

**Universidad Andina Simón Bolívar**

**Sede Ecuador**

**Área de Derecho**

Maestría en Derecho Laboral y Seguridad Social

## **Modulación de las cargas probatorias en materia laboral**

Wilmer Danilo Ramírez Loayza

Tutor: Fernando Teodoro González Calle

Quito, 2022





## **Cláusula de cesión de derecho de publicación**

Yo, Wilmer Danilo Ramírez Loayza, autor de la tesis intitulada “Modulación de las cargas probatorias en materia laboral”, mediante el presente documento de 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 Laboral y Seguridad Social 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.

10 de noviembre del 2022

Firma: \_\_\_\_\_



## Resumen

Esta investigación efectúa un análisis jurídico y doctrinal de la modulación de las cargas probatorias en materia laboral, con la finalidad de aliviar la responsabilidad que pesa sobre el accionante cuando se trate de temas de despido intempestivo, acoso laboral o discriminación laboral. Se estudia de forma general a la prueba, sus principios generales, objeto, finalidad, su carga y distribución, el tratamiento jurisprudencial sobre el tema tratado, datos estadísticos, así como se brinda una propuesta para modular la carga probatoria. Se concluye que el despido intempestivo, el acoso laboral y la discriminación laboral son actos u omisiones que se producen frecuentemente en la clandestinidad, tornando sumamente compleja la tarea de demostrar la ocurrencia de los fundamentos fácticos; por lo que, a partir de aquello, se considera que el sistema probatorio civilista no debe ser aplicado en materia laboral bajo las figuras jurídicas analizadas. Se acompaña la investigación con pronunciamientos doctrinarios y jurisprudencia ilustrativa. La investigación es de tipo documental.

**Palabras claves:** modulación, carga probatoria, flexibilidad, alivio, inversión, indicio.



A Lilia Marlene, compañera de vida; y a nuestros hijos Samir Alain, Dustin Elián y Milka Ainhoa, quienes son la mayor bendición que Dios me ha dado.



## **Agradecimientos**

Con infinito afecto a la Universidad Andina Simón Bolívar -Sede Ecuador-, por recibirme en sus aulas, permitiendo el acceso a esta casa de estudios a quienes intentamos desde todos los rincones de la patria, actualizar nuestros conocimientos, conscientes de la responsabilidad que demanda el libre ejercicio profesional. A mis maestros, que con paciencia y perseverancia supieron guiarme por las sendas del conocimiento. A mis compañeros que, dejando el celo profesional, supieron compartir experiencias que lograron fortalecer el aprendizaje.



## Tabla de contenidos

<b>Índice</b> .....	11
Introducción.....	19
<b>Capítulo primero:</b> Generalidades de la prueba en materia laboral.....	21
1. Definición de la prueba.....	21
2. Principios y derechos generales de la prueba.....	23
2.1. Principio de libertad probatoria.....	23
2.2. Derecho a la defensa y principio de contradicción.....	24
2.3. Principio de comunidad de la prueba.....	26
2.4. Principio de necesidad de la prueba.....	27
2.5. Principio de eficacia jurídica de la prueba.....	28
2.6. Principio de concentración de la prueba.....	29
3. El objeto y finalidad de la prueba.....	30
3.1. Objeto de la prueba.....	30
3.2. Finalidad de la prueba.....	31
4. ¿Que se entiende por carga de la prueba?.....	32
5. Distribución de la carga de la prueba.....	34
6. La corriente civilista del <i>onus probandi</i> - la obligación de probar los hechos a quien los alega.....	36
7. La inversión de la carga probatoria.....	37
8. La prueba indiciaria.....	38
<b>Capítulo segundo:</b> La carga probatoria en los temas de despido intempestivo, acoso laboral y discriminación conforme la jurisprudencia laboral ecuatoriana.....	41
1. La carga probatoria en la jurisprudencia laboral ecuatoriana.....	41
1.1. Despido intempestivo.....	41
1.1.1. <i>Definición doctrinaria</i> .....	41
1.1.2. Definición brindada por la Corte Nacional de Justicia.....	43
1.1.3. ¿Cuál es el estándar probatorio que ha señalado la Corte Nacional de Justicia del Ecuador?.....	44
1.1.4. ¿A quién le corresponde probar?.....	44

