivo resulta ser altamente nocivo. Son aquellos que compartimos como grupo social y por ende desencadena conflictos entre los mismos, esto a su vez escalan a violencia, donde un grupo juzga a otro generando incomprensión, rivalidad, enemistad y mofa.

La principal consecuencia del prejuicio colectivo es la discriminación. La discriminación significa algo más que una simple distinción, es eminentemente una expresión valorativa peyorativa, por ende, se trata de distinciones injustas en el sentido de que no se trata igual a los que son iguales.

Para entender mejor la discriminación, es necesario determinar sus etapas de desarrollo. En un primer momento el grupo A se define como diferente al grupo B, esto es una mera declaración de diferencias evidentes, como la diferencia evidente que existe entre hombres y mujeres. No existe un juicio valorativo en esta etapa, simplemente la declaratoria de la existencia de una diferencia. En un segundo momento la enunciación de una diferencia se torna valorativo, en este momento el grupo A ya no solo se considera diferente en relación al grupo B, sino que además incluye juicios valorativos como: el grupo A es bueno y el B malo; el grupo A es civilizado y el grupo B bárbaro. Estas distinciones al ser valorativas están sujetas a condiciones históricas e incluso subjetivas del grupo y son transmitidas acríticamente.

Por último, para que la discriminación se materialice, es necesaria la ejecución de medidas tendientes a la imposición de un grupo sobre otro. Un ejemplo de la ejecución de todas las fases sería el que vive a diario la población negra. Primero se determina la diferencia entre hombre blanco y negro; segundo el hombre blanco determina que es superior al negro y finalmente el hombre negro es excluido de la actividad social del hombre blanco, por esto en la mayoría de las actividades económicas, sociales y políticas, la participación de hombres negros es ínfima. ¿Cuántos presidentes afrodescendientes han existido en la historia de Ecuador? ¿Cuántos hombres afrodescendientes han ocupado altos cargos públicos? ¿Por qué el pueblo negro es constantemente identificado con aspectos negativos como delincuencia?

Existen varias formas de desigualdad, una la natural como lo es la diferencia de sexo, macho y hembra. Mientras que desigualdades como las diferencias lingüísticas, religiosas o económicas son desigualdades sociales. Las diferencias naturales suelen ser invencibles o difícilmente superables, mientras que las diferencias sociales son artificiales y generalmente impuestas.

Como último punto, el prejuicio suele operar en detrimento de minorías, desde el prejuicio racial hasta el religioso, a excepción de los prejuicios hacia la mujer, pues la población mundial está compuesta en mayor número por mujeres. Como consecuencia el prejuicio se puede manifestar en casos como: (a) exclusión legal de la mujer de la vida política; (b) marginación social como la de los barrios de población negra en Harlem; (c) persecución política como el caso del exterminio judío.

¿Cómo se acaba con el prejuicio? Los prejuicios nacen en la mente, por ello es necesario combatirlos, con el desarrollo de los conocimientos, es decir, la educación.⁴ Consecuentemente el problema del prejuicio resulta ser social, enquistado en una pobre educación, por ende, su solución también debe ser de carácter social. Sin embargo, el Derecho no puede ser un mero espectador, sin bien no puede ofrecer una solución al problema, debe al menos tutelar los derechos en cuestión. Ante esta necesidad de tutela se ha creado un amplio panorama jurídico que cobija los derechos vulnerados por la discriminación, como el Sistema Internacional de Derechos Humanos.

2. Mujer y discriminación

Con respecto al avance de los derechos de las personas, la sociedad moderna tiene una deuda pendiente con la mujer, quien ha sido históricamente infra valorada y víctima de la imposición de roles de género,⁵ encerrada en tareas impuestas por el sistema patriarcal, como el cuidado de los hijos, trabajos manuales o textiles, limpieza y demás actividades que el hombre no ha querido desempeñar. Esta imposición ha tenido consecuencias nefastas en el desarrollo de los derechos individuales y colectivos de la mujer.

Luego de extensas luchas por la igualdad de trato, la mujer ha comenzado a conseguir resultados en diferentes ámbitos. Uno de los más difundidos de la modernidad

⁴ *Ibíd.*, 196

⁵ Entiéndase género como la construcción social de los comportamientos propios del hombre y la mujer, es decir, como debería actuar un hombre y como debe actuar una mujer.

fue el derecho al sufragio. En Europa las mujeres pudieron votar por primera vez en Finlandia, en 1907, donde incluso algunas mujeres llegaron a ocupar escaños. En América Latina el primer país en abolir la prohibición fue Uruguay, en 1927. En el caso del Ecuador el voto femenino se dio por primera vez en 1924, aunque se reconoció constitucionalmente en 1929.

Desde una perspectiva jurídica la asociación con lo femenino ha ubicado al derecho en la dimensión menos valorada de los dualismos en los que se funda el pensamiento occidental tal como lo ilustra Frances Olsen⁶ en las siguientes ideas: (a) Lo masculino es racional, objetivo y universal, mientras lo femenino es irracional, lo subjetivo emocional y lo particular. (b) Compartiendo las ideas de Bobbio expresadas anteriormente, una de estas distinciones debe ser “superior” a la otra, evidentemente lo objetivo es preferible a lo subjetivo y lo racional es más deseable que lo irracional; (c) el Derecho es masculino en cuanto ha sido practicado, elaborado e impuesto por los hombres a su favor, por ejemplo, las reglas de la administración de la sociedad conyugal.

Una de las estrategias jurídicas desde la crítica feminista al derecho patriarcal se denomina reformismo legal.⁷ Esta crítica afirma que el derecho debería ser racional, sin embargo, no niega el fracaso en su consigna. Si el Derecho es racional, objetivo y universal no puede negar derechos iguales a hombres y mujeres. De acuerdo con esto el primer requisito es tratar con igualdad a hombres y mujeres.

Una denuncia particular del reformismo es la omisión legislativa en los asuntos no masculinos, como el de la esfera doméstica. En principio solo las actividades “importantes” son reguladas por el Derecho, sin embargo, lo domestico como el trabajo y la violencia doméstica no han sido reguladas, enviando un importante mensaje lo domestico, que es femenino no es importante, por ende, no es jurídicamente valioso.

La exclusión social, económica y jurídica de la mujer evidentemente ha tenido consecuencias perniciosas en el goce de sus derechos, principalmente en el acceso a educación y salud, producto de su discriminación en el acceso y desempeño del trabajo, lo cual detona en inexistentes o precarios recursos económicos para el sustento vital mínimo, y aún menos para acceder a una educación de calidad. Una de las consecuencias de la falta de recursos económicos se evidencia en que las mujeres no han tenido un acceso

⁶ Frances Olsen, “El sexo del Derecho”, en Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares, comp., *El género en el derecho. Ensayos críticos* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009), 137-57.

⁷ *Ibíd.*, 147-50.

adecuado a la educación, esto a su vez genera entre otras situaciones como el embarazo adolescente.

La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) ha expresado que las desigualdades de género tienen un firme sustento en la división sexual del trabajo que asigna a las mujeres la responsabilidad relacionadas con cuestiones domésticas, hogar y el cuidado de los hijos y otros dependientes, limitando su tiempo y oportunidades para acceder a un trabajo remunerado o bien remunerado, protección social relacionados con el empleo y finalmente alcanzar la autonomía económica. A partir de esto se evidencian una serie de desventajas para las mujeres, una muy desigual carga de trabajo doméstico no remunerado, desempleo e, discriminación salarial.⁸

La legislación laboral, particularmente la latinoamericana se ha caracterizado por intentar proteger al trabajador, parte débil de la relación contractual. Ser un mediador del inevitable conflicto entre capital y trabajo, por lo que la legislación latinoamericana tiende a reducir la flexibilidad laboral.⁹ En el caso de Ecuador en las décadas de los 80 y 90 se vivió un leve proceso de flexibilización, mientras que otros países como Chile, que en el mismo periodo se encontraba en dictadura, propendieron a fomentarla, hasta que los gobiernos ya en democracia legislaron para proteger algunos sectores desprotegidos.¹⁰

Procesos como el de globalización, evidenciaron un sin número de manifestaciones de inequidad de género en relación al mercado laboral. Un ejemplo de esto es la exclusión femenina del trabajo basada en “prejuicios de contratación por parte de empleadores que sólo contratan mano de obra masculina, exigen test de embarazo antes de la contratación, en suma, discriminan a las mujeres limitando su participación en el trabajo remunerado y de calidad”.¹¹

En este lúgubre escenario, las razones expuestas fueron suficientes para crear conciencia sobre la necesidad de estándares internacionales que protejan a la mujer y en particular a la trabajadora embarazada, pues supone un estado de doble vulnerabilidad,

⁸ CEPAL, *Desarrollo social inclusivo. Una nueva generación de políticas para superar la pobreza y reducir la desigualdad en América Latina y el Caribe* (Lima: Conferencia Regional sobre Desarrollo Social de América Latina y el Caribe, 2 a 4 de noviembre de 2015), http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/39100/S1500896_es.pdf?

⁹ Entiéndase por flexibilidad laboral las políticas públicas y normativa jurídica que tienden a promover la sencilla contratación y despido de trabajadores, para que tanto el empleador como el trabajador puedan contratar sin formalidades y estrictos requisitos, lo cual ciertamente favorece el empleo, pero no el empleo de calidad.

¹⁰ Rosario Aguirre et al., “La persistencia de la desigualdad género, trabajo y pobreza en América Latina”, en Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco eds., *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad* (Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2010), 28-34.

¹¹ *Ibíd.*, 36.

por un lado, la discriminación por el hecho de ser mujer trabajadora y por otro estar en estado de gravidez.

3. **Aproximación al Sistema Internacional de Derechos Humanos y tutela de la igualdad y no discriminación**

En el año 1945, finalizada la Segunda Guerra Mundial, el mundo se vio en la necesidad de desarrollar un esquema jurídico que protegiera a los ciudadanos de actos tan inconmensurablemente atentatorios a la dignidad humana como el holocausto judío, el racismo y demás formas de violencia y discriminación. Ese mismo año se creó la Organización de las Naciones Unidas (ONU). En 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH).

El Sistema Universal de Derechos Humanos (SUDH) contempla instrumentos generales y particulares. Los primeros contemplan derechos que gozan todas las personas sin consideración de particularidad alguna, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Estos 2 instrumentos internacionales junto con la DUDH son conocidos como la Carta Internacional de Derechos Humanos.

Los instrumentos particulares, son aquellos que contienen derechos específicos de grupos como mujeres, niños y el pueblo afro. Algunos de ellos son la Convención sobre los Derechos del Niño; la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; la Convención Internacional sobre toda Forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW); y la Convención Internacional sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación Racial.

Considerando la necesidad de vigilar el cumplimiento de los tratados internacionales de derechos humanos, se crearon órganos de control llamados generalmente Comités. Estos organismos son colegiados “de expertos independientes establecidos por ciertos tratados sobre derechos humanos y cuya competencia se limita a éstos”.¹² En relación a la protección de los derechos de la mujer los comités de mayor relevancia son:

(a) el Comité de Derechos Humanos (Comité DH), establecido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; (b) Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), creado por el Consejo Económico y Social; (c) Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW),

¹² Daniel O'Donnell, *Derecho internacional de los derechos humanos Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e Interamericano* (Bogotá: ACNUDH, 2004), 28.

creado por la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; (d) Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y sus Familias; y (e) Comité de los Derechos del Niño.

Los órganos de control poseen la capacidad de crear derecho mediante su facultad interpretativa de los instrumentos de derechos humanos, que resulta imprescindible para el entendimiento del real alcance de sus disposiciones. Para esto hacen uso de instrumentos como las observaciones generales o recomendaciones en el caso de la CEDAW, en los que se aborda un derecho en particular, aunque a veces son temas transversales.¹³ Contienen normas abstractas para dar contenido e interpretar derechos reconocidos en el tratado correspondiente al comité por lo que constituyen interpretaciones autorizadas de los convenios internacionales de derechos humanos.

Otro organismo destacable en la protección de los derechos de la mujer, en especial la mujer trabajadora, es la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Como fuente de normativa internacional hasta el 2003 elaboró 82 convenios y 192 recomendaciones. De esta normativa, los convenios sobre el trabajo forzoso, la libertad sindical, la discriminación y el trabajo infantil son clasificados por la OIT como convenios relativos a los derechos humanos.¹⁴

Siguiendo la idea de especialización en la protección de derechos humanos, también existen sistemas regionales de protección, como el Sistema Europeo, africano, asiático, e Interamericano de Derechos Humanos. Este último que será objeto de estudio está compuesto principalmente por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (Declaración Americana) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana), suscrita en 1969 y vigente desde 1978 y Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), suscrito en 1988 y vigente a partir del año siguiente.

A su vez el Sistema Interamericano de Derechos Humanos está compuesto orgánicamente por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Mientras que la CIDH fue creada con la intención de observar y velar por el cumplimiento de los derechos humanos en la región mediante visitas y recomendaciones, la Corte IDH fue creada con la primordial función

¹³ *Ibíd.*, 31

¹⁴ *Ibíd.*, 40

de conocer judicialmente los casos de violación de la Convención Americana y dar una respuesta a través de sentencias con carácter vinculante a casos concretos.

La CIDH como órgano de control, de naturaleza cuasi jurisdiccional entre otras atribuciones, conoce peticiones individuales por violaciones de los derechos reconocidos en la Convención Americana y en los demás instrumentos del sistema, pudiendo, de ser el caso, presentar el caso a la Corte emite recomendaciones particulares y generales, las recomendaciones generales o genéricas son aquellas que se dan como producto de una investigación general en un Estados, son las conclusiones y sugerencias que debería cumplir el Estado observado con el fin de garantizar los derechos de la Convención Americana. “No obstante no tener coercibilidad las decisiones de la Comisión Interamericana, los Estados deben tener en cuenta que sus decisiones son recomendaciones que deben observar con detenimiento”.¹⁵

Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano judicial de carácter autónomo cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹⁶ La Corte fue creada por la Convención Interamericana. Sus atribuciones se encuentran entre los artículos 61 y 65. A grandes rasgos la Corte tiene una competencia dual, por un lado, contenciosa y por otra consultiva.

La jurisdicción del Sistema Interamericano comienza con una denuncia antes la CIDH que acusa, la vulneración de derechos contenidos en la Convención Americana y finaliza con una sentencia de la Corte IDH, si se llegase a esta instancia. Las sentencias conforman lo que se conoce como canon interamericano de interpretación conforme del Derecho internacional como un Derecho común interamericano que los Estados parte están obligados a cumplir. Todo fallo de la Corte será motivado, definitivo e inapelable.¹⁷

Por su parte las opiniones consultivas son consecuencia de la competencia para conocer las consultas sobre el alcance y contenido de instrumentos interamericanos de derechos humanos, sin embargo en su opinión consultiva OC-1/82, la Corte determina que esta competencia consultiva no se agota en la Declaración y Convención americana y los demás tratados interamericanos de derechos humanos, sino que además abarca todos

¹⁵ Luis Alonso Ramírez Menéndez, “La corte interamericana de derechos humanos y los efectos de sus sentencias, con especial referencia a El Salvador” (tesis doctoral: Universidad Autónoma de Barcelona, 2015), 100.

¹⁶ Corte IDH, “Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, art. 1, 1979.

¹⁷ Ramírez, *La Corte Interamericana*, 148.

los tratados internacionales de derechos humanos o que indirectamente se relacionen con derechos humanos.¹⁸

La opinión consultiva OC-10/89 incluye como objeto de interpretación a la Declaración Americana, considerando que su naturaleza de tratado internacional está constantemente en duda. Las opiniones consultivas son de vital importancia para la interpretación de la Convención Americana, aunque la Corte IDH ha mencionado que estas opiniones consultivas no tienen el mismo efecto vinculante que poseen sus sentencias.¹⁹ No obstante, cabe señalar que los Estados al ratificar los instrumentos internacionales de derechos humanos, se obligan no solo con su contenido sino también con la interpretación que de ellos se hace.

4. El principio de igualdad y no discriminación

La DUDH consagra la igualdad dándole protagonismo en su primer artículo, en los siguientes términos: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.²⁰ Esta primera norma impone un deber de trato igualitario no solo desde el Estado hacia el ciudadano, sino también entre ciudadanos. Se fundamenta en el reconocimiento Kantiano de que todo ser humano debe ser tratado como un fin en sí mismo, no solo como un medio, pues toda persona es libre e igual en dignidad.

4.1. Como norma de *Ius Cogens*

Este principio no fue instaurado como primera norma al azar, dados los antecedentes que motivaron la Declaración. Este principio es base de la convivencia pacífica, en pocas palabras alude el trasfondo de todo el desarrollo de derechos humanos a nivel internacional, en vista de los terribles actos precedentes como del holocausto judío, el auge del nacional socialismo y sus consecuencias, la discriminación sistemática de mujeres, el pueblo afro y otros grupos vulnerables, la imposición del capital sobre el ser

¹⁸ Corte IDH, “Opinión consultiva OC-1/82 Otros tratados objeto de la Función Consultiva de la Corte, 1982”, opinión primera (parte resolutive final).

¹⁹ *Ibid.*, párr. 51.

²⁰ ONU Asamblea General, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, 10 de diciembre de 1948, art. 1.

humano, entre otros atentados a la dignidad humana. La prohibición de discriminación puede ser analizada en las dimensiones que a continuación se señalan:

Como norma de *Ius Cogens*: Con motivo de la relevancia que reviste la igualdad, el ordenamiento internacional le ha dado la categoría de *ius cogens*. Para inteligenciar esta premisa primero hay que tener en cuenta que el ordenamiento jurídico internacional este está compuesto por normas expresas y normas tacitas. Mientras que los tratados internacionales son normas positivas o expresas, también existen normas consuetudinarias o tacitas de alcance general que inclusive gozan de una jerarquía superior a las normas positivas, las llamadas normas de derecho internacional general. Estas últimas son normas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como normas que no admiten acuerdo en contrario, y que sólo pueden ser modificadas por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.²¹

Al respecto la Corte IDH ha dispuesto mediante la Opinión Consultiva OC-18/03²² que debe entenderse al principio de igualdad como parte del derecho internacional general o *ius cogens*, puesto “que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico”.²³ Este principio fue considerado en casos como el *Átala Riffo y niñas vs Chile*.²⁴ Como consecuencia de esto no hay duda alguna sobre el alcance imperativo y

²¹ ONU, *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*, 23 de mayo de 1969, art. 53.

²² También conocida como opinión consultiva referente a Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Esta opinión consultiva es producto de la consulta realizada por el Estado de México respecto a privación del goce y ejercicio de ciertos derechos laborales a los trabajadores migrantes, y su compatibilidad con la obligación de los Estados americanos de garantizar los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley.

Este instrumento denota gran importancia pues desarrolla varias instituciones relativas a las obligaciones de los estados y el principio de igualdad y no discriminación. Al respecto señala: a) la obligación de los estados de respetar y garantizar los derechos de la Convención Americana, se deben interpretar de la siguiente manera: respetar en el sentido de omitir acciones u omisiones por parte de los agentes estatales que lesionen derechos de los ciudadanos, y garantizar como la obligación de derogar normas incompatibles con el derecho internacional y crear normas que afiancen dichos derechos, así como los procedimientos judiciales necesarios para su garantía. b) La igualdad y no discriminación debe entenderse como un elemento inherente a la dignidad humana, en virtud de la cual todo ser humano debe ser considerado con igual respeto. Diferencia entre igualdad formal y material. c) reconoce la posibilidad de distinciones objetivas, razonables y proporcionales. d) Finalmente reconoce al principio de igualdad y no discriminación como parte del derecho internacional general, es decir, en el dominio del *jus cogens*.

²³ Corte IDH, “Opinión Consultiva OC-18/03”, 2003, párr.101.

²⁴ *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, fue un caso producto de la discriminación de una mujer lesbiana que por su orientación sexual fue despojada de la tenencia de sus hijas (en el proceso de divorcio). En dicho caso el Estado chileno intentó argumentar que existía una dificultad jurídica al no existir “la discriminación por orientación sexual” como categoría discriminatoria dentro del ordenamiento jurídico interno chileno, a lo cual la Corte IDH contestó que el principio de igualdad y no discriminación se encuentra en el dominio del *ius cogens*, por lo que su reconocimiento en el ordenamiento interno no es pre requisito para su tutela.

general de este principio, en virtud del cual ningún Estado podrá desconocerlo así no lo contemple en su legislación interna. Esto también incluye las normas específicas de igualdad contenidas en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos como los convenios de la OIT que apuntan a una protección especial de la mujer trabajadora como medida de igualdad entre trabajadores hombres y mujeres. Por lo tanto, su valor jurídico trasciende su ratificación o no por parte de los Estados.

4.2. Como derecho

Con respecto a la igualdad como derecho, puede manifestarse en un sin número de normas, con diferentes niveles de concretización, desde manifestaciones abstractas como hombres y mujeres son iguales en dignidad, hasta manifestaciones concretas como el deber de paridad de género en la confirmación de instituciones como el congreso. Esta concretización depende de la norma que contiene a la igualdad, que puede verse desarrollada en principios o en reglas que contengan derechos subjetivos.

Como derecho subjetivo, la igualdad y no discriminación se manifiesta en reglas que permiten su justiciabilidad, es decir, normas jurídicas que tienen validez plena y son aplicables como mandato definitivo y debe hacerse exactamente lo que ella exige.²⁵ Un ejemplo claro es una disposición hipotética como La mujer en estado de gravidez o reciente madre, trabajara en una jornada reducida de al menos 6 horas, claramente es una regla que puede ser o no cumplida a cabalidad, que a su vez protege el bien jurídico igualdad.

²⁵ Robert Alexy, “La fórmula del peso”, en Miguel Carbonell, ed., *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 14.

4.3. Como principio

Constituye una norma de un contenido sustantivo que su forma axiológica de orden fundamental, vincula de modo general e irradia todo el ordenamiento jurídico.²⁶ Dicho de otra manera actúa como mandato que condiciona la creación de normas y su interpretación. Como consecuencia de esto, también actúa como fuente de derechos específicos, ya sean como producto legislativo o hermenéutico, influenciados por la igualdad y no discriminación, por ejemplo, el derecho a una igual remuneración entre trabajadores y trabajadoras, es producto de la influencia de la igualdad sobre el derecho a una remuneración justa.

El profesor Robert Alexy enfoca su estudio en la estructura del principio, al respecto explica que los principios son normas (termino genérico que abarca reglas, principios y valores) que ordenan la realización de algo en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Por esto, los principios son *mandatos de optimización*. Como tales, son cumplidos en diferentes grados.²⁷ Consecuentemente el legislador se ve obligado a optimizar las reglas (leyes) que emita, bajo los supuestos del principio de igualdad. Por otro lado esta optimización también está a cargo del judicial en cuanto a su función hermenéutica de la norma, en particular cuando el legislador *olvida* optimizar la norma desde el principio.

4.4. Como obligación de hacer y no hacer

En lo que se refiere a la composición del principio de igualdad, consta de dos elementos inseparables, la de promover o hacer materializar la igualdad y por otro lado el deber de no hacer distinciones que deriven en discriminación. La primera como “virtud ética y política que exige tratar a todos los seres humanos con un mínimo rasero por ser a la vez portadores de la misma dignidad eminente y titulares de los mismos derechos fundamentales”.²⁸ En términos de derecho civil se puede entender como la obligación de hacer derivada del principio. La segunda como el efecto negativo del derecho, es decir,

²⁶ Francisco Díaz, “Valores superiores e interpretación constitucional”, en *El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas. Anuario da Faculta de Dereito da Universidade da Coruña*, Humberto Nogueira (s. l.: s. e., 2006), 802.

²⁷ Alexy, *La fórmula del peso*, 14.

²⁸ Hernando Villa, *Diccionario Espasa Derechos Humanos* (Madrid: Espasa, 2003), 219.

la obligación de no hacer o realizar actos que generen “distinción, exclusión, restricción o preferencia u otro trato diferente que directa o indirectamente se base en los motivos prohibidos de discriminación y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos reconocidos”.²⁹

Estos dos elementos se ven claramente reflejados en la Convención Americana, por un lado, en la obligación estatal de hacer, manifiesta en el deber de garantizar la igualdad y por otro lado la obligación de no hacer o respetar, es decir, no discriminar. Textualmente la Convención Americana expresa lo siguiente: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a *respetar* los derechos y libertades reconocidas en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, *sin* discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo [...] o cualquier otra condición social”.³⁰

Por un lado, el deber de respetar el ejercicio de los derechos de la Convención que a su vez implica la obligación estatal de abstenerse de vulnerarlos y particularmente si la vulneración fuese producto de un acto discriminatorio, es decir, la obligación de no discriminar como obligación negativa. Esta obligación recae en los agentes estatales y particulares por igual. Por otra parte, encontramos el deber de garantizar el ejercicio de los derechos en igualdad de condiciones, esto compele al Estado, y no a particulares, ya no solo abstenerse, sino que además tomar todas las medidas necesarias para que los derechos se ejerzan en condiciones de igualdad.

Dicho de otra manera, la igualdad condiciona las prestaciones del Estado u obligaciones de hacer en favor de la materialización de este derecho. Mientras que la no discriminación, obliga al Estado a abstenerse de realizar actos discriminatorios o en otras palabras las obligaciones de no hacer a favor de la igualdad.

²⁹ Comité DESC, “Observación General n.º 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales”, art. 2, párr. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Ginebra: 4 a 22 de mayo de 2009), párr. 7.

³⁰ OEA, *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, 2 de mayo de 1948, art. 1 num. 1.

4.5. Como igualdad formal

La Declaración Americana establece que todas las personas son iguales ante la ley y tienen los mismos derechos y deberes consagrados en la declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.³¹ Al igual que la Convención Americana que establece: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.³² Al entender que la ley y otras normas son un producto estatal, esta obligación recae en el poder legislativo y todo órgano productor de normativa. Este deber consiste en que la ley no debe prever privilegios³³ para algún grupo de ciudadanos en vista de la característica de impersonalidad de la ley que “evita el establecimiento de distinciones entre sujetos de derecho”.³⁴

4.6. Como igualdad sustancial

Conjuntamente con el desarrollo del derecho internacional se entendió que no era suficiente la mera abstención del Estado para garantizar los derechos de los ciudadanos. Si desde una visión contractualista, el individuo cede parte de sus libertades para un bien común general, es lógico pensar que este bien común debe ser garantizado por el Estado (a favor de quien se ceden libertades). De esta manera se acuña el concepto de igualdad sustancial como derecho fundamental de dignidad que conlleva un goce mínimo de todos los derechos necesarios para identificar a un ser humano como perteneciente a la raza humana, a aquello que lo dignifica como ser humano. Uno de estos mínimos de dignidad es ser tratado con la misma consideración y respeto que a cualquier otro ser humano, esto implica obtener un igual trato por parte del Estado y de los particulares en la distribución de derechos y libertades.³⁵

Para la materialización de la distribución son necesarias acciones estatales que en todo momento deben respetar las premisas básicas del principio de igualdad. La primera confusión respecto a la igualdad es la de entenderla literalmente, es decir, tratar a todos como iguales no es más que una *invisibilización jurídica de la diferencia* donde “las

³¹ OEA, *Declaración Americana*, art. 2.

³² OEA, *Convención Americana*, art. 24.

³³ Entiéndase privilegio como el favorecer ilegítimamente a un grupo con una norma jurídica.

³⁴ Omar Huertas et al., *El principio de igualdad y no discriminación a la luz del derecho internacional de los derechos humanos* (Bogotá: Ibáñez, 2008), 42.

³⁵ *Ibíd.*, 43.

diferencias no se valorizan ni se desvalorizan, no se tutelan ni se reprimen, no se protegen ni se violan. Simplemente, se las ignora”,³⁶ lo cual paradójicamente es un acto de discriminación. Las premisas básicas de la igualdad se resumen en tres normas de acuerdo al alemán Robert Alexy (1) si no existe una razón suficiente para proceder a un tratamiento desigual, entonces se ordena un tratamiento igual; (2) de no haber razón suficiente para permitir un tratamiento igual, entonces se ordena un tratamiento desigual; (3) si existen razones para un tratamiento desigual, esta ordenado un tratamiento desigual.³⁷

Dicho de otra manera, siendo la igualdad el pilar de la actividad del Estado, este está en la obligación de construir las posibilidades para que las personas que se encuentran en la parte desfavorecida de la igualdad alcancen los medios suficientes para considerarse iguales a otros que están en una situación favorecida. Para ilustrar con un ejemplo A tiene los recursos para atender su diabetes en un hospital privado. B no tiene los recursos para atender su diabetes en un hospital privado, en vista de que A puede ejercer su derecho a la salud y B no, el Estado debe tomar las medidas para que B pueda ejercer su derecho igual que A, mediante la prestación del servicio público de salud.

Esta nueva visión del rol estatal se vio reflejada en el PIDESC de 1976, que contiene una serie de derechos que deben ser garantizados mediante prestaciones estatales, un ejemplo clásico son la educación, la salud y la vivienda, sin embargo, aborda más derechos que se entienden como básicos en un Estado Social de Derecho. Además de esto, no solo apunta al Estado como prestador de servicios sino también como regulador de estos derechos en la esfera privada.

Los derechos, económicos, sociales y culturales (DESC) son derechos que en vista de su carácter prestacional suelen ser invisibilizados por el Estado e incluso explícitamente negados, generalmente aduciendo que no se cuenta con los recursos necesarios para garantizarlos, lo cual debilita su justiciabilidad. Con el fin de evitar esta invisibilización, el PIDESC compele a que los Estados tomen todas las medidas legislativas para garantizar los derechos del pacto, en otras palabras explicitar los DESC en su normativa interna ya sea a nivel constitucional o legal. El Comité DESC reconoce que en las medidas legislativas son muy deseables y en algunos pueden ser

³⁶ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más fuerte* (Madrid: Trotta, 2004), 74.

³⁷ Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001), 395-7.

indispensables. Puede resultar difícil luchar con éxito contra la discriminación si no se tiene una base legislativa sólida para garantizar las medidas necesarias.³⁸

5. Sobre la discriminación

Así como el derecho a la igualdad ha sido una conquista universal que incluso ha llegado a ser parte del *ius cogens*, su contra parte, la obligación de no discriminar está en el mismo rango, por lo que el primer paso para no discriminar es comprender que es discriminar. Esto hace necesario el determinar concretamente que es discriminación, como se configura y cuáles son sus excepciones.

La discriminación es una acción u omisión que atenta contra la dignidad del ser humano al someterlo ilegítimamente a un trato diferente al brindado a sus otros congéneres. La Observación General 20 elaborada por el Comité DESC define la discriminación en los siguientes términos:

... toda distinción, exclusión, restricción o preferencia u otro trato diferente que directa o indirectamente se base en los motivos prohibidos de discriminación y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad [...]. La discriminación también comprende la incitación a la discriminación y el acoso.³⁹

Al reconstruir el concepto de discriminación a partir del análisis de sus elementos se evidencia su división en 3 temas medulares: a) distinción, exclusión o preferencia; b) trato diferenciado directo o indirecto; c) Motivos prohibidos de discriminación y d) objeto finalidad o resultado de producir la anulación o menoscabo de derechos.

(a) Distinción exclusión o preferencia: Como se ha señalado ya, la igualdad consiste en *tratar de igual manera a los iguales y de manera diferente a los diferentes*. Asumiendo como premisa que la distinción es necesaria para conseguir la igualdad, y recordando a Bobbio, que la simple distinción no es un vicio en sí. Por el contrario, aquellas distinciones que si implican valoración negativa constituyen discriminación. Por lo tanto, la simple distinción no es un elemento constitutivo de discriminación por sí solo, debe ir acompañado de una valoración y una imposición. La exclusión por su parte suele tener una carga emotiva negativa, pues conlleva el descartar o rechazar a una persona o

³⁸ Comité DESC, “Observación General n.º 3 La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)” 1990, párr. 3.

³⁹ Comité DESC, “Observación General n.º 20”, párr. 7.

grupo de algo. Se puede manifestar de manera positiva y negativa. Positiva cuando excluye expresamente, por ejemplo, una norma que establezca “todas las personas tendrán pleno ejercicio de sus derechos políticos, salvo los privados de la libertad”.

Generalmente estas normas son globales y excluyen expresamente a un grupo. Por su parte, la exclusión negativa se refiere la omisión (intencional o no) de un grupo, por ejemplo en la norma de la Constitución Ecuatoriana que se refiere a los grupos vulnerables: “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...”.⁴⁰ ¿Por qué no se incluyó a las personas en situación de indigencia? Considerando que son un grupo en constante estado de vulnerabilidad en todo ámbito. Estas normas suelen ser taxativas, enumeran categorías sin dejar abierta la incorporación de más.

La exclusión implica desprotección producto de la invisibilización de un grupo humano que suele estar en una situación de vulnerabilidad, como en situación de abandono o pobreza. Sin estas dos características invisibilización y vulnerabilidad no se podría hablar de exclusión que implique discriminación. La preferencia por su parte se refiere a los privilegios, que como hemos dicho se refieren a la igualdad formal o ante la ley. Generalmente los privilegios se distinguen de las acciones afirmativas en el sentido de que las primeras se le otorgan a un grupo que no necesita de un apoyo jurídico, por ejemplo, el otorgar exenciones tributarias al quintil más rico de la población. Por el contrario, una acción afirmativa consiste en un tratamiento diferenciado y beneficioso para quien lo necesita y consecuentemente conseguir un nivel de oportunidades similar a otros.

(b) Trato diferenciado directo o indirecto: Esta categoría se refiere a lo que el Comité DESC ha definido como discriminación directa e indirecta. La primera se constituye cuando una persona recibe un trato menos favorable que otras en situación similar por algún motivo relacionado con una de las categorías prohibidas de discriminación (raza, etnia, género, sexo etcétera). Para ilustrar, es discriminación directa la contratación para puestos en instituciones educativas o culturales basada en criterios de selección como las opiniones políticas de los solicitantes de empleo. También

⁴⁰ Ecuador, *Constitución de la Republica de Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 35.

constituyen discriminación directa aquellos actos u omisiones que causen perjuicio y se basen en alguno de los motivos prohibidos de discriminación cuando no exista una situación similar comparable, por ejemplo, en el caso de una mujer embarazada.⁴¹

La discriminación indirecta se refiere a leyes, políticas públicas de apariencia neutras pero que influyen de manera desproporcionada en los derechos afectados por los motivos prohibidos de discriminación. Por ejemplo, la exigencia de certificados médicos para el ingreso a instituciones educativas, lo que en principio parecía una medida de protección de los estudiantes, se transformó en un mecanismo para discriminar a personas con VIH.

(c) Motivos prohibidos de discriminación: También llamados *categorías sospechosas*, se refieren a los grupos humanos que han sido sistemáticamente oprimidos en la historia de la humanidad, cuya notoriedad ha llevado incluir dichos grupos como sujetos de una protección especial frente a la diferenciación. El artículo 2 del PIDCP prohíbe la discriminación en razón de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.⁴²

Esta categorización no es taxativa, pues además de las categorías expresamente mencionadas, se agregan aquellas reconocidas en otros tratados como la Declaración de los Derechos de los Impedidos de 1975 que establece que los impedidos cualquiera sea su naturaleza tienen los mismos derechos fundamentales que sus conciudadanos.⁴³ Otro ejemplo es la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que prohíbe la discriminación hacia este grupo y Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

Por su parte, los órganos de control de los tratados y jurisdiccional, también pueden continuar ampliando el catálogo de categorías protegidas, en vista de que el mismo artículo 2 de la DUDH y casi cualquier otra norma que proscribe la discriminación, deja abierta la posibilidad de reconocer otras categorías, al implementar la cláusula final abierta “o cualquier otra condición social”.

Dadas las condiciones que anteceden, así como se considera al principio de igualdad como norma general internacional, esta implicancia obliga a entender al

⁴¹ Comité DESC, “Observación General 20”, párr. 10.

⁴² ACNUDH, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 16 de diciembre de 1966.

⁴³ ONU Asamblea General, *Declaración de los derechos de los impedidos*, 9 de diciembre de 1975.

principio como parte de los ordenamientos jurídicos internos de los Estados, en este orden de cosas primero debe considerarse a todo el principio, es decir, como igualdad y como no discriminación.

La igualdad como obligación de garantía y la no discriminación como la obligación de respeto por parte del Estado y particulares considerando todas las categorías sospechosas contempladas por la no discriminación. En este sentido la evolución social que se de los Estados definitivamente demandara la incorporación de nuevas categorías sospechosas en el ámbito internacional lo cual obliga a los Estados a por lo menos incorporar en su legislación interna todos los grupos señalados en el artículo 2 del PIDCP⁴⁴ y otras señaladas en diferentes instrumentos internacionales, sin desmedro de la aplicación de la cláusula abierta y el reconocimiento expreso de nuevas categorías en el ámbito interno.

(d) El objeto o resultado de producir la anulación o menoscabo de derechos, se refiere a la intencionalidad o animo discriminatorio, es decir, en principio es necesario querer discriminar para discriminar. Sin embargo, y paradójicamente la discriminación es un resultado, por lo que, si un acto tiene como resultado discriminación, independientemente de su intención, debe ser tutelado.

Por lo que se refiere a la responsabilidad por discriminación, está íntimamente relacionada las obligaciones de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos. “La responsabilidad objetiva es propia de los derechos humanos por oposición a la responsabilidad subjetiva del derecho civil. En la responsabilidad objetiva responde el estado cuando existe un daño sin más; en la subjetiva responde una persona y tiene que demostrarse que existe culpa o dolo”.⁴⁵ Así pues, en virtud del deber de respetar y garantizar e incluida la responsabilidad objetiva que descansa sobre el Estado, este debe responder por los actos con objeto o han tenido como resultado discriminación.

Por otro lado, la construcción y la imputación de un acto discriminatorio, no pueden tomarse a la ligera y por ende no puede darse a partir de un análisis superficial o escueto, pues no todo acto que en principio pueda parecer discriminatorio necesariamente lo es. Al respecto la observación general 20 del comité DESC señala expresamente:

Todo trato diferencial por alguno de los motivos prohibidos se considerará discriminatorio a menos que exista una causa razonable y objetiva para dispensarlo. Ello

⁴⁴ Comité DH, “Observación General n.º 18. No discriminación”, 1989, párr. 11.

⁴⁵ Ramiro Ávila Santamaría, ed., *La Constitución del 2008 en el contexto andino* (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 69.

entraña evaluar si el fin y los efectos de las medidas o las omisiones de que se trate son legítimos y compatibles con la naturaleza de los derechos recogidos en el Pacto, y si el único fin que se persigue es promover el bienestar general en una sociedad democrática. También debe existir una relación de proporcionalidad clara y razonable entre el fin buscado y las medidas u omisiones y sus efectos.⁴⁶

Al efecto la Corte IDH mediante opinión consultiva OC-4/84 establece los criterios que distinguen la discriminación de un trato diferenciado (legítimo). Una distinción es discriminatoria solo cuando carece de justificación objetiva y razonable. Objetiva cuando la diferenciación comience de supuestos de hecho sustancialmente diferentes. Razonable cuando exprese proporcionadamente una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma.⁴⁷

⁴⁶ Comité DESC, “Observación general 20”, párr. 13.

⁴⁷ Corte IDH, “Opinión consultiva OC-4/84. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización”, 1984, párr 55.

6. Derechos derivados del principio de igualdad y no discriminación de la mujer

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha dado respuesta a la discriminación contra la mujer de manera general mediante la cláusula de igualdad de todos los seres humanos (no solo hombres) contenida en la DUDH, así como la prohibición de discriminación en razón del sexo contenida en la misma declaración. A partir de la instauración de esta cláusula, los demás instrumentos de la Carta Internacional de Derechos humanos de igual manera recogen este principio que regirá todas las relaciones humanas.

Luego con el desarrollo del Derecho internacional, se crearon nuevos y más específicos instrumentos de protección, para el caso de la mujer, como la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, CEDAW de 1971, cuya entrada en vigor fue el 1 de septiembre de 1981 en conjunto con su comité respectivo. En el ámbito interamericano, el 9 de junio de 1994 fue aprobada la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará). Ambos instrumentos son los cimientos sobre los cuales se desarrollan los derechos de la mujer en el Estado moderno.

6.1. Derecho a garantías normativas y judiciales

A diferencia de la Carta Internacional de Derechos Humanos que no define el término “discriminación” (Aunque se lo hace en las observaciones generales del comité de Derechos Humanos y Comité DESC), la CEDAW comienza en su artículo primero con esta definición que reza lo siguiente:

... “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.⁴⁸

⁴⁸ ONU, *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, 3 de septiembre de 1981, art. 1.

La precedente definición contiene elementos ya desarrollados por el comité DESC en la Observación General 20, y algunos nuevos. Uno de estos nuevos aportes es el énfasis en cuanto a la afectación al ejercicio de las libertades, particularmente en los ámbitos políticos, económicos, social, cultural y civil o en cualquier otra categoría, considerando que el menoscabo de los derechos de la mujer se ha dado principalmente en estas esferas, por lo que la norma apunta a una protección especial en estos ámbitos. Si se apela a ejemplos que justifiquen la protección en estas esferas específicas, es adecuado recordar antecedentes como el menoscabo político en cuanto la prohibición de sufragar; económico en las condiciones de trabajo desiguales en relación al hombre; social en la imposición de roles como el de la maternidad; cultural en el desprecio histórico del que ha sido víctima; finalmente civil en cuanto a capacidad jurídica se refiere.