1.1.5. Datos estadísticos sobre sentencia judiciales en juicios laborales por despido intempestivo en los cantones de Lago Agrio y Shushufindi de la provincia de Sucumbíos durante los años 2020 y 2021 .....	45
1.2. Acoso laboral.....	48
1.2.1. Definición doctrinaria.....	49
1.2.2. Definición que recoge la normativa nacional, internacional y jurisprudencial....	51
1.2.3. ¿Qué se debe probar en el acoso laboral?.....	53
1.2.4. Objetivo del acoso laboral.....	54
1.2.5. Especies de acoso laboral según el nivel de afectación y los mecanismos de ataque empleados.....	55
1.2.6. Tipos de acoso laboral según la persona que la realice .....	56
1.2.7. Elementos del acoso laboral.....	56
1.2.8. Estadísticas del acoso sexual en Colombia del 2019.....	57
1.3. Discriminación.....	59
1.3.1. Definición doctrinaria.....	59
1.3.2. La protección normativa, nacional e internacional sobre la discriminación .....	60
1.3.3. Tipos de discriminación.....	63
<b>Capítulo tercero: Modulación de la carga probatoria laboral en los temas de despido intempestivo, acoso laboral y discriminación.....</b>	<b>69</b>
1. Modulación de la carga probatoria en materia laboral.....	69
1.1. Definición de modulación.....	69
1.2. Enfoque de la carga de la prueba en materia laboral en Colombia, Perú y México 70	
1.2.1. El sistema probatorio laboral en Perú.....	70
1.2.2. El sistema probatorio laboral en Colombia.....	72
1.2.3. El sistema probatorio laboral en México.....	75
1.3. Modalidades sugeridas para armonizar la carga probatoria.....	77
1.3.1. Indicio .....	78
1.3.2. Presunción .....	79
1.3.3. Inversión de la carga probatoria.....	80
1.4. Propuesta de modulación de la carga de la prueba en el despido intempestivo, acoso laboral y discriminación .....	81
1.4.1. Modulación de la carga probatoria en el despido intempestivo .....	81
1.4.2. Modulación de la carga probatoria en los casos de acoso o discriminación laboral .....	83

Conclusiones .....87  
Bibliografía.....91



## Tablas

Tabla 1. Datos estadísticos sobre causas presentadas por despido intempestivo en el cantón Lago Agrio, provincia de Sucumbíos, año 2020.....	46
Tabla 2. Datos estadísticos sobre causas presentadas por despido intempestivo en el cantón Lago Agrio, provincia de Sucumbíos, año 2021.....	46
Tabla 3. Datos estadísticos sobre causas presentadas por despido intempestivo en el cantón Shushufindi, provincia de Sucumbíos, año 2020.....	47
Tabla 4. Datos estadísticos sobre causas presentadas por despido intempestivo en el cantón Shushufindi, provincia de Sucumbíos, año 2021.....	47
Tabla 5. Datos estadísticos sobre conductas en el acoso sexual en Colombia.....	58
Tabla 6. Datos estadísticos sobre reacciones frente al acoso sexual en Colombia.....	58



## Abreviaturas

art.	Artículo
ADN	Ácido desoxirribonucleico
COGEP	Código Orgánico General de Procesos
CRE	Constitución de la República del Ecuador
DUDH	Declaración de Derechos Humanos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
PIDCP	Pacto Internacional por los Derechos Civiles y Políticos



## Introducción

La modulación de las cargas probatorias en materia laboral es la temática que se analiza a través del presente trabajo investigativo, considerando que el paradigma actual torna necesario el contar con una propuesta que establezca un cambio en cuanto a la obligación procesal de probar los hechos frente a las figuras jurídicas del despido intempestivo, acoso laboral y la discriminación. El cambio coordinado o armonioso del actual sistema civilista imperante a un nuevo planteamiento es lo que nos permitirá aliviar las cargas que pesan sobre el actor.

La importancia de modular las cargas probatorias en materia laboral parte de la necesidad de destacar el carácter social del que se encuentran revestidas las relaciones obrero-patronales, a fin de disminuir las brechas de desigualdad a las que se enfrenta el trabajador en el marco de las relaciones laborales frente a su patrono, en las esferas jerárquicas, económicas e incluso respecto a la obtención de las pruebas, dado que esta desigualdad muchas veces imposibilita al trabajador demostrar sus fundamentos fácticos y jurídicos en un juicio, por lo tanto, este trabajo pretende diseñar una herramienta que ayude a equipar las *fuerzas* entre empleador y trabajador.