Adicionalmente la CEDAW establece como acciones prestacionales normativas a favor de la igualdad deberes como: a) Consagrar en la Constitución o en la ley el principio de igualdad entre hombre y mujer; b) Establecer las garantías para hacer efectiva esta igualdad; c) Adoptar las medidas legislativas que prohíban y sancionen la vulneración del principio, tanto en el ámbito público como privado; d) la tutela judicial efectiva del principio.⁴⁹

Además de las medidas legislativas, los Estados deberán tomar medidas especiales y temporales, con el objeto de conseguir igualdad sustancial o de facto, dichas medidas cesarán una vez conseguido su objetivo. Particularmente importantes son estas medidas para salvaguardar el derecho a la igualdad con relación a la maternidad, en vista de que la CEDAW propugna por una comprensión adecuada de la maternidad como función social y la responsabilidad común de hombres y mujeres en la educación y desarrollo de sus hijos, entendiendo que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.⁵⁰ Además de esto la Recomendación General N°5 del Comité CEDAW, considerando que la desigualdad de facto y aun reconociendo los avances de la igualdad formal, sigue constituyéndose como un problema, exhorta a los Estados “hagan mayor uso de medidas especiales de carácter temporal como la acción positiva, el trato preferencial o los sistemas de cupos para que la mujer se integre en la educación, la economía, la política y el *empleo*” (énfasis añadido).⁵¹

⁴⁹ *Ibíd.*, art. 2.

⁵⁰ *Ibíd.*, arts. 4 y 5.

⁵¹ *Ibíd.*, Recomendación General n.º 5.

6.2. Derecho a una protección y sanciones especiales

Si entendemos que la discriminación es un tipo de violencia, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer es de un carácter más amplio que la CEDAW. Dentro de su contenido establece derechos como: a) el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley; b) el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos; c) el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y d) el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.⁵²

En cuanto a obligaciones estatales establece el deber de “incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso”⁵³. Además, estas normas deben prever la reparación de la mujer víctima de violencia se impone la obligación de “Establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces”⁵⁴. Por estas razones varias legislaciones prevén procedimientos especiales para tutelar el bien jurídico igualdad, como Chile mediante la Ley Zamudio; Argentina mediante la ley 23.592 y recientemente Ecuador mediante la Ley de Justicia Laboral.

Si bien la CEDAW hace un esfuerzo en especificar las esferas en las cuales se desenvuelve la mujer que merecen particular protección, por su parte la Convención Belém do Pará hace hincapié en las condiciones que coloca a la mujer en mayor vulnerabilidad y por ende donde el Estado debe tutelar con mayor énfasis, como lo son su raza o condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada, embarazada, discapacidad, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad.⁵⁵

⁵² Convención de Belem Do Pará (Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer) 1994, arts. 4 y 6.

⁵³ *Ibíd.*, art. 7 lit. c.

⁵⁴ *Ibíd.*, lit. g.

⁵⁵ *Ibíd.*, art. 9.

6.3. Derechos laborales específicos

En el ámbito laboral, los derechos de igualdad y no discriminación de la mujer toman aún más valor, pues la desigualdad ya no solo se basa en razones de sexo o género, sino que además la desigual relación entre obrero y empleador. La naturaleza misma de las relaciones obrero-patronales, donde no existe la igualdad necesaria entre las partes para que se dé una práctica real de libertad contractual, es un ambiente propicio para que además de la desigualdad propia empleador-trabajador, se asiente aún más la diferencia hombre-mujer. En este esquema el trabajador se ve sometido al patrono, pues necesita de los medios necesarios de subsistencia provenientes de la remuneración,⁵⁶ y si es trabajadora la relación ya no solo implica la diferenciación de poderes, sino que además diferencias de género a ser consideradas.

Dado que los trabajadores pueden ser tanto hombres como mujeres, es necesario reconocer y considerar jurídicamente las diferencias provenientes del sexo. En vista de esto la mujer dada su condición biológica a diferencia del hombre (diferencia natural), son las encargadas de dar a luz a futuras generaciones de seres humanos. Sin embargo este rol natural ha sido desvalorizado por la sociedad patriarcal y utilizado en contra de la mujer mediante la diferenciación construida e infra valorada (diferenciación artificial), dando una suerte de función esclavizadora en el ámbito social, y excluyente en el acceso y desempeño del trabajo a la mujer embarazada, a través de arbitrariedades como lo son la solicitud de exámenes de embarazo antes y durante el trabajo y la inequidad de salarios, entre otros muchos actos discriminatorios.

Con el desarrollo del feminismo en el siglo XX y el desarrollo de los derechos humanos de la mujer, han reivindicado su maternidad mediante la liberalización de la misma, en cuanto la toma de decisiones referentes a cómo y cuándo embarazarse, cuántos hijos tener y en fin todas las decisiones que les correspondientes a la maternidad. En razón de esto se debe otorgar especial protección a la madre durante un período razonable antes y después del parto. Durante este período, si la madre trabaja se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social, entre otras medidas.⁵⁷

⁵⁶ Julio Cesar Trujillo, *Derecho del trabajo* (Quito: PUCE, 1973).

⁵⁷ ONU, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)*, 16 de diciembre de 1966, art. 10 num. 2.

En el caso de la mujer trabajadora la igualdad general toma un nombre específico llamada igualdad de género, que en el desempeño de un trabajo se refiere al derecho igual del hombre y la mujer a disfrutar de sus derechos como trabajadores, considerando las particularidades y necesidades de cada uno. El género se refiere a las expectativas y presupuestos culturales en torno al comportamiento, las actitudes, las cualidades personales y las capacidades físicas e intelectuales del hombre y la mujer en base a una construcción social que identifica cada una de estas cualidades como femeninas o masculinas. Como consecuencia las ideas preconcebidas sobre el papel económico, social y cultural en función del género impiden que el hombre y la mujer compartan responsabilidades en el ámbito laboral, pues se le imponen roles laborales⁵⁸ como la función de secretaria o atención al cliente para la mujer y altos cargos administrativos como gerente o presidente para el hombre. De esta manera el principio de igualdad de género irradia en las relaciones laborales transformando derechos laborales generales en derechos específicos que consideran las particularidades de la mujer trabajadora.

En relación con el derecho al trabajo o acceso al trabajo, este consiste en la prerrogativa de obtener un puesto de trabajo libremente escogido o aceptado⁵⁹. Debe entenderse que el principio de igualdad incide directamente en la libertad de elegir el trabajo de acuerdo a las convicciones personales y diferencias sexuales, es decir, que en principio no debe ser forzoso y segundo que preferentemente sea un trabajo que satisfaga las necesidades y aspiraciones personales sin discriminación. Este derecho también contempla “el derecho a no ser privado de trabajo de forma injusta”,⁶⁰ como se dio en el conocido *Caso Cisneros*⁶¹ en Argentina.

Si bien el acceso al trabajo es un problema eminentemente tratado por las políticas públicas de cada Estado, considerando su realidad específica. Con el desarrollo del

⁵⁸ Comité DESC, “Observación General 16”, párr. 14.

⁵⁹ ONU, *PIDESC*, art. 6.

⁶⁰ Comité DESC, “Observación General 18. El derecho al trabajo”, 2005, art. 6 párr. 4.

⁶¹ Corte Suprema de la Nación, “Sentencia 932. XLVI. Cisneros, Mirtha Graciela y otros *el Taldelva SRL y otros sí amparo*”, Buenos Aires, 20 de mayo de 2014, «http://www.mpf.gov.ar/Dictámenes/2013/AGilsCarbo/junio/Sisnero_Mirtha_S932_L_XLVI.pdf». En este caso la señora Mirtha Graciela Cisneros se vio sistemáticamente privada de acceder al cargo de chofer en la empresa SAETA, por ser mujer.

El principio de igualdad y no discriminación forzó a considerar situaciones específicas de género como los prejuicios hacia la contratación de personal femenino dentro de empresas de transporte. En vista de esto el órgano jurisdiccional argentino no solo consideró las implicancias básicas del acceso al trabajo, sino que además el acceso de la mujer al trabajo y las medidas especiales que se deben tomar para garantizar su derecho al trabajo.

principio de igualdad y no discriminación, está dando pasos lentos para convertirse en un derecho exigible por vía judicial, como se denota en el caso argentino antes citado.

En cuanto al Derecho *del* trabajo, este se refiere al desempeño mismo del trabajo cuyo contenido es desarrollado principalmente por el artículo 7 del PIDESC. Los trabajadores tendrán derecho a un trabajo digno, esto implica remuneración y el respecto a la integridad física y mental del trabajador en el ejercicio de su empleo,⁶² esto implica al menos igualdad de remuneración; igualdad de seguridad y salud; Igualdad de trato y respeto e igualdad en el descanso.

(a) Igualdad de remuneración: Además de ser un estipendio suficiente para una vida digna, debe cumplir con el principio general a igual trabajo igual remuneración. Todos los trabajadores gozan del derecho a una remuneración. Luego la influencia del principio de igualdad de género compele a que esta remuneración además de digna no puede ser discriminatoria variando su monto en razón del sexo, es decir, que a igual trabajo igual remuneración, si igual trabajo no se remunera de la misma forma a trabajador y trabajadora se genera un acto discriminatorio, a menos que exista una justificación objetiva y razonable, por lo que el derecho muta en el derecho a igualdad salarial para proteger la igualdad de género de la trabajadora.

(b) Igualdad de seguridad y salud: La mujer como grupo de trabajadores especial tiene el derecho a medidas de seguridad interna que consideren las diferencias propias entre hombres y mujeres. Una medida encaminada a proteger la integridad física de una mujer en condición de embarazada o reciente madre, es separarla de los trabajos físicos que puedan poner en riesgo su embarazo, como lo sería el transporte (personal) de materiales pesados.

(c) Igualdad de trato y respeto: El derecho del trabajo también se constituye como libertad negativa frente a la oposición de terceros que alteran el ejercicio del derecho al trabajo en pie de igualdad, o hacerlo imposible,⁶³ mediante actos de hostigamiento como acoso sexual o acoso laboral, cuyas víctimas son mayoritariamente mujeres.

(d) El descanso: consiste en el “disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las variaciones periódicas pagadas”.⁶⁴ Este derecho toma especial relevancia pues la mujer embarazada y reciente madre tiene derecho a descansos

⁶² Comité DESC, “ Observación General 18” , párr. 7.

⁶³ *Ibíd.*, párr. 12 lit. i.

⁶⁴ ONU, *PIDESC*, art. 7 lit. d.

especiales, desde una jornada laboral reducida hasta pequeñas pausas en su jornada laboral para atender cuestiones relacionadas a su maternidad como la lactancia.

Si bien estos no son todos los derechos de las trabajadoras, son un buen ejemplo de como el principio de igualdad y no discriminación irradia derechos comunes a hombres y mujeres para darles una visión que no invisibilice las necesidades particulares de las ultimas.

6.4. Estabilidad laboral reforzada

Por otra parte, el embarazo no puede constituir un obstáculo para el acceso al trabajo ni menos una justificación para terminación del mismo. La discriminación por sexo se puede basar en la diferencia de trato que se da a la mujer por razones biológicas, como la negativa a contratar mujeres porque pueden quedar embarazadas, o en supuestos estereotípicos como orientar a la mujer hacia empleos de bajo nivel porque se considera que la mujer no está dispuesta a consagrarse a su trabajo como se consagraría un hombre.⁶⁵

Se podría decir que el mayor enemigo de la estabilidad laboral es la flexibilización laboral cuyo principal instrumento de materialización es la figura del despido, en base a causales débiles o favorables al empleador, quien utiliza esta institución a su servicio.⁶⁶ Para dar cierta seguridad al trabajador, el convenio 158 de la OIT establece condiciones de estabilidad del trabajo, mediante el condicionamiento del despido, al respecto señala que no se podrá dar por terminada la relación laboral a menos que exista una causa justificada relacionada como la capacidad, conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa. En particular no serán causales justificadas la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo o la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad.⁶⁷

En cuanto a la protección de este derecho, el mismo convenio señala que el trabajador tendrá el derecho a recurrir contra la decisión de despido injustificada ante un organismo neutral como un tribunal. Este organismo estará facultado para examinar las causas invocadas para justificar la terminación de la relación de trabajo y todas las demás

⁶⁵ Comité DESC, “Observación General n.º 16. La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales”, 2005, art. 3, párr. 11.

⁶⁶ Joaquín Pérez Rey, *Estabilidad en el empleo* (Madrid: Trotta, 2004), 21.

⁶⁷ OIT, *Convenio 158 sobre la terminación de la relación de trabajo*, 1982, arts. 4 y 5.

circunstancias relacionadas con el caso, y para pronunciarse sobre si la terminación estaba justificada.⁶⁸ Para desalentar este tipo de prácticas, la CEDAW compele los Estados imponer sanciones al empleador que despidan por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos en razón del estado civil.⁶⁹

Si bien el convenio 158 de la OIT protege al trabajador del despido improcedente, esta garantía se torna aún más relevante en el caso de la mujer embarazada, pues de los ingresos de su trabajo dependerá entre otras cuestiones, los derechos a la salud del que está por nacer o acaba de nacer. Por esto teniendo consideración la necesidad de proteger la salud de la madre y del hijo, la licencia de maternidad comprenderá al menos un período de seis semanas de licencia luego del parto.⁷⁰ Durante este periodo el empleador no puede despedir a la mujer embarazada, dicha prohibición se extiende incluso a un plazo razonable posterior al reintegro de la trabajadora a su función. En resumen, este derecho está conformado por:

- El derecho de la trabajadora a reintegrarse a las mismas funciones que desempeñaba antes del parto,⁷¹ salvo que existiesen razones objetivas como problemas de salud derivados del parto, para cambiar a la trabajadora de sus funciones, aunque en todo caso debe mantenerse la remuneración pactada.
- El derecho de estabilidad protege a la trabajadora antes y después al embarazo
- El derecho al reintegro en caso de despido injustificado⁷²
- El derecho a un alivio probatorio, que en caso de despido de la trabajadora embarazada le obliga al empleador demostrar que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia.⁷³

Producto de la vulneración de la estabilidad laboral, se configurada una suerte de compensación llamada indemnización, este derecho de naturaleza eminentemente civil, establecido en el artículo 10 del convenio 158 de la OIT, es un reconocimiento monetario

⁶⁸ *Ibíd.*, arts. 8 y 9.

⁶⁹ ONU, *CEDAW*, art. 11 num. 2 lit. a.

⁷⁰ OIT, *Convenio 183 sobre la protección de la maternidad*, 2002, art. 4.

⁷¹ *Ibíd.*, art. 8 num. 2.

⁷² OIT, *Convenio 158*, art. 10.

⁷³ *Ibíd.*, art. 9 num. 2 lit. b.

por los perjuicios causados al trabajador al separarlo de su principal fuente de ingresos de manera arbitraria, sin embargo, ha sido la válvula de escape de muchos empleadores para deshacerse de los trabajadores que ya no les resultan útiles. De esta manera se ha constituido como una herramienta de más utilidad al empleador que del trabajador. Por esto es preciso al menos delimitar los presupuestos que configuran esta figura para desalentar su uso por parte del empleador.

Para el cálculo de la indemnización deben considerarse entre otras cosas, del tiempo de servicios y del monto del salario,⁷⁴ además de los motivos prohibidos de discriminación, que en el caso de la mujer suele ser con demasiada frecuencia en razón del embarazo. De condenarse al empleador por despido improcedente en virtud de una razón prohibida de discriminación como el estado de embarazo, además de la indemnización común de despido debe considerarse una sanción especial por el despido de una mujer en razón de su condición de madre pues resulta abiertamente más grave que el despido de un trabajador común, pues no solo se es desprovista injustificadamente de los medios para su propia subsistencia sino que de los del niño que está por nacer generando una doble vulneración, de los derechos de la mujer y del niño que está por nacer. Además de la sanción deben considerarse “remedios apropiados, como la indemnización, la reparación, la restitución, la rehabilitación, garantías de enmienda, declaraciones, excusas públicas, programas educativos y de prevención.”⁷⁵

Es necesarios destacar el carácter pre y post parto de la protección, pues muchas legislaciones suelen centrarse en la mujer *embarazada*, siendo que el objeto de la protección es la maternidad en sí misma, esto por la necesidad de proteger al niño no solo al nacer, sino que además para que en sus primeros días cuando es más vulnerable.

⁷⁴ *Ibíd.*, art. 12.

⁷⁵ Comité DESC, “Observación General 16”, párr. 21.

7. **Aplicabilidad del contenido internacional del principio de igualdad en el ordenamiento interno ecuatoriano**

El constitucionalismo ha tenido en su devenir histórico dos grandes momentos que dividen su historia, relacionados directamente con los diferentes modelos de Estado: Estado de Derecho y Estado Constitucional de Derecho.

El Estado de Derecho o Estado legalista fue consecuencia directa de la revolución francesa de 1879. El poder es despojado del monarca con los hitos históricos ya conocidos. El ciudadano vuelve a empoderarse de su destino solo para inmediatamente delegarlo a una estructura de tres poderes, ejecutivo, legislativo y judicial, siendo preponderante el poder legislativo quien representaría los intereses del ciudadano y cuya principal manifestación sería la ley, instrumento de organización y limitación del poder. Si bien la situación no era la misma que la del absolutismo, la estructura del poder se mantuvo, ahora en las manos del legislativo, una especie de dictadura de mayorías donde la ley era instrumento de imposición. Los jueces fueron delegados con la función de ser la boca de la ley. Aun cuando Constitución era considerada “norma suprema” no era más que un programa político fácilmente manipulable por el poder político.

Ya con la aparición del Estado Constitucional podría afirmarse que la situación jurídica cambió sustancialmente hacia una forma de Estado realmente democrática, donde los derechos tomarían un rol preponderante en la construcción de lo jurídico. La constitución determinaría el contenido de la ley, además de la estructura, organización y con suma relevancia el límite del poder estatal. Para lograr sus nuevos fines, la constitución requiere de una sólida estructura compuesta por al menos tres categorías, a) material en cuanto consagra un amplio catálogo de derechos a favor del ciudadano; b) orgánica al establecer la organización, atribuciones y límites de los órganos estatales; y c) procedimental pues establece los mecanismos para la participación democrática, aprobación de la ley, conformación de altas cortes y demás procedimientos necesarios para el funcionamiento de una democracia. Toda esta macro estructura tiene como principal función limitar al poder mediante la efectivización de derechos, por lo que el Estado al garantizar estos derechos limita su actuar y reduce la posibilidad de vulnerar derechos.⁷⁶

⁷⁶ Ávila Santamaría, *La Constitución de 2008 en el contexto andino*, 22-3.

Luego la CRE agrega un novedoso elemento, una simple “s”, por lo que el Estado de Derecho ahora es “de derechos”. En un primer momento se creyó que el constituyente había agregado una “s” por error, que en realidad quería decir “Ecuador es un Estado de Derecho”. Desde la visión de la doctrina autores como Luis Ávila consideran que Estado de derechos hace referencia o es sinónimo de pluralismo jurídico.⁷⁷ Por su parte para Ramiro Ávila el Estado de derechos es una construcción particular de la Constitución ecuatoriana de 2008, propone un paso adelante respecto al Estado de Derecho, concibe a los derechos en sentido amplio como el fin del Estado y limite incluso para el poder constituyente.⁷⁸

Los postulados de Ramiro Ávila colocan a los derechos en el punto central del ordenamiento jurídico, y no solo a los derechos constitucionales, sino que de manera general a los derechos humanos e incluso aquellos derechos no reconocidos en instrumento alguno, siempre que deriven de la dignidad humana.⁷⁹ Como consecuencia de esta centralidad, es lógico pensar que la influencia de los derechos en el sistema jurídico es de mayor relevancia que en el Estado de Derecho que enfatizaba el desarrollo de la ciencia jurídica más que en los derechos.

Esto acerca el modelo constitucional ecuatoriano al fundamentalismo constitucional alemán, que propone un fuerte compromiso democrático, pero un compromiso aún más fuerte con los derechos fundamentales,⁸⁰ en el caso ecuatoriano, derechos constitucionales. Esta cercanía se evidencia en los fundamentos de la doctrina alemana que prepondera las fuentes doctrinales a las legales, con una fuerte influencia de la filosofía jurídica, en particular en lo referente a justicia como fin del sistema jurídico. En consecuencia, los jueces deben tomar un papel activo en la garantía y eficacia de los derechos por lo que se les dota de grandes poderes de interpretación y control constitucional.

Aun cuando en Ecuador el control constitucional está en limitado producto de la decisión de la Corte Constitucional de imponer el control concentrado, lo que impide a los jueces la aplicación directa de la Constitución en caso de contradicciones con la ley y por ende también limita su capacidad interpretativa, el modelo ecuatoriano si coincide

⁷⁷ Ávila Santamaría, *La Constitución de 2008 en el contexto andino*, 230.

⁷⁸ *Ibíd.*, 29.

⁷⁹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 11 num. 7.

⁸⁰ Bruce Ackerman y Carlos Rosenkratz, *Tres concepciones de democracia constitucional, en Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad, cuadernos y debates* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991), 22.

con el alemán en la búsqueda de la justicia y la apertura de los derechos en vista de la hegemonía de la dignidad humana como directriz central en el reconocimiento de los mismos.

El nuevo papel que juegan los derechos en la CRE obliga a una reconsideración del alcance la misma. Una constitución como la ecuatoriana aun cuando es atípicamente extensa, no puede aspirar a considerar todos los derechos humanos de las personas. En vista de esto amplía su alcance no solo al estricto contenido constitucional, sino que considera a los tratados internacionales de derechos humanos como establece en el artículo 424 que reza: “La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”.⁸¹ La norma es clara y no deja lugar a interpretaciones restrictivas, sin embargo el contenido de los derechos humanos se encuentra más allá de los tratados, ¿qué sucede con los instrumentos internacionales de derechos humanos?, por su parte Por su parte el artículo 426 de la CRE establece:

Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las 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.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.

Vale la pena precisar que instrumento internacional de derechos humanos es un término genérico que se utiliza para catalogar declaraciones, tratados, convenios, acuerdos internacionales entre otros, por lo que los tratados internacionales son una especie de instrumento. Sin embargo ¿cómo se debería interpretar a la luz de la Constitución el término genérico “instrumento internacional”? Autores como O’Donnel recuerdan que instrumentos internacionales sobre derechos humanos pueden dividirse en tres grandes categorías:

- a) La primera consiste las declaraciones de 1948, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre;
- b) la segunda en los grandes tratados universales y regionales, como la Carta

⁸¹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 424.

Internacional de Derechos Humanos y la Convención Americana; y c) la tercera categoría consiste en los demás instrumentos sobre derechos humanos específicos destinados a proteger los derechos de determinados sectores de la sociedad como los niños, los indígenas, los trabajadores migrantes, las personas con discapacidad, mujeres y tantos otros.⁸² Esta tercera categoría “agrupa los demás instrumentos que carecen de carácter contractual”,⁸³ como lo son las Observaciones Generales y demás interpretaciones autorizadas.

Danilo Caicedo advierte, que al considerar que el bloque de constitucionalidad “se encuentra conformado por los instrumentos internacionales de derechos humanos, nos referimos a cualquier precepto jurídico, independientemente que pertenezca al *soft law* o *hard law*, sin embargo, de lo cual, podemos prever que su alcance puede ser mayor, incluyendo normas de carácter consuetudinario, no necesariamente escritas”.⁸⁴

Finalmente, para descartar cualquier duda sobre este debate, la sentencia 080-13-SEP-CC de la Corte Constitucional ecuatoriana, reconoce explícitamente resoluciones y comentarios generales (refiriéndose a observaciones y recomendaciones generales y demás instrumentos interpretativos) como parte del bloque de constitucionalidad, en los siguientes términos:

El Ecuador no solo que ha suscrito una serie de instrumentos internacionales en varios temas inherentes a diversos temas de los derechos humanos, sino que también ha adquirido compromisos específicos en materia de protección de las personas portadoras de VIH o enfermas de SIDA como la Declaración S-26/2 de compromiso en la lucha contra el VIH-SIDA del 27 de junio del 2001, y las Directrices Mixtas OIT/OMS sobre Servicios de Salud y el VIH-SIDA. Existen además documentos que han alcanzado un consenso internacional en el ámbito de Naciones Unidas en relación a algunos temas, así como también existen resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos y los comentarios generales del Comité de Derechos Humanos y los del Comité de la CEDAW, los mismos que constituyen derecho aplicable al formar parte del bloque de constitucionalidad.⁸⁵ A más abundar, la reciente sentencia del caso Satya, La Corte Constitucional señaló:

⁸² Daniel O'Donnell, *Derecho internacional de los derechos humanos*, 55-6.

⁸³ *Ibíd.*, 56.

⁸⁴ Danilo Alberto Caicedo Tapia, “El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos Humanos más allá de la Constitución”, *Foro Revista de Derecho* 12 (2009): 12.

⁸⁵ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia” 080-13-SEP-CC, Recurso Extraordinario de Protección.

En este sentido, la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva OC 24/17, instrumento internacional que, por expresa disposición del artículo 424 de la Constitución de la República y por constituir interpretación oficial del órgano interamericano encargado de determinar el sentido y alcance de las disposiciones convencionales relacionadas con la protección de derechos humanos, se entiende adherido al texto constitucional y es de aplicación directa, inmediata y preferente, en (tanto su contenido sea más favorable para el efectivo ejercicio y protección de los derechos reconocidos...⁸⁶

Finalmente, otro enfoque como el de Guastini explica que existe una diferencia entre lo que es disposición y norma. La disposición se refiere al texto de la ley, constitución o cualquier otro instrumento jurídico, mientras que la norma es el producto hermenéutico de la disposición⁸⁷. En el ámbito que nos compete tanto las disposiciones en forma de tratados internacionales de derechos humanos y las normas como observaciones generales, opiniones consultivas, y otros instrumentos internacionales de derechos humanos, son parte de la constitución.

⁸⁶ Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia” 184-18-SEP-CC, 59.

⁸⁷ Susanna Pozzolo y Rafael Escudero, eds., *Disposición vs. norma* (Lima: Palestra, 2011), 133-57.

8. Irradiación de lo constitucional a lo laboral

A partir de lo señalado nace la idea de que los derechos constitucionales influyen en las relaciones ciudadano/Estado y ciudadano/ciudadano. En la primera relación se trata de un sujeto poseedor de derechos fundamentales (ciudadano) y otro que no (Estado), donde los derechos fundamentales actúan como protección frente al Estado. En la Segunda relación se trata de un vínculo entre titulares de derechos fundamentales, por lo que tienen un efecto horizontal.⁸⁸ Este efecto consiste en que los derechos fundamentales influyen en la interpretación del derecho privado, sin dejar de reconocer ser derecho privado el juez debe reconocer la influencia de los derechos fundamentales en él.

En este orden de ideas también se considera que el Estado al imponer un sistema de derecho privado también participa en las afectaciones que el derecho privado causa a los ciudadanos.⁸⁹ De esta manera el juez construye un vínculo que relaciona los derechos reconocidos en la ley con el texto constitucional. En otras palabras, el que las normas constitucionales influyan en todos los ámbitos del derecho, obligando al Estado a tenerlas en cuenta tanto al momento de legislación lo cual es una irradiación normativa, tanto al momento de impartir justicia lo cual es una irradiación judicial.

8.1. Irradiación constitucional como concepto, Caso Luth

Un primer hito del reconocimiento de la irradiación constitucional judicialmente reconocida fue el fallo Luth, al evidenciar la influencia que ejerce la Constitución en las normas de derecho civil. Los hechos del caso fueron los siguientes: en 1951 el director de cine Veit Harlan demandó a Erich Lüth (presidente de la Asociación de Prensa de Hamburgo) por boicotear una de sus películas. Lüth se opuso a que el público alemán conociera la película, por considerar que contenía propaganda antisemita. El fallo de primera instancia, condenó a Lüth al pago de perjuicios causados al cineasta por no haberle permitido rodar el filme. Para esto, el Tribunal Estatal de Hamburgo consideró que las expresiones utilizadas por el periodista vulneraban lo dispuesto en el Código Civil, y que a su vez la conducta desplegada al instar al boicot contrariaba las buenas costumbres.

⁸⁸ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 506-11.

⁸⁹ *Ibíd.*, 512-3.

Sin embargo, la disputa no finalizó allí, Lüth recurrió mediante un amparo constitucional en contra de la sentencia que lo condenaba, el caso llegó a instancia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, que amparó el derecho a la libre expresión de Lüth, consecuentemente dejando sin efecto la decisión adoptada en primera instancia. Para llegar a esto, el Tribunal Federal Alemán en la sentencia BVerfGE 7, 198⁹⁰ tomó las siguientes consideraciones:

- Los derechos fundamentales son ante todo derechos de defensa del ciudadano en contra del Estado; sin embargo, en las disposiciones de derechos fundamentales de la Ley Fundamental se incorpora también un orden de valores objetivo, que como decisión constitucional fundamental es válida para todas las esferas del derecho.
- En el derecho civil se desarrolla indirectamente el contenido legal de los derechos fundamentales a través de las disposiciones de derecho privado. Incluye ante todo disposiciones de carácter coercitivo, que son realizables de manera especial por los jueces mediante las cláusulas generales.
- El juez civil puede violar con su sentencia derechos fundamentales, cuando desconoce los efectos de los derechos fundamentales en el derecho civil. El Tribunal Constitucional Federal examina las sentencias de los tribunales civiles sólo por violaciones a los derechos fundamentales, pero no de manera general por errores de derecho.
- Las “leyes generales” para el Estado democrático libre deben ser interpretadas a la luz del especial significado del derecho fundamental de la libertad de opinión.
- El derecho fundamental del Art. 5 de la Ley Fundamental protege no sólo la expresión de una opinión como tal, sino también, los efectos espirituales que se producen a través de la expresión de una opinión.
- La expresión de una opinión, que contiene un llamado a un boicot, no viola necesariamente las buenas costumbres en el sentido que puede estar justificada constitucionalmente mediante la libertad de opinión al ponderar todas las circunstancias del caso.⁹¹

Esta decisión del Tribunal alemán no es más que la manifestación de la decisión jurídica de proteger y otorgar una renovada eficacia a los derechos, que no es ajena en la realidad ecuatoriana, de hecho es justamente uno de los pilares del bloque de constitucionalidad que amplía el abanico de derechos constitucionales, pues de que serviría ampliar el alcance de los derechos constitucionales si estos no tienen una real incidencia en el ordenamiento jurídico, no podríamos hablar de Estado de *derechos* sin considerar como cierta esta premisa.

Por otro lado, igualmente importante resulta la irradiación normativa, un caso palpable se da en la realidad chilena con la ley 20609 (Ley Zamudio) que tutela el bien jurídico constitucional igualdad y no discriminación a nivel legal. Esta ley fue aprobada como consecuencia de la muerte del joven Daniel Zamudio, quien fuera asesinado

⁹⁰ Alemania Tribunal Constitucional Federal, “Sentencia” BVerfGE 7, 198.

⁹¹ Recuperado de <https://www.palermo.edu/cele/libertad-de-expresion/jurisprudencia/pdf/luth.pdf>

producto de una golpiza propinada por un grupo de Neonazis con motivo de ser homosexual.

La Constitución Política de la República de Chile en su primer artículo establece: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.⁹² A pesar de esto no hace referencia expresa a la prohibición de discriminación en razón del sexo, género, raza y demás categorías sospechosas. En vista de esto el legislador y el poder judicial tienen en sus manos la obligación de desarrollar del contenido de este derecho. Siendo el primero el que es de interés analizar, lo hace mediante la ley Zamudio.

La primera disposición de la ley plantea el objetivo de la misma, “instaurar un mecanismo judicial que permita restablecer eficazmente el imperio del derecho toda vez que se cometa un acto de discriminación arbitraria”.⁹³ Resulta evidente la posición inicial que toma la legislación chilena al construir el concepto de *discriminación arbitraria*, reconociendo que existe discriminación legítima que a su vez se refiere a lo expuesto en páginas anteriores como diferenciación legítima. Aun cuando en principio parecería un error hablar de discriminación justificada, pues la palabra discriminación siempre resulta llevar una carga emocional negativa, eso escapa al territorio de lo jurídico. La ley continúa y define la discriminación arbitraria como:

... toda distinción, exclusión o restricción que carezca de justificación *razonable*, efectuada por agentes del Estado o *particulares*, y que cause privación, perturbación o *amenaza* en el ejercicio legítimo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de la República o en los *tratados internacionales sobre derechos humanos* ratificados por Chile [...] en particular cuando se funden en motivos tales como la raza o etnia, la nacionalidad, la situación socioeconómica, el idioma, la ideología u opinión política, la religión o creencia, la sindicación o participación en organizaciones gremiales o la falta de ellas, el *sexo*, la orientación sexual, la identidad de género, el estado civil, la edad, la filiación, la *apariencia personal* y la enfermedad o discapacidad (énfasis añadido).⁹⁴

Es destacable a primera vista la irradiación del bloque de constitucionalidad en la normativa chilena. En primer lugar, utiliza los mismos términos de la observación general 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales al señalar que la discriminación es toda distinción, exclusión o restricción.

En segundo lugar, establece que la distinción debe carecer de *razonabilidad* tal como establece la misma Observación General y la opinión consultiva OC-4/84 de la

⁹² Chile, *Constitución Política de la República*, Decreto Supremo 1.150, Diario Oficial, 24 de octubre de 1980.

⁹³ Chile, *Ley Zamudio (Ley 20609)*, 24 de julio de 2012, art. 1.

⁹⁴ *Ibíd.*, art. 2.

Corte IDH, sin embargo, se omite el requisito de objetividad establecido por ambos instrumentos internacionales. En tercer lugar, la legitimidad pasiva recae no solo en agentes estatales sino en particulares dando total protección al derecho tanto la esfera pública como privada, favoreciendo y ampliando el espectro de protección. En cuarto lugar, se evidencia claramente la incorporación del bloque de constitucionalidad al establecer la tutela de derechos constitucionales y los contemplados en tratados internacionales de derechos humanos, haciendo innegable la influencia del bloque de constitucionalidad en esta norma.

Finalmente enumera las categorías sospechosas y establece la cláusula abierta de reconocimiento, considerando un amplio número de categorías, incluyendo todas las del artículo 2 párrafo uno del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales tal como ordena la observación general 18 del Comité de Derechos Humanos. Además, incluye categorías novedosas como la apariencia personal.

8.2. Ley de Justicia Laboral

Si bien la decisión del Tribunal Alemán mencionada en párrafos anteriores, se refiere a la irradiación hermenéutica, no hay que olvidar que la irradiación constitucional también se manifiesta en la influencia de las normas desde el momento de su creación de forma objetiva.

El día lunes 10 de abril de 2015 se publicó en el registro oficial del Ecuador la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar (Ley de Justicia Laboral) que introduce una serie de reformas al Código del Trabajo (CT). Esta reforma recoge consideraciones constitucionales como: (a) la obligación estatal de garantizar el ejercicio de los derechos constitucionales y contenidos en instrumentos internacionales de derechos humanos sin discriminación;⁹⁵ (b) la obligación estatal de garantizar a los trabajadores el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado;⁹⁶ (c) los derechos laborales son irrenunciables e intangibles;⁹⁷ (d) el deber estatal de eliminar las desigualdades y prohibir toda forma de discriminación, acoso o acto de violencia de cualquier índole, sea directa o indirecta, que afecte a las mujeres en el trabajo;⁹⁸ finalmente (e) la consideración del artículo 332 que protege los derechos reproductivos en relación al trabajo.⁹⁹

Por otro lado, esta reforma puede ser considerada una superación de lo mencionado con anterioridad por el reformismo feminista *omisión legislativa* en los asuntos no masculinos, toda vez que es una medida legislativa de protección encaminada a superar estereotipos y estructuras sexistas en el trabajo.

El Estado garantizará el respeto a los derechos reproductivos de las personas trabajadoras, lo que incluye la eliminación de riesgos laborales que afecten la salud reproductiva, el acceso y estabilidad en el empleo sin limitaciones por embarazo o número de hijas e hijos, derechos de maternidad, lactancia, y el derecho a licencia por paternidad. Se prohíbe el despido de la mujer trabajadora asociado a su condición de gestación y maternidad, así como la discriminación vinculada con los roles reproductivos;¹⁰⁰

⁹⁵ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 3.

⁹⁶ *Ibíd.*, art. 33.

⁹⁷ *Ibíd.*, art. 326.

⁹⁸ *Ibíd.*, art. 331.

⁹⁹ *Ibíd.*, art. 332.

¹⁰⁰ *Ibíd.*

En relación a la tutela de la igualdad y no discriminación de la mujer trabajadora, la reforma laboral se sustenta en 2 grandes pilares constitucionales que la irradian de forma evidente, la estabilidad laboral y la prohibición de la discriminación de la mujer en razón de su condición de gestación y maternidad.

La primera y más tangible consecuencia de la irradiación de ambos principios es la construcción de la novedosa institución del despido ineficaz, descrita en el artículo 35 de la reforma (195.1 del CT) que reza: “Prohibición de despido y declaratoria de ineficaz. - Se considerará ineficaz el despido intempestivo de personas trabajadoras en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad, en razón del principio de inamovilidad que les ampara”.¹⁰¹

El mismo artículo 35 de la Ley de Justicia Laboral establece un procedimiento especial para conocer el despido de la mujer trabajadora en estado gestación. Este artículo se introdujo al Código de Trabajo como Art. 195.2 y señala:

Acción de despido ineficaz. Una vez producido el despido, la persona trabajadora afectada deberá deducir su acción ante la Jueza o el Juez del Trabajo de la jurisdicción correspondiente al lugar donde este se produjo, en el plazo máximo de treinta días.

Admitida a trámite la demanda, se mandará citar en el plazo de veinticuatro horas a la parte empleadora y, en la misma providencia, se podrán dictar las medidas cautelares que permitan el reintegro inmediato al trabajo del trabajador afectado o la trabajadora afectada, mientras dure el trámite.

A la demanda y a la contestación se acompañarán las pruebas de que se disponga y se solicitarán las que deban practicarse.

En la referida providencia se convocará a audiencia que se llevará a cabo en el plazo de cuarenta y ocho horas contadas desde la citación. Esta iniciará por la conciliación y, de existir acuerdo, se autorizará por sentencia. A falta de acuerdo se practicarán las pruebas solicitadas.

La Jueza o el Juez de Trabajo, dictarán sentencia en la misma audiencia. Contra la sentencia que admita la ineficacia será admisible el recurso de apelación con efecto devolutivo.

Señalado el procedimiento la norma detalla los efectos de la sentencia producto de este procedimiento especial, esto es añadido al Código de Trabajo como artículo 195.3 que establece:

Efectos. Declarada la ineficacia, se entenderá que la relación laboral no se ha interrumpido por el hecho que la ha motivado y se ordenará el pago de las remuneraciones pendientes con el diez por ciento (10%) de recargo.

Cuando la persona trabajadora despedida decida, a pesar de la declaratoria de ineficacia del despido, no continuar la relación de trabajo, recibirá la indemnización equivalente al

¹⁰¹ Ecuador, *Ley de Justicia Laboral (Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar)*, Registro Oficial 483, Tercer Suplemento, 20 de abril de 2015.

valor de un año de la remuneración que venía percibiendo, además de la general que corresponda por despido intempestivo.

Si la persona empleadora se negare a mantener en sus funciones a la persona trabajadora una vez que se ha dispuesto el reintegro inmediato de la misma en la providencia inicial, o se haya establecido la ineficacia del despido en sentencia, podrá ser sancionada con la pena establecida en el Código Orgánico Integral Penal por el delito de incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente.

En cualquier caso, de despido por discriminación, sea por afectar al trabajador debido a su condición de adulto mayor u orientación sexual, entre otros casos, fuera de los previstos para la ineficacia del despido, el trabajador tendrá derecho a la indemnización adicional a que se refiere este artículo, sin que le sea aplicable el derecho al reintegro.

En caso de despido injustificado de una persona con discapacidad, o de quien estuviere a su cargo la manutención de una persona con discapacidad será indemnizada de conformidad a lo estipulado en el Ley Orgánica de Discapacidades.

Esta reforma contiene un amplio catálogo de nuevas consideraciones que es preciso resumir y priorizar con el fin de esquematizar el análisis a realizar en las próximas páginas de esta investigación. Las principales instituciones del artículo 35 de la Ley de Justicia Laboral son:

- La acción de despido ineficaz es un procedimiento especial
- La tutela judicial se extiende a la trabajadora en estado de embarazo o asociado a su condición de gestación o maternidad, es decir, no solo al embarazo propiamente tal sino al ejercicio de su maternidad.
- La justificación *a priori* del procedimiento es el principio de inamovilidad
- Establece un procedimiento expedito y concentrado de audiencia única.
- Se establece la posibilidad de pedir medidas cautelares conjunto a la demanda y notificar las mismas en la citación.
- Las medidas cautelares tienen como objeto el reintegro de la trabajadora a su función
- De ser el caso en que se expida una sentencia a favor de la trabajadora, esta puede decidir si reintegrarse al trabajo o no continuar la relación laboral, en este último caso se condenaría al empleador a una indemnización equivalente a un año de remuneraciones del trabajador y además la indemnización común de despido intempestivo
- Este procedimiento no ampara otras prohibiciones de discriminación como la etnia, religión, tendencia política demás, de acuerdo a lo especificado en el informe del segundo debate del entonces proyecto de Ley de Justicia Laboral que menciona: “Se realizan cambios en referencia al despido ineficaz, primero se

determina que esta figura o acción nueva en el Derecho Laboral, opera solo para personas en estado de gravidez...”¹⁰²

8.3. Irradiación de la tutela judicial efectiva

Desde el punto de vista jurídico, la irradiación constitucional no es un fenómeno que deba ser justificado, sino evidenciado o construido a partir del intérprete de la norma. Si bien el legislador puede hacer referencia expresa al proceso de irradiación en los considerandos de la ley, también es cierto, que, en la realidad ecuatoriana, los considerandos suelen referirse únicamente a la Constitución en sentido estricto, mas no al bloque de constitucionalidad. En vista de esta realidad es imperioso el destacar el efecto irradiador que ha tenido el bloque de constitucionalidad en la Ley de Justicia Laboral, para luego abordar sus efectos particulares en los distintos derechos expresados en el cuerpo legal mencionado.