En el Ecuador la carga probatoria en materia de despido intempestivo y discriminación se rige por el mismo sistema civilista, dado que nuestro ordenamiento jurídico no cuenta con disposiciones legales que desarrollen un tratamiento diferenciado de estas figuras jurídicas, a pesar que, por lo general, los hechos que las generan se producen en la clandestinidad, restando al trabajador la posibilidad de recabar evidencias con las cuales justificar la materialidad de dichos hechos, y es que el tratamiento contemporáneo dado a estas figuras jurídicas, únicamente alienta a que el empleador pueda incurrir en su cometimiento sin mayor riesgo a ser condenado a indemnizaciones.

El planteamiento que se realiza en este trabajo de investigación tiene como propósito relevar al trabajador, mediante ciertos parámetros, de su obligación de probar los actos de despido intempestivo, acoso laboral y discriminación de los que fuere objeto. Al tiempo que se busca allanar el camino para que sea el empleador la parte procesal sobre quien recaiga la obligación de aportar los medios probatorios que desvirtúen las afirmaciones de su contraparte, por encontrarse éste en una posición de ventaja en cuanto al acceso a la evidencia necesaria.

El presente estudio ha sido llevado a cabo mediante la estructuración de tres capítulos. En el capítulo primero, denominado *generalidades de la prueba en materia laboral*, se brindan definiciones para el correcto entendimiento de las ideas que se plasman en la investigación, así como se analiza los principios que rigen el actual sistema probatorio, el objeto y finalidad que persigue la prueba, lo que representa la carga de la prueba y la distribución de la carga probatoria bajo el actual sistema procesalista que también rige en materia laboral. En el capítulo segundo, intitulado *la carga probatoria en los temas de despido intempestivo, acoso laboral y discriminación conforme la jurisprudencia laboral ecuatoriana*, se ofrece un análisis de como la jurisprudencia ecuatoriana aborda el tema de la carga probatoria, así también, se enfoca en el estándar probatorio frente a las figuras jurídica de despido intempestivo, acoso laboral y discriminación; se presentan datos estadísticos obtenidos dentro de la jurisdicción territorial de los cantones Lago Agrio y Shushufindi, en la provincia de Sucumbíos, así como la información que ha sido presentada por investigadores sobre temas análogos; finalmente, en el capítulo tercero, identificado bajo el título *modulación de la carga probatoria laboral en los temas de despido intempestivo, acoso laboral y discriminación*, se describe lo que para esta investigación se debe entender por modulación, para luego brindar un enfoque del tratamiento que países como Colombia, Perú y México, han dado a estas figuras jurídicas. Y como punto culminante se realiza una propuesta de cómo se podría flexibilizar la carga probatoria.

## **Capítulo primero**

### **Generalidades de la prueba en materia laboral**

En el presente capítulo se pretende ofrecer una aproximación de las nociones elementales en torno a la prueba; se analizarán los principios que la rigen, su objeto y finalidad, de acuerdo con las fuentes bibliográficas consultadas, mismas que han servido para establecer los criterios que este autor esgrime en el presente trabajo. Además, se estudiará el significado de carga de la prueba, la distribución de las cargas probatorias y, se intentará brindar un panorama de la corriente civilista aplicable actualmente en el Ecuador en materia del derecho laboral. Finalmente, para concluir este capítulo se revisará lo que se debe entender como prueba indiciaria.

La intención de este autor es direccionar al lector hacia una visión panorámica de los aspectos que engloban la prueba en nuestro ordenamiento legal ecuatoriano, así como determinar el sistema actual de reglas que se aplica a la prueba en materia laboral. Parto de considerar que en palabras de Álvaro Figueira Gómez, “la prueba es la punta de lanza de todo proceso”,<sup>1</sup> por ello, deviene la importancia de poder contextualizar estas nociones generales de tal suerte que se pueda estimular al lector a despertar el interés y curiosidad por el presente trabajo.

#### **1. Definición de prueba**

Realizar un análisis de la prueba sin concebir -al menos de forma abstracta- que significa este término, puede presentar un riesgo importante al tratar de entender el presente trabajo de investigación, por ello, se parte de realizar algunos acercamientos doctrinarios respecto de que se debe entender por prueba, para adentrarnos en el entendimiento del tema planteado.

El Diccionario de la Lengua Española al definir la prueba lo hace mediante la siguiente enunciación: “acción y efecto de probar”;<sup>2</sup> por su parte, Guillermo Cabanellas, nos señala que es la “demostración de la verdad de una afirmación, de la existencia de

---

<sup>1</sup> Álvaro Figueira Gómez, *Manual práctico de la prueba según el Código Orgánico General de Procesos* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017), 13.