El procedimiento establecido para el despido ineficaz, es un procedimiento nuevo y diferente a los procedimientos generales establecidos en el reciente Código Orgánico General de Procesos (COGEP). Su particularidad radica en la necesidad de una protección especial para los grupos tradicionalmente vulnerables en el ámbito laboral, como es el caso de la mujer en estado de embarazo y el dirigente sindical que ya eran objeto de una protección especial, en vista de que el despido de un trabajador en cualquiera de estas dos categorías era sancionado con una indemnización especial además de la indemnización general de despido intempestivo.

Ahora bien, todo derecho requiere de un mecanismo idóneo para su justiciabilidad, a partir de esta necesidad nace el derecho a una jurisdicción como autentico derecho subjetivo del ciudadano.¹⁰³ Así nace la tutela judicial efectiva como derecho que permite acudir con un a pretensión jurídica ante los órganos jurisdiccionales del Estado y obtener una decisión motivada por su parte, en otras palabras, la facultad de requerir al Estado el servicio de administración de justicia.¹⁰⁴

Sin embargo, más allá del derecho a una tutela judicial efectiva, existen casos en los que se requiere de un procedimiento especial pues se deben considerar

¹⁰² Ecuador Comisión Especializada Permanente de los Derechos de los Trabajadores y la Seguridad Social, “Oficio No. CEPDTSS-1381-2015”, 10 de abril de 2015, 15.

¹⁰³ Vanesa Aguirre Guzmán, “El derecho a la tutela judicial efectiva: Una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos”, *Foro: Revista de Derecho* 14 (2010): 6.

¹⁰⁴ *Ibíd.*, 7.

particularidades que los procedimientos generales no suelen tomar en cuenta. Esta premisa no era cumplida por el antiguo procedimiento laboral en caso de despido intempestivo de la mujer embarazada, pues al ser un procedimiento general, en él se ventilaban todas las cuestiones generales materia del litigio laboral como el pago de vacaciones no gozadas, liquidación de proporcionales de décimo tercera y cuarta remuneraciones, horas extras y demás asuntos generales que deben ser probados, lo cual distrae la atención del juez hacia esos elementos.

De tratarse el caso de un despido intempestivo, el juez además de tramitar todos los actos procesales generales, prestaba atención a la prueba del despido intempestivo y si además resultaba ser que la trabajadora despedida estaba embarazada, se procedía a imponer la indemnización adicional a modo de agravante del despido.

En vista de esto el proceso laboral ordinario resulta demasiado abstracto para tutelar efectivamente el bien jurídico específico igualdad y no discriminación, lo que resultaba en la consideración de la condición de embarazo como incidente procesal, no el objeto mismo del litigio. Esto cambió con la introducción de la figura del despido ineficaz de la mujer en estado de embarazo o por su condición de madre, pues en este procedimiento el juez ve centrada su atención en la igualdad y no discriminación, por lo que está en capacidad de tomar medidas jurídicamente más sustanciales que una simple indemnización.

Lo anteriormente señalado, no es una cuestión al azar, es evidencia de la influencia de los instrumentos internacionales de derechos humanos en la legislación nacional. Al respecto se debe precisar que la irradiación normativa se ha dado en el siguiente orden:

1) El artículo 2 de la CEDAW que establece la obligación de medidas legislativas que prohíban y sancionen en particular la discriminación contra la mujer, así como mecanismos que garanticen la tutela judicial efectiva frente a actos discriminatorios; 2) El artículo 4 de la misma Convención, particulariza aún más la protección, al señalar la necesidad de medidas especiales de protección a la mujer embarazada, que incluso puedan ser consideradas discriminatorias; 3) Por su parte el artículo 5 compele a los estados a tomar medidas, como las legislativas, que modifiquen la estructura social de prejuicios y estereotipos frente a la mujer (como el rol reproductivo) con el fin de cambiar modificar estas conductas.

Finalmente, la necesidad de especialidad en la tutela judicial efectiva de los derechos de la mujer se refleja en la relación de tutela general y especial a la que se refiere la Convención Americana y la Convención de Belém Do Pará. Al respecto mientras que

la primera como instrumento general establece el “derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención”¹⁰⁵, lo que se ha traducido en la figura garantía jurisdiccional denominada acción de amparo, tutela, acción de protección entre otras denominaciones que han adoptado las legislaciones nacionales de los diferentes países suscriptores de la Convención.

Si bien la disposición de la Convención Americana tiene el evidente objetivo de dar garantía a los derechos que reconoce, la Convención de Belém Do Pará vuelve a enunciar una norma muy similar, sin embargo, en este caso para tutelar especialmente los derechos de la mujer víctima de violencia, “el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos [de la mujer]”¹⁰⁶. En principio parecería una repetición innecesaria pues una norma semejante se encuentra en la Convención Americana, sin embargo, es la prueba tangible de la intención de obtener una protección especializada para la mujer.

Ahora bien, si es cierto que se necesita de un procedimiento especial, también debe considerarse que elementos deben ir inmersos en este procedimiento especial. Estos elementos se refieren a la necesidad de una tutela directa y eficaz del bien jurídico. La primera se refiere a la tutela particular del bien jurídico objeto de la acción, en este caso la igualdad y no discriminación, es decir, que la atención del juez se centre en la protección exclusiva de este bien jurídico, sin distracciones, contrario al caso de un procedimiento laboral ordinario donde se discuten un sin número de cuestiones como las diversas liquidaciones, la existencia de un despido o no e inclusive la existencia misma de la relación laboral. Ahora en cuanto a la lo eficaz de la acción, este elemento es considerado como básico en las garantías jurisdiccionales que deben ser basarse en un procedimiento sencillo, rápido y eficaz,¹⁰⁷ o también establecido como principio de celeridad.¹⁰⁸ Si bien en virtud de este principio el procedimiento debe ser ágil y sencillo, también es cierto que no se puede apresurar un procedimiento sin dar garantías de contradicción y tiempo suficiente para que el juez pueda inteligenciar el problema jurídico puesto a su conocimiento.

¹⁰⁵ OEA, Convención Americana, art. 25.

¹⁰⁶ OEA, Convención Belém Do Pará, art. 4, lit. g.

¹⁰⁷ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 86 num. 1 lit. a.

¹⁰⁸ *Ibíd.*, art. 169.

A nivel internacional estos conceptos son parte de la irradiación normativa producida por el artículo 4, literal g de la Convención de Belém Do Pará, además del artículo 7, literales f y g que incluye la obligación de establecer procedimientos eficaces, con medidas de protección y reparación idóneas.¹⁰⁹

En el ámbito nacional se evidencia una palpable similitud en cuanto al procedimiento establecido para las garantías jurisdiccionales constitucionales y el procedimiento de despido ineficaz, como se puede observar en el siguiente cuadro:

¹⁰⁹ Ibíd., art. 7 lit. f y g.

Tabla 1

Comparativa entre la tramitología de la Acción de Protección y la Acción de Despido Ineficaz

Acción de protección	Acción de despido ineficaz
El juez calificará la demanda dentro de las veinticuatro horas siguientes a su presentación. ¹¹⁰	Admitida a trámite la demanda, se mandará citar en el plazo de veinticuatro horas a la parte demandada. ¹¹¹
Ambas cuentan con una audiencia única	
La calificación de la demanda deberá contener: La orden de medidas cautelares, cuando el juez las considere procedentes. ¹¹²	En la misma providencia de citación, se podrán dictar las medidas cautelares que posibiliten el reintegro inmediato de la trabajadora afectada, mientras dure el trámite. ¹¹³
Termino máximo de 3 días, a partir de la calificación de la demanda, para practicar la audiencia única. ¹¹⁴	Se convocará a audiencia a practicarse en un plazo de cuarenta y ocho horas contadas desde la citación. ¹¹⁵
Cuando el juez se forme criterio suficiente, dictará sentencia en la misma audiencia, y la notificará por escrito dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes. ¹¹⁶	El Juez de Trabajo, dictará sentencia en la misma audiencia. ¹¹⁷
Ambas acciones contemplan una tutela directa de los derechos, mientras que la AP establece el amparo directo de manera expresa (artículo 88 CRE), la acción por despido ineficaz lo hace manera tacita al tutelar únicamente (directamente) el derecho a la igualdad y no discriminación, así como la AP tutela únicamente los derechos constitucionales (que no sean objeto de otra garantía).	

¹¹⁰ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Registro Oficial, Suplemento 52, 22 de octubre de 2009, art. 13

¹¹¹ Ecuador, *Ley de Justicia Laboral*, art. 35.

¹¹² Ecuador, *LOGJCC*, art. 13 num. 5.

¹¹³ Ecuador, *Ley de Justicia Laboral*, art. 35.

¹¹⁴ Ecuador, *LOGJCC*, art. 13 num. 2.

¹¹⁵ Ecuador, *Ley de Justicia Laboral*, art. 35.

¹¹⁶ Ecuador, *LOGJCC*, art. 15, num. 3.

¹¹⁷ Ecuador, *Ley de Justicia Laboral*, art. 35.

A partir de esta comparación, es clara la intención de dar celeridad al proceso laboral, en vista de la importancia del bien jurídico tutelado, a tal punto que la protección de las medidas cautelares casi inmediatas, pasan a formar parte del procedimiento laboral de despido ineficaz. De igual manera se identifica irradiación en cuanto a la tutela directa y eficaz ya planteada para la acción de protección de acuerdo al artículo 88 de la Constitución ecuatoriana.

Si bien el abuso de la celeridad puede traer consecuencias como tiempo insuficiente para el análisis del caso por parte del juez y que la parte demandada no goce de un tiempo razonable para preparar su defensa,¹¹⁸ es innegable que la búsqueda de celeridad denota la preocupación del legislador por tutelar un bien jurídico de gran importancia cuya vulneración es de relevancia constitucional, además de la especificidad en su protección reflejada en un proceso particular.

8.4. Irradiación de la estabilidad laboral

La estabilidad laboral es el elemento esencial del derecho del trabajo, al ser la principal garantía del trabajador para mantener su puesto de trabajo, por ende, su única fuente de ingresos permanente. Este elemento del derecho al trabajo ofrece al trabajador varias condiciones: a) continuidad del trabajo bajo presupuestos de estabilidad y certeza de permanecer por el mayor tiempo posible en el desempeño de sus funciones; y b) seguridad de permanecer en funciones aun cuando se presenten inconvenientes ordinarios y que las circunstancias que determinen la terminación de la relación contractual sean excepcionales.¹¹⁹

La mayor amenaza de la estabilidad laboral es el despido injustificado, como herramienta del empleador para dar por terminada la relación contractual de manera unilateral, sorpresiva e infundada, sin ceñirse a una razón objetiva. En respuesta a esto la estabilidad busca los medios para impedir que el trabajador se vea despojado su trabajo sin que exista una causa que lo justifique.¹²⁰

¹¹⁸ Claudia Storini y Marco Navas Alvear, *La acción de protección en Ecuador: Realidad jurídica y social* (Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2013), 87.

¹¹⁹ Joaquín Pérez Rey, *Estabilidad en el empleo* (Madrid: Trota, 2004), 20-1.

¹²⁰ *Ibíd.*, 31

El profesor Julio Cesar Trujillo comenta que existen dos caminos para materializar la estabilidad laboral, uno en el que se prohíbe el despido del trabajador sin una causa justificativa y el otro donde se busca evitar el despido mediante la imposición de una indemnización.¹²¹ Como denota la explicación, ambas categorías actúan en dimensiones diferentes, la primera, una estabilidad en estricto sentido que actúa como protección frente a la arbitrariedad y la segunda que actúa a modo de prevención que se denominara estabilidad débil.

La Ley de Justicia Laboral tiene una fuerte tendencia a reforzar el principio de estabilidad, lo cual es visible en la eliminación del contrato a plazo fijo como medida que garantiza la continuidad de la relación contractual y por ende la eliminación de la posibilidad de desahucio por parte del empleador, como garantía de seguridad para el trabajador. Las mencionadas medidas son efectos generales del principio de estabilidad. La estabilidad débil se mantiene en cuanto existe la indemnización por despido injustificado y consideraciones especiales cuando se trate de grupos vulnerables lo cual implica una sobre carga indemnizatoria, sin embargo, no deja de ser una simple indemnización, lo cual mantiene el esquema jurídico propuesto previo a la reforma.

Sin embargo, la estabilidad en sentido estricto comienza a configurarse como una vía ideal para que una serie de normas dirigidas a limitar la otrora ilimitada facultad de despido. Mientras que la constitución de 1998 prohibía toda forma de discriminación contra la mujer,¹²² posteriormente la Constitución del 2008 reproduce dicha prohibición en su artículo 331 para luego darle un contenido aún más específico al prohibir el despido (no solo la discriminación) “de la mujer trabajadora asociado a su condición de gestación y maternidad, así como la discriminación vinculada con los roles reproductivos”,¹²³ prohibición que a su vez se ve materializada mediante una irradiación normativa en los artículos 195.1 y 195.3 de la Ley de justicia laboral al establecer la prohibición absoluta de despido de la mujer embarazada o por su condición de madre, mediante la garantía del reintegro.

De esta manera se supera la noción de estabilidad débil establecida previa a la reforma, que solo consideraba la indemnización por el despido de la mujer embarazada, ahora prima la noción de estabilidad en estricto sentido que nulita el despido a la mujer

¹²¹ Julio Cesar Trujillo, *Derecho del trabajo*, 165.

¹²² Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 36.

¹²³ *Ibíd.*, art. 332.

embarazada o en condición de madre. Dicha estabilidad solo opera a favor de la mujer embarazada o en condición de reciente madre y los dirigentes sindicales.

Al incorporar instituciones como el reintegro, la Ley de Justicia Laboral reconoce la adopción del principio de estabilidad en estricto sentido en la legislación ecuatoriana y todo lo que ello conlleva. Ahora bien, es importante señalar que la figura del reintegro laboral se introdujo previamente en el sistema jurídico ecuatoriano a través de la justicia constitucional mediante la sentencia 080-13-SEP-CC (caso VIH)¹²⁴ emitida por la Corte Constitucional ecuatoriana en el año 2013. El caso se resume en los siguientes hechos: a) el accionante (Portador de VIH) desempeñaba sus funciones como Abogado del Departamento de Terrenos y Servicios Parroquiales de la Municipalidad de Samborondón; b) era objeto de discriminación por parte de sus compañeros de trabajo; c) la Municipalidad resolvió destituir de sus funciones al accionante por ausencia injustificada y repetida de su puesto de trabajo; d) el accionante presentó una acción de protección y un recurso de apelación a la misma, ambos fueron rechazados por lo que debió interponer una acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional.

Si bien sentencia como la del caso 892-2000-RA¹²⁵ y la sentencia 129-12-SEP-CC¹²⁶ que desarrollaban la protección de especial de la que es beneficiaria la mujer embarazada, se limitaban simplemente a revocar la sentencia del juez inferior y devolver el expediente para su nueva sustanciación en base a la visión de estabilidad laboral débil reinante en su contexto. No fue sino hasta la expedición de sentencia en el caso del trabajador portador de VIH que se marca un hito en el desarrollo del principio de igualdad, pues reconoce cuestiones como que la discriminación es un problema de nivel constitucional; desarrolla temas como las categorías sospechosas y su relación con los deberes del juez y la carga probatoria, entre otras instituciones que necesitaban un desarrollo para la correcta tutela del derecho a la igualdad y no discriminación. Finalmente reconoce la figura del reintegro como manifestación de la estabilidad en sentido estricto, que posteriormente sería recogida por la Ley de Justicia Laboral. En vista de esto puede decirse que el fundamento de toda la institución del despido ineficaz que gira en torno al principio de estabilidad en sentido estricto radica en la justicia

¹²⁴ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia 080-13-SEP-CC”, en caso VIH, Registro Oficial, Suplemento 136, 3 de diciembre de 2013.

¹²⁵ Ecuador Tribunal Constitucional, “Resolución 73”, Registro Oficial, Suplemento 334, 28 de mayo de 2001.

¹²⁶ Ecuador Corte Constitucional, “Resolución 129”, Registro Oficial, Suplemento 743, 11 de julio de 2012.

constitucional, en particular en la sentencia del caso del portador de VIH, por lo que sus fundamentos son básicos para entender el alcance constitucional de la institución legal.

La estabilidad laboral en sentido estricto es un principio introducido por el caso del portador de VIH, por la particularidad del caso exclusivamente para esta categoría de sospecha sin embargo de manera implícita la Corte reconoce que todos los grupos de vulnerables o tradicionalmente discriminados que son los reconocidos en tratados internacionales de derechos humanos y en el artículo 11 numeral 2 son sujetos de esta protección especial, o como lo ha llamado la Corte *estabilidad laboral reforzada*. También es preciso señalar que la sentencia se dio en el contexto de una relación “laboral” Estado-ciudadano, es decir en el régimen del servicio público, sin embargo, la actual Ley de justicia laboral contempla la figura para las relaciones laborales entre privados.

De acuerdo a lo dicho por la Corte Constitucional (la Corte) uno de los primeros deberes del juzgador a la hora de conocer este tipo de causas es indagar sobre los factores de vulnerabilidad del accionante y tutelar los derechos de una persona condición de debilidad manifiesta.¹²⁷ Si se tratase del despido de una trabajadora embarazada o reciente madre, la primera tarea del juez es determinar en qué condiciones se dieron los presuntos actos discriminadores, es decir debe determinar si el demandado conocía de la situación de gravidez, o si existen condiciones adicionales de vulnerabilidad. Para dar respuesta a estas interrogantes el juez debe tomar un rol activo dentro del proceso, sin perder la imparcialidad como está previsto en el artículo 130 numeral 10 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) que establece como facultad jurisdiccional de los jueces “Ordenar de oficio, con las salvedades señaladas en la ley, la práctica de las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la verdad”.¹²⁸

En el caso de los procedimientos de despido ineficaz es de suma importancia el entender que la verdad a desentrañar es el material no la meramente formal, pues si bien es un procedimiento ordinario, su contenido es de una evidente relevancia constitucional, como ha dicho la Corte la discriminación es un tema de relevancia constitucional,¹²⁹ por lo que el juez debe utilizar todos los medios necesarios para determinar si se trata de un acto discriminatorio o una diferenciación legítima.

¹²⁷ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia 080-13-SEP-CC”.

¹²⁸ Ecuador Función Judicial, *Código Orgánico de la Función Judicial*, Registro Oficial, Suplemento 544, 09 de marzo de 2009.

¹²⁹ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia 080-13-SEP-CC”.

Volviendo a la sentencia del caso del portador de VIH, la Corte constitucional ecuatoriana hace referencia al avance en materia de derechos laborales de este grupo de personas, considerándolos dentro de una categoría de protección especial, que requiere de una protección reforzada, al respecto de manera literal menciona:

La Corte señala como un avance en materia de derechos laborales respecto de los derechos de personas portadoras de VIH y las personas enfermas de SIDA, estas no gozan de un simple estatus de estabilidad laboral aplicable a todas las relaciones laborales, sino que gozan de un principio de estabilidad laboral ~ reforzada, merecedoras de una especial protección dada la fuerte carga discriminatoria que socialmente han tenido que soportar en sus relaciones de trabajo.¹³⁰

Si bien la sentencia se refiere al caso concreto de las personas que padecen VIH, no es menos cierto que las categorías sospechosas expresas son de igual preponderancia, por ende, debe entenderse que sin importar la categoría sospechosa (raza, etnia, orientación sexual, etcétera) la respuesta judicial debe ser la misma, es decir, una protección reforzada. Esto incluye a la mujer embarazada o reciente madre, cuya categoría fue reconocida a nivel legal con un procedimiento judicial específico e incluyendo la figura del reintegro como expresión de la estabilidad reforzada.

En cuanto a la naturaleza del reintegro, en el caso del portador de VIH la sentencia en su parte resolutive ordena: “Disponer que el Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del cantón Samborondón [...] de manera inmediata restituya a su puesto de trabajo al señor NN [...]”,¹³¹ considerando esta medida como parte de la reparación integral. Considerando las normas del bloque de constitucionalidad referente a la reparación integral, la Convención Belém Do Pará es clara al establecer la necesidad de asegurar a la mujer objeto de violencia, acceso efectivo al resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces.¹³² La Ley de Justicia Laboral mediante la figura del reintegro apunta justamente hacia eso reparación o compensación justa y eficaz mediante la restitución del derecho.

De esta manera el desarrollo del principio de igualdad plasmado en la Ley de Justicia Laboral fue la superación de la figura civil de la indemnización por despido por una figura de estabilidad en estricto sentido que realmente tutela el derecho a la igualdad. Pues es un error pensar que una indemnización puede compensar una afectación tan grave a la dignidad humana, pues tienen un débil impacto en las costumbres discriminadores

¹³⁰ *Ibíd.*

¹³¹ *Ibíd.*

¹³² Convención Belém Do Pará, art. 7 lit. g.

que se perpetúan en las relaciones laborales. Más aun cuando el empleador considera la indemnización como un impuesto ocasional a fin de actuar como le plazca. La estabilidad reforzada persigue una finalidad más profunda, jurídica y socialmente más relevante que es cambiar las costumbres sociales para conseguir una igualdad verdadera, no una simple remienda que no dignifica, sino que todo lo contrario.¹³³

8.5. Irradiación y matices de la carga probatoria

En al ámbito internacional, existen dos formas de distribuir la carga probatoria en materia laboral, una clásica de orden civil y una invertida. La primera consiste en la capacidad de los órganos jurisdiccionales para decidir acerca de las causas invocadas para justificar la terminación habida cuenta de las pruebas aportadas por las partes y de conformidad con los procedimientos establecidos por la legislación y la práctica nacionales”.¹³⁴ Las prácticas nacionales en el caso ecuatoriano apuntan a una visión clásica de derecho civil que imponen al demandante demostrar su pretensión. Pues pese a las muchas modificaciones que ha sufrido el ordenamiento laboral, la carga de la prueba es el elemento que menos variaciones ha sufrido, desde su separación del derecho civil.¹³⁵

La segunda forma de distribuir la carga probatoria establece que “incumbirá al empleador la carga de la prueba de la existencia de una causa justificada para la terminación”¹³⁶ de la relación laboral. Para entender el fundamento de esta categoría es necesario destacar los siguientes elementos: (a) que la “efectividad judicial de cualquier derecho es una cuestión íntimamente relacionada con su prueba”;¹³⁷ (b) probar un comportamiento discriminatorio resulta “siempre complicado y en ocasiones casi imposible”;¹³⁸ (c) el empleador suele tener una proximidad y dominio con las fuentes de la prueba¹³⁹ y finalmente (d) la igualdad actúa como mecanismo “compensador e igualador de las desigualdades”¹⁴⁰ propias de las relación obrero patronal.

¹³³ Jean-Michel Servais, *Derecho Internacional del Trabajo* (Buenos Aires: Heliasta, 2011), 156.

¹³⁴ OIT, “Convenio 158”, art. 9, num. 2, lit. b.

¹³⁵ Elisa Lanas Medina, “La prueba en demandas laborales por discriminación”, *Foro: Revista de Derecho* 14 (2010): 77.

¹³⁶ OIT, “Convenio 158”, art. 9, num. 2, lit. a.

¹³⁷ Lanas, *La prueba en demandas laborales...*, 82.

¹³⁸ *Ibíd.*, 70.

¹³⁹ *Ibíd.*, 84.

¹⁴⁰ *Ibíd.*, 76.

También podría decirse que existe una tercera forma ecléctica de distribuir la carga probatoria, esta consiste en la reconocer que el “aligeramiento de la carga de la prueba para el demandante en casos de discriminación no puede conducir a defender una generalización de la inversión de la carga de la prueba en beneficio del trabajador, ni eximirle o exonerarle de toda carga probatoria”.¹⁴¹ En función de esto el trabajador debe aportar indicios de que el despido fue en razón de una categoría discriminatoria.¹⁴²

En el caso VIH, la Corte ecuatoriana adopta claramente la distribución invertida de la prueba, pues la sola “presencia” de la categoría sospechosa portador de VIH, hace presumir el acto discriminatorio, presunción que debe ser destruida por el demandado objeto de la presunción. Considerando que el demandado es el Estado y este es *objetivamente responsable* respecto a sus actos y teniendo a su favor todo el poder y aparato estatal, es lógico pensar que una medida de distribución probatoria a favor del ciudadano sea el traslado de la totalidad de la prueba al Estado, más aún si existe una categoría sospechosa de por medio. Esta inversión probatoria también es contemplada por la LOGJCC, que establece:

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.¹⁴³

En el caso de entidades públicas demandadas por discriminación mediante una garantía constitucional serán siempre responsables de desacreditar las pretensiones del actor, caso contrario se entenderán como ciertas, lo que demuestra una clara inversión probatoria. En el caso de particulares demandados mediante una garantía jurisdiccional, estos son mediante una acción de protección, la inversión probatoria solo se dará en casos de discriminación.

En vista de lo expuesto, hasta el momento se podría señalar que la cultura jurídica ecuatoriana apunta a una visión clásica de la carga probatoria, por lo que recae en el demandante. En materia laboral el empleador suele tener acceso a la prueba en desmedro del trabajador, lo cual compele al principio de igualdad generar una distribución de la carga probatoria, en tanto que la inversión probatoria es necesaria en el caso de que el

¹⁴¹ Ibid., 85.

¹⁴² Ibid.

¹⁴³ Ecuador, LOGJCC, art. 16.

demandado sea el Estado mediante una garantía constitucional, en virtud de la diferencia de poderes ciudadano/Estado como sucede en el caso empleador/trabajador; inclusive en materia de garantías constitucionales se prevé una inversión probatoria incluso contra particulares cuando el caso sea referente a discriminación.

Si bien en un primer momento es evidente que la inversión probatoria es adecuada, incluso necesaria para las relaciones Estado/ciudadano, cabe analizar que sucede en las relaciones laborales entre particulares. La visión clásica simplemente no es procedente en relaciones laborales, pues conllevaría invisibilizar la relación jerárquica obrero-patrono, pues esta visión asume la premisa civil de igualdad de poderes entre las partes. La visión electiva por su parte parece promover una distribución equitativa de cargas probatorias, a lo que cabe preguntarse si realmente esta distribución es suficiente para equilibrar las relaciones de poder. En este orden de ideas se deben considerar ciertas especificidades en cuanto la mujer trabajadora embarazada, manifiestas en la palpable intención de protección que les brinda la CRE en enunciados como los siguientes:

- Las mujeres son un grupo de atención prioritaria¹⁴⁴
- La discriminación en razón del sexo es una categoría sospechosa expresa¹⁴⁵
- Es deber del Estado garantizar la no discriminación de la mujer por su embarazo en los ámbitos educativo, social y laboral¹⁴⁶
- Es deber del Estado prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres¹⁴⁷
- La discriminación a la mujer embarazada es un acto de violencia contra la mujer, el que está por nacer y contra la familia como concepto.
- Es deber del Estado tomar todas las medidas para eliminar las desigualdades¹⁴⁸
- El despido de la mujer trabajadora asociado a su condición de gestación y maternidad, así como la discriminación vinculada con los roles reproductivos, está prohibida¹⁴⁹

¹⁴⁴ Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, art. 35.

¹⁴⁵ *Ibíd.*, art. 11, num. 2.

¹⁴⁶ *Ibíd.*, art. 43

¹⁴⁷ *Ibíd.*, art. 66, num. 3, lit b.

¹⁴⁸ *Ibíd.*, art. 331.

¹⁴⁹ *Ibíd.*, art. 332.

Por su parte la Corte en el caso del portador de VIH, consideró que la sola presencia de categorías sospechosas hace presumir una diferenciación arbitraria, a su vez agrega que para que dicha diferenciación pueda ser considerada legítima, debe ser fuertemente sustentada por el demandado a través de una justificación razonable.¹⁵⁰

Por otro lado en el mencionado caso también se hace referencia a la discriminación directa e indirecta utilizando exactamente el mismo contenido de la Observación General 20 del Comité DESC, a lo cual añade que el juez debe ser especialmente incrédulo al momento de conocer un caso de discriminación indirecta, es decir, debe imponer una carga argumentativa sobre el demandado aún más fuerte que si se tratase de una discriminación directa.¹⁵¹ Así el caso del accionante se presentó como si hubiera sido despedido por desempeño deficiente de su trabajo, cuando en realidad la causa fue su estado de salud.

Considerando esto, además que el caso del portador de VIH se da en el contexto de una institución estatal demandada, que las cargas probatorias varían sustancialmente entre Estado y ciudadano, además que el principio de inocencia se toma real relevancia en el caso del particular, dada la posibilidad de la existencia de diferenciaciones legítimas y la debida proporcionalidad que debe haber en la distribución de cargas probatorias, la visión electica es la más idónea para el caso de discriminación en temas laborales pues aun cuando se trate de una relación jerarquizada continúan siendo una relación ciudadano/ciudadano.

8.6. Irradiación y matices en la diferenciación ilegítima y legítima

Al igual que la doctrina internacional, la Corte Constitucional consideró pertinente el establecer el alcance del principio de igualdad con el fin de diferenciar lo que es una distinción legítima de una ilegítima, no solo con el fin de determinar qué casos son y no son discriminatorios, sino que además esta profundización dota de sentido y peso jurídico a la institución de la igualdad y por ende a las decisiones derivadas de ella. Al respecto la Corte señaló:

El principio de igualdad se concreta entonces en cuatro mandatos: a) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentran en situaciones idénticas; b) un mandato de trato

¹⁵⁰ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia 080-13-SEP-CC”.

¹⁵¹ Ibíd.

enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún aspecto en común; c) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas circunstancias presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes son más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia); d) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentran también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias son más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud).¹⁵²

Además de la incredulidad que debe tener el juez al considerar una justificación en casos de discriminación indirecta como la planteada en el caso, como es el despido por mal desempeño en el trabajo. La Corte agrega que no es posible considerar como justificativo razonable la disminución del desempeño laboral pues es lógico pensar que el deterioro de la salud provocado por el VIH repercute necesariamente en el desempeño de la actividad laboral.

En el caso de la trabajadora reciente madre, tiene derecho a interrumpir sus labores para la lactancia de su hijo, inclusive a una jornada reducida de trabajo¹⁵³ lo cual evidentemente mermara su desempeño laboral, no por esto puede considerarse como causal de visto bueno por *ineptitud manifiesta*¹⁵⁴ o reducción en el desempeño de sus funciones, inclusive en cuanto a la causal por faltas repetidas al trabajo, si estas están justificadas en razón de las labores propias de la maternidad. Al respecto la Corte constitucional en el caso del portador de VIH señaló que “en tal caso, el empleador deberá proceder a reubicar a su trabajador con la finalidad de que pueda desempeñar su trabajo en condiciones aceptables para las partes”.¹⁵⁵

En cuanto al concepto de igualdad citado por la Corte Constitucional, este caso encajaría perfectamente en “d) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentran también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias son más relevantes que las similitudes”. En una situación común, el empleador podría dar por terminada (vía visto bueno) la relación laboral con el trabajador que no desempeña sus funciones de manera adecuada (causal de ineptitud manifiesta), sin embargo en el caso de la trabajadora embarazada o reciente madre, se le obliga a reconocer a esta situación como un hecho determinante para un trato diferenciado, pues no es razonable el pedir el mismo desempeño a un trabajador que a una trabajadora

¹⁵² Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia 080-13-SEP-CC”.

¹⁵³ OIT, Convenio 183, art. 10.

¹⁵⁴ Ecuador, *Código del Trabajo*, Registro Oficial, Suplemento 167, 20 de abril de 2015.

¹⁵⁵ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia 080-13-SEP-CC”.

embarazada o reciente madre, pues tiene una obligación prioritaria que es el desarrollo normal de su maternidad por su bien y por el del que esta por o acaba de nacer.

En este caso el empleador está obligado a dar un trato diferenciado pues si bien a la trabajadora embarazada o reciente madre, y si bien comparte de manera general condiciones similares a sus compañeros pues son todos trabajadores, la situación de embarazo constituye abiertamente una diferencia más relevante que las similitudes, en virtud de esto el empleador se ve obligado a omitir la configuración de la causal de visto de bueno mencionada.

Una de las consideraciones implícitas dentro del caso del portador de VIH, es la aceptación de la discriminación inversa como justificativo razonable de un trato diferenciado, es decir, la inversión del status excluyente de una categoría sospechosa a una categoría privilegiada, lo que en palabras de Ferrajolli es “la diferenciación jurídica de la diferencia que se expresa en la valorización de algunas identidades y en la desvalorización de otras, y, por tanto, en la jerarquización de las diferentes identidades”.¹⁵⁶ En este caso la valorización de caracteres que son tradicionalmente considerados como negativos, mediante privilegios.

De acuerdo a instrumentos internacionales de derechos humanos como el convenio 183 de la OIT no puede obligarse a una mujer embarazada o lactante a realizar trabajos perjudiciales para ella o su hijo.¹⁵⁷ En particular el empleador está obligado a la adaptación de las condiciones de trabajo o el traslado a otro puesto, sin pérdida de salario, cuando dicha adaptación no sea posible.¹⁵⁸

Dichas medidas deben ser consideradas particularmente cuando se trate de las siguientes situaciones: a) un todo trabajo que obligue a levantar, cargar, empujar o tirar de cargas manualmente; b) un trabajo que exponga a la mujer a agentes biológicos, químicos o físicos que puedan ser peligrosos para sus funciones reproductivas; c) un trabajo que exija particularmente un sentido del equilibrio; d) un trabajo que requiera un esfuerzo físico por exigir que la mujer permanezca sentada o de pie durante largos períodos o por exponerla a temperaturas extremas o a vibraciones.¹⁵⁹

Si el empleador demuestra que el trabajo realizado por la trabajadora antes del cambio de funciones, se encasilla en estas razones objetivas, no puede considerarse como

¹⁵⁶ Ferrajoli, *Derechos y garantías*, 74.

¹⁵⁷ OIT, Convenio 183, art. 3.

¹⁵⁸ OIT, Recomendación 191, 15 de junio de 2000, párr. 6.

¹⁵⁹ *Ibíd.*

causal de visto bueno, pues son medidas de discriminación inversa y obligatoria que debe tomar el empleador para la protección de su maternidad mediante un trato diferenciado al valorizar la maternidad sobre cuestiones como la imposibilidad de exigir el desempeño de una actividad no convenida (causal de visto bueno). En palabras de Carlos Gaviria hay razones suficientes para ordenar un trato desigual,¹⁶⁰ pues se trata una medida con fines legítimos y compatibles con la naturaleza de los derechos recogidos en los pactos internacionales de derechos humanos, y el único fin es promover el bienestar de la trabajadora.

¹⁶⁰ Carlos Gaviria Díaz, *Sentencias: Herejías constitucionales* (Bogotá: Fondo de Cultura Económico, 2002), 65.

Capítulo segundo

Inconsistencias y consideraciones para una correcta aplicación del principio de igualdad en la Ley de Justicia Laboral

Si bien la Ley de justicia Laboral contempla un sin número de aciertos, principalmente en la superación de la estabilidad laboral débil por una en estricto sentido. También olvidó cuestiones sustanciales a la hora de la tutela de la igualdad y no discriminación. El primer olvido fue la incorporación de todas las categorías sospechosas como objeto de tutela en la acción por despido ineficaz, inclusive cuando la Corte Constitucional en el caso VIH ya estableció que las personas portadoras de esta enfermedad son objeto de una protección especial mediante la estabilidad reforzada. Sin embargo, ni siquiera dicha categoría fue incluida. Por otro lado abre 3 vías procesales para tutelar el mismo bien jurídico, acción de protección, acción laboral y acción por despido ineficaz.

1. Exclusión de categorías sospechosas

Cuando el Sistema Internacional de Derechos Humanos reconoció a al principio de igualdad y no discriminación como parte del *ius cogens*, lo hizo con la intención de que se reconociera a todo el bien jurídico, no solo partes de él. A esto se suman normas como la Observación General 18 del Comité de Derechos Humanos que compelen a incluir todas las categorías sospechosas, en este sentido la Observación establece:

Tanto en el párrafo 1 del artículo 2 como en el artículo 26 se enumeran motivos de discriminación tales como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social. El Comité ha observado que en algunas constituciones y leyes no se señalan *todos* los motivos por los que se prohíbe la discriminación, en la forma en que se enumeran en el párrafo 1 del artículo 2. Por lo tanto, el Comité desearía recibir información de los Estados Partes en cuanto al significado que revisten esas omisiones (énfasis añadido).¹⁶¹

En vista de las circunstancias, cabe reflexionar sobre los motivos para omitir las demás categorías sospechosas y si el reconocimiento expreso de una específica significa

¹⁶¹ Comité DH, Observación General 18, párr. 11.

otorgarle mayor relevancia frente otras. En este punto del desarrollo de la historia es muy difícil defender la idea de un padecimiento superior o menor de un grupo social excluido con respecto a otro, tampoco reviste de relevancia jurídica el discutir que grupo ha sido más excluido que otro, como si se tratase de una carrera por demostrar quien ha sufrido más.

Las categorías sospechosas están reconocidas en tratados internacionales, en las constituciones e incluso en las leyes, como en el caso chileno, por ser construcciones históricas, por tener un pasado y una historia de sistemática discriminación. Para demostrar esto, a continuación, se darán pequeños pero demostrativos ejemplos de la relevancia histórica de cada una de las categorías sospechosas.

La raza fue el fundamento del nacional socialismo que situaba “al factor racial como elemento clave en el diagnóstico de las causas del deterioro humano que aportaba la modernidad”.¹⁶² Fue uno de los peores momentos para la igualdad en el mundo moderno, pues configuró a seres humanos de primera y segunda categorías o gobernadores y gobernados en función de la raza. Cuestión que llevo al genocidio de al menos 6 millones de judíos netamente por la cuestión racial y entre 55 y 60 millones de seres humanos fallecidos en total por la segunda guerra mundial.

El color, se refiere básicamente a la distinción entre el hombre blanco y negro (sin considerar la distinción con el asiático), esta distinción ha llevado a la exclusión del pueblo negro por considerársele tribal, en algunas épocas de la historia incluso carente de alma, fue víctima de esclavitud y hasta la modernidad de una fuerte exclusión social.

El sexo, como categoría sospechosa más antigua, podría decirse, pues está presente desde el inicio de la vida humana, hombre y mujer siempre han compartido espacios sociales y por ende siempre ha existido la pugna entre ambos. Aunque fue plausible la imposición de lo masculino sobre lo femenino, el hito del sufragio femenino comenzó un proceso de emancipación que aun en nuestros días está en desarrollo. El sexo también se vincula a categorías creadas en la modernidad como la de género y la orientación sexual, en respuesta a situaciones tan odiosas como la homofobia moderna que en el caso chileno llevo a la muerte del joven homosexual Daniel Zamudio y como respuesta a aquello fue promulgada la ley 20609 o también conocida como ley Zamudio.

¹⁶² Alejandro Andreassi Cieri, *Algunos antecedentes del genocidio nazi: Apuntes para una genealogía del pensamiento biopolítico en la Alemania guillermiana* (Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona, 2010), 20, <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:UeRhGYqS0EoJ:www.rebellion.org/docs/139742.pdf+&cd=2&hl=es&ct=clnk>.

Retornando a la cuestión de la omisión legal, cabe destacar que la exclusión es expresa, primero considerando que la Comisión Especializada Permanente de los Derechos de los Trabajadores y la Seguridad Social determinó que la figura del despido ineficaz solo era aplicable a la mujer embarazada y reciente madre y los dirigentes sindicales (categorías privilegiadas). Además de esto la misma Ley de Justicia Laboral establece la exclusión al expresar:

En cualquier caso, de despido por discriminación, sea por afectar al trabajador debido a su condición de adulto mayor u orientación sexual, entre otros casos, fuera de los previstos para la ineficacia del despido, el trabajador tendrá derecho a la indemnización adicional a que se refiere este artículo, sin que le sea aplicable el derecho al reintegro.¹⁶³

Este artículo expresa la clara exclusión de las demás categorías sospechosas del procedimiento de despido ineficaz en coherencia con el artículo 195.1 del Código de Trabajo y por lo tanto también se las excluye de la estabilidad laboral reforzada o en estricto sentido. Sin olvidar lo anterior, también se generan otras consecuencias jurídicas producto de la exclusión de las demás categorías. En primer lugar, se crea un paralelismo jurisdiccional injustificado y en segundo se genera una variación en cuanto a la tutela del derecho igualdad y su reparación, así como una suerte de discriminación entre las mismas categorías al considerar unas más importantes que otras.