<sup>2</sup> Real Academia Española, “Prueba”, *Diccionario de la Lengua Española*, accedido 30 de octubre de 2021, párr. 1, <https://dle.rae.es/prueba>

una cosa o de la realidad de un hecho”.<sup>3</sup> Michele Taruffo, aborda el tema de la prueba señalando que: “la prueba consiste en establecer la verdad de los hechos [...]”.<sup>4</sup> En esta misma línea de pensamiento, Francesco Carrara, sostiene que: “es todo aquello que nos sirve para darnos certeza acerca de la verdad de una proposición”.<sup>5</sup> Además, Francesco Carnelutti nos describe mediante una parábola, que los medios de prueba son como las llaves que abren la puerta de la verdad.<sup>6</sup>

De estas definiciones podemos extraer que, para el presente trabajo de investigación se debe entender por prueba a los recursos utilizados por los litigantes para justificar la verdad de sus afirmaciones o argumentos. Si bien es cierto la verdad no siempre llega a ser develada completamente, no es menos cierto que en un proceso judicial es suficiente que dicha verdad pueda ser inferida de la demostración de las proposiciones fácticas, para tenerla por cierta y probada.

El maestro Claus Roxin, al brindarnos una acepción de la prueba señala: “Probar significa convencer al juez sobre la certeza de la existencia de un hecho.”<sup>7</sup> Para Jaime Guasp Delgado, la prueba indica que se trata de un “acto o serie de actos procesales por los que se trata de convencer al juez de la existencia o inexistencia de los datos lógicos que han de tenerse en cuenta en el fallo”,<sup>8</sup> mientras que Silvia Melero Valentín, citada por Iveth Illescas, afirma que la prueba es el “medio para formar[la]”<sup>9</sup> la convicción del juzgador; así mismo, Francesco Carnelutti nos ilustra señalando que: “el juez está en medio de un minúsculo cerco de luces, fuera del cual todo es tinieblas: detrás de él el enigma del pasado, y delante, el enigma del futuro. Ese minúsculo cerco es la prueba.”<sup>10</sup>

El procesalista Eduardo J. Couture, define a la prueba judicial como: “un medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en el juicio”,<sup>11</sup> por su parte, Iveth Illescas Ortega ha señalado que: “la prueba judicial sería el elemento que en

---

<sup>3</sup> Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual* (Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1998), t. VI, 497.

<sup>4</sup> Michele Taruffo, *La prueba de los hechos* (Madrid: Editorial Trotta, S.A., 2011), 21.

<sup>5</sup> Francesco Carrara, *Programa de Derecho Criminal, Parte General* (Bogotá: Editorial Temis, 1993), III.

<sup>6</sup> Francesco Carnelutti, *La prueba civil*, trad. Niceto Alcalá, Zamora y Castillo (Buenos Aires: Editora Arayú, 1995), 18.

<sup>7</sup> Claus Roxin, *Derecho procesal penal* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2008), 239.

<sup>8</sup> Jaime Guasp Delgado, *Derecho procesal civil* (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1967), 333.

<sup>9</sup> Valentín Silva Melero, *La prueba procesal* (Madrid: Editorial Revista de derecho privado, 1963), I: 32, citado en Iveth Illescas Ortega, *Elementos constitucionales relacionados con la prueba en el proceso civil* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2021), 15.

<sup>10</sup> Carnelutti, *La prueba civil*, 18.

<sup>11</sup> Eduardo J. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil* (Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1978), 217.

su faceta de medio contribuye a verificar o conocer los hechos o cosas”,<sup>12</sup> es decir, que la prueba judicial es el vehículo usado por los litigantes en el proceso judicial para llevar al juzgador al convencimiento de los hechos.

Para el presente trabajo de investigación, consideramos que prueba es la evidencia documental, testimonial o pericial, que permite al juzgador llegar a la certeza respecto de la veracidad de un hecho que ha sido propuesto afirmativamente por los sujetos procesales, cuyo convencimiento permite al administrador de justicia fallar favorablemente, respecto de uno de ellos.