2. Paralelismo jurisdiccional: Acción laboral general, acción por despido ineficaz y acción de protección

La ley de Justicia Laboral al diseccionar la tutela de la igualdad y no discriminación, permitiendo su procedencia solo en dos casos específicos, abrió la puerta a tres formas de tutelar el bien jurídico, una por vía constitucional mediante la acción de protección y otra vía ordinaria mediante la acción de despido ineficaz y la acción laboral general. Por tanto, de ser discriminado un trabajador en función de ser dirigente sindical o estar embarazada o por sus labores de madre, debe acudir al juez ordinario; de ser el caso de que el trabajador sea discriminado en razón de la raza, étnica, género, sexo, edad, condición socio económica y demás circunstancias (categorías ordinarias) descritas en el artículo 11 de la Constitución ecuatoriana y en los tratados internacionales de derechos

¹⁶³ Ecuador, *Código de Trabajo*, art. 195.3.

humanos e instrumentos interpretativos, deberá acudir al juez constitucional o al juez ordinario mediante una acción laboral general.

Esto en vista de lo establecido por el artículo 195.3 del CT se abre la posibilidad de recibir una indemnización adicional al ser discriminado por las otras categorías sospechosas ordinarias. Esta diferenciación tiene tres implicancias directamente relacionadas con la tutela judicial efectiva.

1. Se niega a las categorías ordinarias el acceso al derecho a la estabilidad laboral reforzada, lo cual transforma a la dicha estabilidad como una prebenda exclusiva de las categorías privilegiadas. Producto de la estabilidad débil de la que son objeto, se ven en la necesidad de acudir al procedimiento laboral general para conseguir una indemnización por la discriminación;

2. En el procedimiento judicial ordinario no se tutela la bien jurídica igualdad directamente, sino que los derechos laborales en general, contrario a lo que sucede en la acción por despido ineficaz donde la tutela de la igualdad es directa y eficaz. Por lo que se condena a las categorías ordinarias a una visión civilista en la tutela de su derecho de igualdad;

3. Si una persona perteneciente a una categoría ordinaria desea ver su igualdad tutelada debe acudir a la acción de protección, cuya naturaleza excepcional y subsidiaria hace más pernicioso el acceso a la justicia en comparación a una acción por despido ineficaz, pues si bien puede acceder a la acción de protección que es una acción constitucional de tutela directa y eficaz de los derechos constitucionales, en la práctica ha resultado ser todo menos aquello. De acuerdo a los estudios de los profesores Marco Navas y Claudia Storini que abarcaron un universo de 1.926 sentencias de las cuales el 58% eran relativas a derechos del trabajo y *estabilidad laboral* un 55,8% fueron inadmitidas y 10,5% fueron denegadas.¹⁶⁴ Datos como estos evidentemente ponen en duda la efectividad del derecho a acceder a una tutela judicial efectiva por medio de la acción de protección.

Considerando estos datos y el acceso a una tutela judicial efectiva, resulta por decirlo menos injusto, que las categorías ordinarias tengan un 44,2% de posibilidades de ver su bien jurídica igualdad tutelado, mientras que las categorías privilegiadas tienen mayor posibilidad de tutela¹⁶⁵ en la acción por despido ineficaz. Si bien el panorama en

¹⁶⁴ Storini y Navas Alvear, *La acción de protección en Ecuador*, 82-3.

¹⁶⁵ Este 100% de posibilidad de tutela se refiere al acceso a un procedimiento que garantice todos los elementos de la tutela judicial efectiva como el acceso a la justicia, observancia del debido proceso y

lo referente a la admisión de la acción de protección puede variar a partir de la expedición de la sentencia 0380-10-EP de la Corte Constitucional ecuatoriana.¹⁶⁶

Otro elemento a considerar es la mayor carga que representa el acceso a la acción de protección en comparación al despido ineficaz. Además de los datos estadísticos señalados, debe considerarse que la acción de protección es un mecanismo jurisdiccional excepcional y subsidiario a diferencia de la acción de despido ineficaz que es un medio ordinario.

La excepcionalidad de la acción de protección obliga al accionante a demostrar que el caso es de relevancia constitucional y no de mera legalidad, cuestión que no sido desarrollada por la Corte Constitucional, por lo que queda a discrecionalidad del juez. Mientras que la subsidiariedad obliga al demandado demostrar que no existe otra vía idónea para tutelar el derecho o que “no existe la posibilidad real de acceder a una tutela judicial efectiva, imparcial y expedita en la vía ordinaria”,¹⁶⁷ en este caso se corre el serio riesgo de que el juez considere que la vía idónea sea la acción laboral general que a su vez contempla la indemnización contenido en el artículo 195.3 de la Ley de Justicia Laboral, sin embargo como se ha dicho antes esta acción no es la adecuada para tutelar el bien jurídico igualdad, además condena al accionante a someterse a una visión caduca de estabilidad laboral.

Por lo que se refiere a la sustantividad del procedimiento tanto la naturaleza como alcances en la protección de los procedimientos constitucional y ordinario esto es la acción laboral general y despido ineficaz son diferentes, lo cual agudiza aún más el problema. Mientras que la acción por despido ineficaz es de naturaleza legal, la acción de protección es constitucional. En vista de esto los procedimientos también difieren aun cuando por el proceso de irradiación son similares.

Ambos procedimientos buscan celeridad; contemplan medidas cautelares, aunque cabe resaltar que las medidas cautelares en la acción de protección son más amplias, pues

una sentencia motivada. En ningún momento busca referirse a conseguir una sentencia favorable en todos los casos.

¹⁶⁶ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia 102-13-SEP-CC”, Registro Oficial, Suplemento 161, 14 de enero de 2014. Con la finalidad de garantizar la tutela judicial efectiva, esta sentencia varió el momento procesal en el que se declara inadmisibile o improcedente la acción de protección, por lo que todas las causales de inadmisión e improcedencia así como la verificación de los requisitos deben ser declarados en sentencia, a excepción de las causales de improcedencia del artículo 42 de la LOGJCC num.es 6 y 7 referentes a cuando la acción de protección se interpone en contra de actos del consejo nacional electoral y cuando se trate de providencial judiciales, estos dos casos deben ser resueltos mediante auto de admisión.

¹⁶⁷ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia 0016-13-SEP-CC”, Registro Oficial, Suplemento 9, 6 de junio de 2013.

en el despido ineficaz solo se contemplan medidas para garantizar el reintegro. También es similar el proceso en cuanto es de audiencia única y se dicta oralmente sentencia en la misma audiencia.

A pesar de esto existen diferencias sustanciales en el procedimiento, una primera diferencia es la informalidad propia de las garantías jurisdiccionales, ausente en la acción por despido ineficaz. El trámite de la acción de protección, contempla como principio rector la informalidad condicionada que en principio obliga al juez a adecuar las formalidades previstas en el sistema jurídico para lograr los fines de los procesos constitucionales. Una primera consecuencia de aquello es la imposibilidad de sacrificar la justicia constitucional por la mera omisión de formalidades.¹⁶⁸

Si bien este principio también está consagrado para todos los procedimientos judiciales de acuerdo al artículo 169 de la CRE, la visión formalista no ha sido superada por los jueces ordinarios, quienes por el contrario aprovechan la primera omisión de formalidades para denegar un acto procesal, pues estructuralmente existe la pugna del formalismo propio de la justicia ordinaria y los principios constitucionales que débilmente la irradian mediante disposiciones como es el caso del artículo 169 de la Constitución. En virtud de lo expuesto el actor en la acción de protección ve la carga procesal disminuida en vista de que no debe ceñirse a las estrictas formalidades del sistema jurídico, llegando incluso al punto de no requerir la asistencia de un abogado.

Como consecuencia de esta informalidad, el rol del juez se ve modificado, ya no solo puede limitarse a dirigir el proceso sino que además debe ser protagonista de él, “avocado [sic, abogado] al activismo judicial en miras a precautelar los derechos constitucionales, cumpliendo un rol proactivo durante la sustanciación de las garantías jurisdiccionales de los derechos, comprometido en alcanzar una verdadera justicia, tomando el ordenamiento jurídico y la realidad social como su fundamento”.¹⁶⁹ En cumplimiento de este rol, el juez constitucional debe propender al actuar oficioso tanto en la convalidación de formalidades como en la búsqueda de la verdad material del caso, incluso mediante actuación que tradicionalmente se considerarían como atentatorias a la imparcialidad como el deber de hacer las preguntas que crea necesarias para resolver el caso¹⁷⁰ y la solicitud de pruebas de oficio, pues se busca una respuesta *justa*, más que

¹⁶⁸ Ecuador, *LOGJCC*, art. 4, num. 7.

¹⁶⁹ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia 102-13-SEP-CC”.

¹⁷⁰ Ecuador, *LOGJCC*, art. 14.

jurídicamente correcta como sería en el caso del procedimiento ordinario, cuestión evidenciada en la naturaleza excepcional de la prueba de oficio.¹⁷¹

Finalmente, otro principio íntimamente relacionado con el de formalidad condicionada, es el *iura novit curia* o “el juez conoce el Derecho”, como consecuencia el “juez podrá aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso constitucional”,¹⁷² por lo tanto, resolver en función de esa norma no invocada pero requerida para la tutela del bien jurídico objeto de la garantía constitucional, incluso podría incluso, modificar el bien jurídico en cuestión. Lo contrario sucede en los procedimientos ordinarios donde el juez debe corregir las omisiones o errores de derecho sin que ello implique otorgar mayores o diferentes derechos a los contenidos en la demanda, ni podrá fundar su decisión en hechos distintos a los allegados.¹⁷³

Finalmente, todo procedimiento finaliza con una sentencia motivada, sin embargo, la diferencia de los procedimientos también afecta el contenido y alcance de sus sentencias. Particularmente se torna este asunto en lo respectivo a la reparación integral. La convención Belém Do Pará hace un fuerte énfasis en la finalidad de modificar los patrones sociales que reproducen la discriminación. Si bien la acción por despido ineficaz contempla el reintegro como forma de restitución del derecho, sin embargo la reparación integral no es solo restitución, también es indemnización, consideraciones respecto al proyecto de vida, la satisfacción y las garantías de no-repetición.¹⁷⁴ En este escenario solo el juez constitucional puede ordenar la reparación integral que permitiría la modificación de patrones estereotipados y discriminatorios, por ejemplo mediante la obligación de disculpas públicas.

En función de lo expuesto y a modo de resumen, las diferencias entre los diferentes procedimientos donde se discute sobre igualdad y no discriminación, son evidentes y se sintetizan en el siguiente cuadro:

¹⁷¹ Ecuador, COGEP, Registro Oficial, Suplemento 506, 22 de mayo de 2015, art. 168.

¹⁷² Ecuador, LOGJCC, art. 4, num. 13.

¹⁷³ Ecuador, COGEP, art. 91.

¹⁷⁴ Andrés Javier Rousset Siri, “El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Internacional de Derechos Humanos* 1 (2011): 66.

Tabla 2

Esquema comparativo entre las vías judiciales para tutelar el derecho de la trabajadora embarazada

	Acción laboral general	Acción por despido ineficaz	Acción de protección
Accesibilidad	Cierta	Cierta	Incierta
Celeridad	Normal	Expedita	Expedita
Tipo de tutela de la igualdad	Indirecta	Directa	Directa
Reparación integral	Indemnizac ión	Indemnizac ión o reintegro	Indemnizaci ón, restitución, reparación material, inmaterial, no repetición y demás (artículo 18 LOGJCC)
Formal/infor mal	Formal	Formal	Informal
Medidas cautelares	No	Si	Si
Iura novit curia	Depende del criterio del juez	Depende del criterio del juez	Si
Carga probatoria	Depende del criterio del juez	Depende del criterio del juez	Demandado

Elaboración propia

3. La experiencia chilena como solución a los primeros problemas

A partir del año 2006 la legislación laboral chilena ha avanzado a lo que hemos llamado una constitucionalización del derecho laboral a través de la conexión de derechos constitucionales que no son propios o inseparables de la calidad de trabajador como lo son la discriminación y el acoso sexual. Así el Código del Trabajo chileno comienza por su artículo 2 mencionando “Reconócese la función social que cumple el trabajo y la libertad de las personas para contratar y dedicar su esfuerzo a la labor lícita que elijan”¹⁷⁵ términos como la función social del trabajo ya son familiares para el derecho constitucional ecuatoriano. Luego el mismo artículo continúa:

Los actos de discriminación son las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional, situación socioeconómica, idioma, creencias, participación en organizaciones gremiales, orientación sexual, identidad de género, filiación, apariencia personal, enfermedad o discapacidad u origen social, que tengan por objeto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.¹⁷⁶

La construcción del artículo fue en base a las observaciones generales y otros instrumentos de derechos humanos ya analizados, sin embargo, se destaca que se trata de una cláusula cerrada que menciona en principio de manera taxativa las categorías sospechosas a ser protegidas. En cuanto a lo sustantivo este artículo de la ley chilena laboral constituye el primer nexo entre lo constitucional y lo laboral. Luego el artículo 485 confirma este vínculo y fija un procedimiento especial de Tutela Laboral que establece:

El procedimiento contenido en este Párrafo se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores, entendiéndose por éstos los consagrados en la Constitución Política de la República en su artículo 19, números 1°, inciso primero, siempre que su vulneración sea consecuencia directa de actos ocurridos en la relación laboral, 4°, 5°, en lo relativo a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, 6°, inciso primero, 12°, inciso primero, y 16°, en lo relativo a la libertad de trabajo, al derecho a su libre elección y a lo establecido en su inciso cuarto, cuando aquellos derechos resulten lesionados en el ejercicio de las facultades del empleador. También se aplicará este procedimiento para conocer de los actos discriminatorios a que se refiere el artículo 2° de este Código, con excepción de los contemplados en su inciso sexto.

¹⁷⁵ Chile, *Código del Trabajo*, art. 2.

¹⁷⁶ *Ibíd.*

En definitiva, el derecho chileno, mediante estas disposiciones creó una acción de tutela como se conoce en Colombia o acción de protección en Ecuador, en este caso de carácter ordinario y laboral. Con esto consiguen (a) visibilizar la importancia de los derechos laborales irradiados por el derecho constitucional, (b) diferenciarlos de otros derechos laborales comunes, (c) una tutela especial y preferente¹⁷⁷, (d) un procedimiento más ágil de audiencia única y sentencia inmediata. Incluso reconoce el derecho a reintegro en su artículo 489 al establecer: “... Con todo, cuando el juez declare que el despido es discriminatorio por haber infringido lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 2° de este Código, y además ello sea calificado como grave, mediante resolución fundada, el trabajador podrá optar entre la reincorporación o las indemnizaciones a que se refiere el inciso anterior.” Bajo esta sencilla formula el derecho chileno a conseguido una acción que tutela todas las categorías sospechosas sin excepción y por ende no crea múltiples acciones para tutelar el mismo derecho. Por ejemplo, si en Chile un hombre afrodescendiente es despedido por razón de su color de piel, este recurre a la tutela laboral de igual manera que una mujer despedida por su estado de gravidez. En cambio, si el mismo caso se produjese en Ecuador, el afrodescendiente debería recurrir a la justicia constitucional que es subsidiaria y excepcional y la mujer recurriría a una acción laboral de despido ineficaz que a su vez es ordinaria.

¹⁷⁷ Ibíd., art. 488.

4. Responsabilidad del empleador y deber de comunicación en el caso de negativa al reintegro

La institución del reintegro como se la ha concebido, como una garantía para que la mujer embarazada pueda mantener su trabajo y por ende los ingresos necesarios para afrontar la maternidad con dignidad, frente al despido discriminatorio o injustificado del que puede ser víctima.

Las normas jurídicas relativas a la discriminación son claras, estas amparan tanto la discriminación intencional, como la discriminación por resultado. Esta última se evidencia por ejemplo en la premisa la protección derivada del derecho a una estabilidad laboral reforzada, no depende del conocimiento del embarazo por parte del empleador.¹⁷⁸ Es lógico pensar que, si el empleador no conocía del embarazo, la razón del despido no puede basarse en esa situación, y sin embargo procede la protección reforzada.

La jurisprudencia colombiana de la sentencia SU070/13 matiza el grado de la protección en función del conocimiento o desconocimiento del embarazo por parte del empleador. La Corte colombiana advierte que el despido bajo el conocimiento del embarazo amerita la mayor protección constitucional, y el desconocimiento de tal situación genera una protección más débil. La Corte ecuatoriana en el caso del portador de VIH, también se pronuncia al respecto manifestando “...solo una justificación razonable exime a quienes hayan establecido distinciones, de la responsabilidad de que pueda imputárseles un tratamiento discriminatorio”.¹⁷⁹

En otras palabras, el empleador puede justificar su inocencia del acto discriminatorio que se le imputa, al probar desconocer la situación embarazo, a lo que cabe agregar no afecta el ejercicio del derecho a la estabilidad laboral de la trabajadora. Este razonamiento apunta a la posible responsabilidad que puede traer al empleador el haber tenido una conducta discriminatoria. En este sentido también se pronuncia el magistrado Mauricio González Cuervo mediante su voto salvado dentro de la sentencia SU070/13 de la Corte constitucional colombiana, al mencionar “no es factible imputar al empleador una conducta discriminatoria, como se tratase de una responsabilidad

¹⁷⁸ Colombia Corte Constitucional, “Sentencia SU070/13”, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/SU070-13.htm>.

¹⁷⁹ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia 080-13-SEP-CC”.

objetiva”,¹⁸⁰ recordando que la responsabilidad del ciudadano es subjetiva por lo que primero debe probarse al menos la existencia de culpa o dolo.

Considerando lo mencionado, la Ley de Justicia Laboral, impone un escenario donde claramente es primordial determinar si existió o no responsabilidad del empleador en un hecho discriminatorio. Al respecto la ley establece: “Cuando la persona trabajadora despedida decida, a pesar de la declaratoria de ineficacia del despido, no continuar la relación de trabajo, recibirá la indemnización equivalente al valor de un año de la remuneración que venía percibiendo, además de la general que corresponda por despido intempestivo”.¹⁸¹

Ahora bien ¿Qué sucede si el empleador no conocía del embarazo al momento del despido?, para responder a esta pregunta es necesario recordar dos premisas básicas: (a) el reintegro es una manifestación del derecho a una estabilidad reforzada, tiene por objeto el garantizar a la mujer trabajadora el trabajo que es fuente de ingresos y su dignidad como persona en una situación vulnerable; (b) el conocimiento del embarazo por parte del empleador determina el grado de protección del derecho a la estabilidad reforzada.

Aclarado que la responsabilidad del empleador es subjetiva, en un proceso por despido ineficaz podemos advertir 2 clases de responsabilidad, (a) la responsabilidad por simple hecho del despido sin considerar otros factores, un despido intempestivo común y (b) la responsabilidad que deriva de un despido discriminatorio, ambas responsabilidades derivan en una indemnización propia, lo cual ayuda aún más a distinguirlas. Cuando la trabajadora opta por no reintegrarse con el fin de obtener una indemnización, está implícitamente eligiendo la aplicación de una estabilidad débil que implica la caduca figura de la indemnización como concepto civilista de reparación y por ende renuncia a la protección constitucional y reforzada del reintegro. Si el empleador conocía el estado de gravidez es responsable tanto por el despido común y por el despido discriminatorio, sin embargo, si no tenía conocimiento de ello solo podría ser responsable por un despido común, mal podría hacerse responsable al empleador solo por una decisión del trabajador de no reintegrarse que por demás conlleva una renuncia de derechos, esto agregado a las premisas de González Cuervo y la Corte colombiana, apunta a que no parece proporcional ni razonable, ni sigue las reglas básicas para asignación de responsabilidad el proceder a

¹⁸⁰ Colombia Corte Constitucional, “Sentencia SU070/13”.

¹⁸¹ Ecuador, *Ley de Justicia Laboral*, art. 195.3.

imponer la sanción adicional por no reintegro al empleador que desconocía el estado de gravidez.

En cuanto al deber de la trabajadora de comunicar su estado de embarazo, este se justifica en la protección y condiciones especiales que el empleador debe tomar con sus trabajadoras embarazadas y las consecuencias jurídicas que esta comunicación tendrá a futuro en el ejercicio de sus derechos, particularmente la posibilidad de recibir la indemnización adicional por negativa de reintegro en caso de haber un despido.

La Jurisprudencia de la Corte colombiana ha evolucionado notoriamente. En un primer momento se requería de la notificación formal del estado de embarazo al empleador, como requisito indispensable para ser objeto de la protección basada en la estabilidad reforzada. Mientras que sentencias actuales de la Corte afirman que no es necesaria la comunicación al empleador para acceder a la protección de la estabilidad reforzada. En cuanto a la comunicación, esta no amerita mayor formalidad, puede darse mediante comunicación directa e indirecta, la primera cuando expresamente la trabajadora comunica de su estado de embarazo al empleador, e indirecta cuando tácitamente se comunica al empleador tal estado, como sería el caso de la solicitud de permisos en razón del embarazo; por ser un hecho notorio como los cambios físicos producidos hasta el quinto mes de embarazo; o por noticia de un tercero. Al no ser estas causales taxativas, es deber del juez conocer y determinar si ellas se han configurado y considerar otras formas de comunicación no contempladas por la justicia hasta el momento.