## **2. Principios y derechos generales de la prueba**

En el presente subtema se busca establecer los principios relacionados con la prueba, dada la trascendencia de entender el espíritu y propósito con el que debe presentarse esta ante el juzgador. Importante también es el señalar que la Constitución de la República del Ecuador reconoce dentro del derecho al debido proceso, las garantías básicas del derecho a la defensa, entre ellas, nos determina que: “las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria”,<sup>13</sup> además, dicha disposición constitucional establece que se debe garantizar a los sujetos procesales tanto un tiempo adecuado, como los medios necesarios<sup>14</sup> para preparar la defensa. Cuando la norma suprema del Estado ecuatoriano nos brinda los lineamientos respecto de contar con los medios adecuados y necesarios para preparar la defensa, sin duda alguna nos está orientando hacia la utilización de los medios probatorios para sustentar los argumentos que se propone como defensa, así también, para la contradicción de las pruebas aportadas por la parte contraria.

### **2.1. Principio de libertad probatoria**

El principio de libertad probatoria se encuentra desarrollado en el inciso final del artículo 159 del Código Orgánico General de Procesos, el cual a su texto señala: “[p]ara demostrar los hechos en controversia las partes podrán utilizar cualquier tipo de prueba

---

<sup>12</sup> Illescas Ortega, *Elementos constitucionales relacionados con la prueba en el proceso civil*, 16.

<sup>13</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 76.4.

<sup>14</sup> *Ibíd.*, art. 76.7 “El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: [...] b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa. [...] h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra. [...]”

que no violente el debido proceso ni la ley.”<sup>15</sup> De la definición legal citada, servirá para los fines del presente estudio señalar que el principio de libertad probatoria consiste en que los sujetos procesales puedan valerse de cualquier medio que sea necesario para justificar los hechos constantes en su demanda, contestación a la demanda, reconvencción o contestación a la reconvencción; siempre que los mismos no sean violatorios del debido proceso, o se hayan obtenido con violación a la Constitución o la ley, libertad que además encuentra su limitación en los requisitos de conducencia, pertinencia y utilidad.

En este sentido, José Caferatta Nores, citando a Vélez Mariconde, se ha pronunciado sobre el principio de libertad probatoria, estableciendo que el mismo “ha sido caracterizado diciendo que en el proceso penal todo puede ser probado, y por cualquier medio de prueba”;<sup>16</sup> no obstante, Ana Chumi Pasato nos señala que: “el principio de libertad a la prueba no es absoluto en virtud de la existencia de los requisitos intrínsecos o intrínsecos (sic) de la prueba que se traducen en los parámetros legales de admisibilidad de los medios de prueba y que se derivan de los principios de la prueba judicial”.<sup>17</sup>

De lo anotado se puede inferir que el principio de libertad probatoria permite a las partes procesales valerse de cualquier medio de prueba, siempre que se encuentren en armonía con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, y la ley.

## **2.2. Derecho de defensa y principio de contradicción**

Tradicionalmente la doctrina se ha encargado de formular grandes concepciones sobre el derecho a la defensa y el principio de contradicción, enfocándose principalmente en establecer o delimitar el papel que cada uno cumple en el marco de una contienda judicial, empero, esta variedad de conceptos ha llevado a que en la actualidad se encuentren, tanto teorías que asimilan estas dos figuras jurídicas como equivalentes, así como también, teorías que brindan una marcada distinción de los postulados de cada una de ellas.

---

<sup>15</sup> Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, Registro Oficial 506, Suplemento, 22 de mayo de 2015, art. 159.

<sup>16</sup> José Ignacio Cafferata Nores, *La Prueba en el Proceso Penal* (Buenos Aires: Ediciones de Palma, 1998), 4ª ed., 21.

<sup>17</sup> Ana Gabriela Chumi Pasato, *El deber judicial de admisión de los medios probatorios y la vulneración al derecho a la prueba en relación con el derecho a la defensa*, (Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2017), 19-20, <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5633/1/T2285-MDP-Chumi-El%20deber.pdf>.

Debe entenderse que estas teorías sin duda parten del análisis de las estipulaciones que sobre el derecho a la defensa y el principio de contradicción hace la Constitución de la República, entre las que destacan las garantías desarrolladas en las letras b, c y h del artículo 76.7, las cuales señalan:

art. 76. En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: [...]. b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa. c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones. [...] h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra. [...]<sup>18</sup>

Así también, nuestra Norma Suprema en el artículo 168.6, señala: “La administración de justicia, [...], aplicará los siguientes principios: [...] 6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo”.<sup>19</sup>

Además, estas teorías han encontrado sustento en la legislación secundaria, piénsese entonces en el artículo 165 del Código Orgánico General de Procesos, el cual resalta: “Las partes tienen derecho a conocer oportunamente las pruebas que se van a practicar, oponerse de manera fundamentada y contradecirla”.<sup>20</sup>

Es a partir de estas premisas constitucionales y legales, que autores como el jurista Carlos Ramírez Romero, han sostenido que el principio de contradicción debe ser entendido como “el derecho de los justiciables a conocer de forma oportuna las pruebas de las que se van a servir para justificar los argumentos;<sup>21</sup> pero además, como el derecho a poder oponerse a ellas e incluso el derecho a poder proponer prueba para contrarrestar los efectos de las ya planteadas en el proceso.