5. Sobre el deber de aportar indicios mínimos por parte del actor

Como se ha mencionado anteriormente en casos de garantías jurisdiccionales y discriminación la carga de la prueba se invierte totalmente hacía el demandado, independientemente de si este último es el estado o un particular, esto significa que este tiene el deber de desacreditar todos los hechos que afirma el actor. En el caso de despido ineficaz el empleador deberá centrar su atención en probar que no se trató de un despido discriminatorio, desconocía el estado de gravidez de su trabajadora y/o que las medidas que originaron la denuncia no son discriminatorias, es decir, causas razonables y objetivas.

La ley laboral chilena establece “Cuando de los antecedentes aportados por la parte denunciante resulten indicios suficientes de que se ha producido la vulneración de derechos fundamentales, corresponderá al denunciado explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.¹⁸² ¿Qué sucede si de los antecedentes no se desprende una vulneración de derechos fundamentales? La única respuesta posible es que no se acepte la demanda, sin embargo, el punto relevante es el deber implícito que se le impone al actor de probar al menos a través de su relato inicial en la demanda, hechos que configuren un acto discriminatorio. De igual manera la LOGJCC establece que para los procesos de garantías constitucionales “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...”.¹⁸³ Este artículo compele al actor a no permitir que otros elementos de convicción desacrediten sus afirmaciones en la demanda, por otro lado también obliga al juez a estar atento a dichos elementos de convicción.

Por tanto, si bien la carga de la prueba está en manos del demandado, el actor debe configurar los indicios que *a priori* hagan presumir un acto discriminatorio en la demanda, el mero hecho de ser parte de un grupo vulnerable no es jurídicamente suficiente para su admisión inmediata e incuestionable.

6. Protección de la maternidad como concepto amplio

La estabilidad laboral reforzada ampara la maternidad de la trabajadora, esto implica una protección tanto durante como después del embarazo. Al respecto la Corte colombiana ha establecido que el periodo de protección de la trabajadora frente a despidos injustificado comprende todo el periodo de embarazo y tres meses de lactancia, posteriores al mismo, en concordancia con el Código Sustantivo del Trabajo colombiano.¹⁸⁴

Por su parte del Código de Trabajo al igual que la legislación colombiana, establece una licencia por maternidad de 12 semanas.¹⁸⁵ En función de esto la estabilidad

¹⁸² Chile, *Código del Trabajo*, art. 493.

¹⁸³ Ecuador, *LOGJCC*, art. 16.

¹⁸⁴ Colombia, *Código Sustantivo del Trabajo*, art. 239, num. 2.

¹⁸⁵ Chile, *Código del Trabajo*, art. 152.

laboral reforzada protege a la trabajadora desde el momento en que comenzó el embarazo hasta 3 meses posteriores al parto.

En principio, la protección de la trabajadora embarazada o reciente madre, es una institución, únicamente aplicable a la materia laboral. Sin embargo, la Corte colombiana ha entendido que esta protección al ser constitucional se debe extender a toda relación de trabajo, sin importar el ámbito jurídico al que se sujete la relación contractual. En el caso de la Corte colombiana hace énfasis en cuanto a la relación civil como ámbito amparado por la estabilidad laboral reforzada, a partir de dos premisas: (1). Asumir que en la relación entre la contratista (trabajadora) y el contratante (empleador), existe una relación laboral sin causales específicas de terminación. y (2). Cuando existen contratos con fechas o condiciones específicas de terminación ya sea laboral o civil, el objeto del contrato desaparece en el mismo momento en el que la contratista o trabajadora ha quedado embarazada, en otras palabras, la condición de madre suspende los efectos del incumplimiento del objeto del contrato, ya sea en la ejecución del mismo o el cumplimiento del plazo estipulado para su cumplimiento.

En estos casos el reintegro opera en dos escenarios, el primero si el plazo de cumplimiento del contrato sea laboral o civil ha fenecido, este debe renovarse; y el segundo si la terminación del contrato se fundamenta en el incumplimiento del objeto del mismo, como la elaboración de un producto “x” hasta “y” fecha, la contratista o trabajadora deberán ser reintegradas a sus labores.

Estas consideraciones son consistentes y coherentes en cuanto a las normas internacionales y jurisprudencia de la Corte ecuatoriana en el caso del portador de VIH que explican que el incumplimiento de plazos o del objeto del contrato de trabajo por parte de una trabajadora no le es imputable directamente, pues es lógico pensar que el embarazo afecte su desempeño laboral y por ende los plazos de cumplimiento de ciertas obligaciones.

Además, la Corte colombiana, sustenta la ampliación de la protección de la mujer embarazada, no solo como trabajadora, sino que como mujer objeto de una protección constitucional, la cual irradia todo el ordenamiento jurídico, no solo la materia laboral. En este orden de ideas explica por un lado que el “fuero de maternidad consiste en garantizar a la mujer trabajadora su derecho efectivo a trabajar”¹⁸⁶ y que la ampliación de

¹⁸⁶ Colombia Corte Constitucional, “Sentencia T-145”, 2007, <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-145-07.htm>.

esta protección no solo busca evitar la discriminación, sino que además garantizar las condiciones económicas necesarias para que la mujer enfrente el embarazo y el nacimiento de su hijo con dignidad.

La Corte colombiana también advierte que los empleadores y contratistas pueden considerar estas medidas como excesivas y por ello puedan generar cierta resistencia, sin embargo, la naturaleza misma de estas medidas positivas tiene como fundamento el no retorno. El reconocer y aceptar la apatía que puedan generar estas medidas, sería aceptar que los derechos y su protección logrados a lo largo de la historia, admiten retrocesos según las circunstancias. Lo cual es inadmisibles en una sociedad moderna y democrática.¹⁸⁷

De igual manera la Constitución ecuatoriana protege a la mujer embarazada o lactante contra la discriminación en los ámbitos sociales, educativos y laborales,¹⁸⁸ debiéndose entender el ámbito laboral de manera amplia, no solo a las relaciones bajo los presupuestos de la dependencia. Concordante con esta idea la Carta Magna también impone el deber al Estado de garantizar “iniciativa de trabajo autónomo”,¹⁸⁹ siendo una de sus expresiones la contratación de prestación de servicios profesionales y servicios civiles en general, en los términos del Código Civil y el Mandato Constituyente número 8. Las normas del Código Civil y el Mandato Constituyente número 8, no pueden ser interpretadas aisladamente, deben entenderse conectadas a la Constitución y esta última busca proteger a la mujer de la discriminación en toda actividad de trabajo que signifique generadora de los ingresos para afrontar su embarazo con dignidad.

A pesar de lo señalado existen posturas contrarias a esta ampliación de la protección, como la del Magistrado Alexei Julio Estrada quien manifiesta que la estabilidad laboral reforzada fue concebida como una protección para la trabajadora dentro de una relación laboral y por ende se desvirtúa dicha institución al extender su cobertura a categorías diferentes a las generadas por un vínculo de subordinación laboral.¹⁹⁰

Ahora bien, considerando que la relación de la contratista con el contratante es de naturaleza civil, si bien existe un proceso de irradiación constitucional que la ampara dentro de la estabilidad reforzada, su exigibilidad debe regirse a la estricta legalidad, por

¹⁸⁷ *Ibíd.*

¹⁸⁸ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 43.

¹⁸⁹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 331.

¹⁹⁰ Colombia Corte Constitucional, “SU070/13”.

ende no puede proponer una acción laboral y un juez civil si bien resulta competente en razón del contrato civil, puede decirse que no es la vía idónea para conocer el tema que trata de un de discriminación, con matices laborales y constitucionales. Por lo que la Corte colombiana ha decidió establecer que debe ser el juez de tutela el que analice las circunstancias fácticas del caso para determinar en primer lugar si no existe un encubrimiento de una relación laboral.

Al respecto también precisó que, si bien la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para determinar la existencia de un contrato de trabajo, “en los casos donde se encuentre en inminente riesgo de afectación el mínimo vital de la accionante u otro derecho constitucional fundamental, este estudio deberá ser realizado por el juez de tutela”.¹⁹¹

En el caso ecuatoriano el escenario es similar, no podría considerarse a la acción civil ordinaria como la vía idónea para tutelar la bien jurídica igualdad y no discriminación y estabilidad reforzada (como derecho laboral-constitucional), por ende la única vía adecuada es la acción de protección. Ahora bien, en el caso del ocultamiento de una relación laboral bajo una civil, el escenario cambia, pues la Constitución reconoce la figura de la “simulación laboral” y establece que se sancionara y penalizara,¹⁹² es decir, será sancionada bajo la ley civil y penal, lo cual indica una evidente valoración constitucional. Si bien hasta el momento no existe norma legal, ni civil, ni laboral, ni penal que sancione la simulación, por regla general el establecer la existencia o no de una relación de trabajo es competencia del juez del trabajador en una acción laboral general.

¹⁹¹ Colombia Corte Constitucional, “SU070/13”.

¹⁹² Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 327.

Conclusiones

La igualdad y no discriminación tiene una triple faceta. Primero como principio jurídico que irradia sobre todo el ordenamiento jurídico; segundo, como derecho a la igualdad que consiste en ser tratado considerando las similitudes y diferencias para con otros sujetos de derecho y; tercero, como una obligación de no hacer, de no discriminar.

La reforma laboral evidencia una profunda irradiación del principio de igualdad y no discriminación en la tutela de la trabajadora embarazada, que deriva en la configuración de nuevos derechos como la inamovilidad. A la hora de tutelar el derecho de igualdad y no discriminación de la mujer embarazada y de acuerdo con el análisis realizado en la investigación, la judicatura debe considerar las siguientes premisas:

- El derecho de la trabajadora a reintegrarse a las mismas funciones que desempeñaba antes del parto, salvo que existiesen razones objetivas como problemas de salud derivados del parto, para cambiar a la trabajadora de sus funciones, aunque en todo caso debe mantenerse la remuneración pactada
- El derecho al reintegro en caso de despido injustificado
- En caso de despido de la trabajadora embarazada el empleador debe demostrar que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia.
- Aun cuando la carga probatoria recaiga sobre el empleador, el relato del hecho debe al menos indicar ciertos indicios de discriminación.
- El conocimiento del embarazo por parte del empleador matiza la responsabilidad de él, no la protección a la trabajadora.
- En el supuesto de que el empleador no conociera el estado de gravidez de la trabajadora, la despidiera y además la trabajadora eligiera optar por las indemnizaciones adicionales que establece la ley, no parece razonable proceder a la indemnización adicional, pues esta está íntimamente relacionada con el acto de discriminar, que no es intencionado en este supuesto.
- El juez debe ser especialmente activo en estos procedimientos en vista de la influencia constitucional en ellos, pero sin olvidar matizar pues se trata de una relación entre privados, aun considerando el elemento de dependencia.

- En el supuesto que la trabajadora fuere reubicada en la empresa con otra función distinta a la de su contrato, por el hecho de su embarazo y bajo la premisa de su protección, no procede el visto bueno en contra del empleador.
- Paradójicamente el reformismo feminista buscaba que se deje de excluir de lo jurídico lo femenino por no ser considerado importante, en parte es el mensaje que deja esta reforma “las demás categorías sospechosas no son lo suficientemente importantes para acceder a la estabilidad reforzada, lo cual a más abundar resulta contradictorio a la igualdad formal”.

De manera general se puede advertir que la reforma laboral contribuyo a:

- El afianzamiento de una protección reforzada para la mujer embarazada, abandonando la vieja noción de civilista meramente indemnizatoria.
- La acción por despido ineficaz es una garantía de acceso a la justicia para la mujer embarazada, pues viendo los datos disponibles sobre la acción de protección, esta última resulta tener una baja tasa de admisión.
- Entrelazar y afianzar las relaciones entre el derecho constitucional y laboral.

Finalmente se espera que esta reforma abra la puerta para que a futuro se consideren las demás categorías sospechosas para su tutela efectiva frente a actos discriminatorios, de lo contrario esto significaría la preferencia de ciertas categorías sobre otras, lo que paradójicamente resulta discriminatorio.

Bibliografía

Doctrina

- Ackerman, Bruce y Rosenkratz, Carlos. “Tres concepciones de democracia constitucional”. En *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad, cuadernos y debates*. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1991.
- Aguirre Guzmán, Vanesa, “El derecho a la tutela judicial efectiva: una aproximación a su aplicación por los tribunales ecuatorianos”, *Foro: Revista de Derecho* 14 (2010).
- Caicedo Tapia, Danilo, y Porras Velasco, Angélica, eds. *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2010.
- Andreassi Cieri, Alejandro. “Algunos antecedentes del genocidio nazi: Apuntes para una genealogía del pensamiento biopolítico en la Alemania Guillermina”. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona, 2010.
<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:UeRhGYqS0EoJ:www.rebellion.org/docs/139742.pdf+&cd=2&hl=es&ct=clnk>.
- Alexy, Robert. *La fórmula del peso en Miguel Carbonell. El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- . *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- Arango Olaya, Mónica. “El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”. En *Precedente* (2004).
<http://www.icesi.edu.co/revistas/index.php/precedente/article/view/1406/1805>.
- Ávila, Luis. “La constitucionalización de la administración de justicia en la Constitución de 2008”. En *La Constitución de 2008 en el contexto andino`. Análisis desde doctrina y derecho comparado*, editado por Ramiro Ávila Santamaría. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

- Ávila Santamaría, Ramiro, ed. *La Constitución de 2008 en el contexto andino. Análisis desde doctrina y derecho comparado*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Bobbio, Norberto. “La naturaleza del prejuicio, racismo, hoy, iguales y diferentes”. En *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*, editado por Danilo Caicedo y Angélica Porras. Quito: Ministerio de Justicia, 2010.
- Caicedo Tapia, Danilo Alberto. “El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos Humanos más allá de la Constitución”. *Foro: Revista de derecho* 12 (2009).
- Cepal. *Desarrollo social inclusivo Una nueva generación de políticas para superar la pobreza y reducir la desigualdad en América Latina y el Caribe*. Lima: Conferencia Regional sobre Desarrollo Social de América Latina y el Caribe, 2 a 4 de noviembre de 2015. http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/39100/S1500896_es.pdf?
- Corral Aláez, Benito, y Álvarez A., Leonardo. “Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal Alemán en las encrucijadas del cambio de milenio”. *Oviedo* (2007). <http://www.unioviedo.es/constitucional/miemb/pdf/sentenciasbverfgborrador.pdf>>.
- Díaz, Francisco. “Valores superiores e interpretación constitucional”. En *El derecho a la igualdad ante la ley, la no discriminación y acciones positivas*, Humberto Nogueira. Coruña: Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, 2006.
- Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más fuerte*. Madrid: Trotta, 2004.
- . “La Democracia Constitucional”. En *Desde otra mirada* compilado por Courtis Christian. Buenos Aires: Eudeba, 2001.
- Gaviria Díaz, Carlos. *Sentencias. Herejías constitucionales*. Bogotá: Fondo de Cultura Económico, 2002.
- Guastini, Riccardo. “Disposizione vs. Norma”. En *Disposición vs. norma* editado por Susanna Pozzolo y Rafael Escudero. Lima: Palestra, 2011.
- Huertas, Omar et al.. *El principio de igualdad y no discriminación a la luz del derecho internacional de los derechos humanos*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2008.
- Servais, Jean-Michel. *Derecho Internacional del Trabajo*. Buenos Aires: Heliasta, 2011.
- Lanas Medina, Elisa. “La prueba en demandas laborales por discriminación”. *Foro: Revista de Derecho* 14 (2010).

- O'Donnell, Daniel. *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e Interamericano*. Bogotá: ACNUDH, 2004.
- Olsen, Frances. “El sexo del Derecho”. En *El género en el derecho. Ensayos críticos* compilado por Ramiro Ávila Santamaría, Judith Salgado y Lola Valladares. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- Pérez Rey, Joaquín. *Estabilidad en el empleo*. Madrid: Trotta, 2004.
- Ramírez Menéndez, Luis Alonso. “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los efectos de sus sentencias, con especial referencia a El Salvador”. Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2015.
- Rousset Siri, Andrés Javier. “El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Revista Internacional de Derechos Humanos* 1, 2011.
- Storini, Claudia, y Navas Alvear, Marco. *La acción de protección en Ecuador. Realidad jurídica y social*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2013.
- Trujillo, Julio César, *Derecho del Trabajo*. Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1973.
- Vila Casado, Iván. *Nuevo derecho constitucional. Antecedentes y fundamentos*. Medellín: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2002.
- Villa Hernando. *Diccionario Espasa. Derechos Humanos*. Madrid: Espasa, 2003.

Normativa y jurisprudencia nacionales

- Ecuador. *Código del Trabajo*. Registro Oficial, Suplemento 167, 20 de abril de 2015.
- . *Código Orgánico de la Función Judicial*. Registro Oficial, Suplemento 544, 09 de marzo de 2009.
- . *Código Orgánico General de Procesos*. Registro Oficial, Suplemento 506, 22 de mayo de 2015.
- . Comisión Especializada Permanente de los Derechos de los Trabajadores y la Seguridad Social, “Oficio No. CEPDTSS-1381-2015”. 10 de abril de 2015.
- . *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

Ecuador Corte Constitucional. “Inconstitucional”, Caso 0035-2006-TC. Registro Oficial, Suplemento 114, 27 de junio de 2007.

———. “Resolución 129”. Registro Oficial, Suplemento 743, 11 de julio de 2012.

———. “Sentencia 0016-13-SEP-CC”. Registro Oficial, Suplemento 9, 06 de junio de 2013.

———. “Caso VIH, sentencia 080-13-SEP-CC”. Registro Oficial, Suplemento 136, 03 de diciembre de 2013.

———. “Sentencia 102-13-SEP-CC” Registro Oficial, Suplemento 005, 27 de diciembre de 2013.

———. Sentencia 184-18-SEP-CC”” .

Ecuador. *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Registro Oficial, Suplemento 52, 22 de octubre de 2009.

———. *Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar*. Registro Oficial 483, Suplemento, 20 de abril de 2015.

Ecuador Tribunal Constitucional. “Resolución del Tribunal Constitucional 73”. Registro Oficial, Suplemento 334, 28 de mayo de 2001.

Normativa y jurisprudencia internacionales

Alemania Tribunal Constitucional Federal. “Sentencia BVerfGE 7, 198”.

Alemania. *Ley Fundamental*. 1949. <http://ocw.um.es/cc.-juridicas/derechointernacional-publico-1/ejercicios-proyectos-y-casos-1/capitulo4/documento-20-constitucion-de-alemania.pdf>.

Argentina Corte Suprema de la Nación. “Sentencia 932. XLVI”, Cisneros, Mirtha Graciela y otros el Taldelva SRL y otros sI amparo, 20 de mayo de 2014. http://www.mpf.gov.ar/Dictámenes/2013/AGilsCarbo/junio/Sisnero_Mirtha_S932_L_XLVI.pdf.

Chile. *Código del Trabajo*. 16 de enero de 2003.

———. *Constitución Política*. Decreto Supremo 1.150. 24 de octubre de 1980.

———. *Ley 20609 (Ley Zamudio)*. 24 de julio de 2012.

Colombia. *Código Sustantivo del Trabajo*. Diario Oficial 27.407, 09 de septiembre de 1950.

Colombia Corte Constitucional. “Sentencia SU070/13”, 2013 <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/SU070-13.htm>.

- . “Sentencia T-145”. 2007.
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-145-07.htm>.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. “Observación General 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes”, art. 2 párr. 1, 1990.
- . “Observación General 16. La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales”, art. 3, 2005.
- . “Observación General 18. El derecho al trabajo”, art. 6, 2005.
- . “Observación General 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales”, art. 2, párr. 2.
- Comité de Derechos Humanos. “Observación General 18. No discriminación”, párr. 11, 1989.
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem Do Pará), 1994.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 1979.
- . “Opinión Consultiva OC-1/82. Otros tratados objeto de la Función Consultiva de la Corte”. 1982.
- . “Opinión Consultiva OC-18/03”. 2003.
- . “Opinión consultiva OC-4/84”. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización. 1984.
- OEA. *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. 1948.
- OIT. *Convenio 158 sobre la terminación de la relación de trabajo*. 1982.
- . *Recomendación 191 sobre la protección de la maternidad*. 15 de junio de 2000.
- . *Convenio 183 sobre la protección de la maternidad*. 2002.
- ONU Asamblea General. *Declaración Universal de Derechos Humanos*. 10 de diciembre de 1948.
- . *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*. 1969.
- . *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. 1966.
- . *Declaración de los derechos de los impedidos*. 1975.
- . *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*. 1981.

Web

- . <https://www.palermo.edu/cele/libertad-deexpresion/jurisprudencia/pdf/luth.pdf>.