Siguiendo este mismo enfoque, el jurista Ramiro García Falconí, señala que la contradicción de la prueba está relacionada con requerir “que ambas partes deban anunciar, en sus correlativos escritos de demanda, contestación, reconvencción y contestación a la reconvencción, los medios de prueba que ofrecen para acreditar sus

---

<sup>18</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 76.

<sup>19</sup> *Ibíd.*, art. 168.6

<sup>20</sup> Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, art. 165.

<sup>21</sup> Carlos Ramírez Romero, *Apuntes sobre la prueba en el COGEP* (Quito: Corte Nacional de Justicia, 2017), 39.

respectivas afirmaciones fácticas, y de esa forma ser conocidos por la contraparte, poder presentar otros para rebatirlos y preparar su defensa”.<sup>22</sup>

A propósito de este punto, la jurisprudencia ecuatoriana ha dejado sentado el siguiente criterio: “el principio de contradicción se refiere a que las partes del proceso, tengan la oportunidad de conocer y contradecir las pruebas presentadas, con el fin de evitar la indefensión. Este principio rechaza la prueba que no fue puesta en conocimiento de las partes para que estas ejerciten su derecho a la defensa”.<sup>23</sup>

Como se había anticipado, existen otras corrientes procesalistas que acusan de entender erradamente el principio de contradicción en su sentido estricto, señalando que éste se limitaría al emplazamiento o citación a la parte demandada y a garantizar el derecho a contradecir el acto de proposición del actor a través de la contestación a la demanda.

Entre los defensores de esta teoría, tenemos al maestro Ugo Rocco, quien destaca que: “La razón de este principio consiste en [...] tomar en cuenta no solo todo aquello que el actor, haciéndose iniciador del proceso, afirma, sostiene y prueba, sino también la posición del demandado, que tiene un interés perfectamente contrario al actor”<sup>24</sup>.

Como se observa, esta línea de pensamiento direcciona al principio de contradicción a garantizar el derecho del demandado a conocer de la acción propuesta en su contra y a poder contestarla rebatiendo los argumentos y pruebas formulados en la demanda.

Se tiene entonces que, cuando nos referimos a los actos de proposición de la demanda por parte del actor, citación al demandado, así como la contestación de la demanda y la reconvenición, nos referimos propiamente al principio de contradicción; empero, cuando se hace alusión a las demás actuaciones que tiene lugar durante una audiencia, como lo son el anuncio y practica de la prueba, en realidad nos encontramos frente al derecho de defensa en sus diversas garantías, y no ante el principio de contradicción en sentido estricto.

### **2.3. Principio de comunidad de la prueba**

---

<sup>22</sup> Ramiro García Falconí y Agustín-J. Pérez-Cruz Martín, coords., *Código Orgánico General de Procesos comentado* (Quito: Latitud Cero Editores, 2018), II, 895.

<sup>23</sup> Ecuador, Corte Nacional de Justicia Sala de lo Laboral, *Sentencia, juicio n.º: 0889-2011*, 23 de enero de 2014.

<sup>24</sup> Ugo Rocco, *Derecho Procesal Civil*, (México: Editorial Jurídica Universitaria S.A., 2008), I, 321

Este principio tiene su razón de ser, en cuanto nos refiere que las pruebas, una vez practicadas conforme a la Constitución y la ley, sirve a los justiciables indistintamente de quién las haya anunciado o practicado, esto es, que la prueba no puede servirle exclusivamente a la parte que la presenta, sino que además puede servirse de la misma, la parte que no la requirió.

Respecto del tema, Carlos Ramírez Romero, refiriéndose al principio de comunidad de la prueba, menciona una de las consecuencias que se produce cuando las pruebas han sido practicadas conforme a la Constitución y la ley, así: “una de las consecuencias del principio de la comunidad de la prueba es la de que es improcedente la renuncia o desistimiento de las pruebas practicadas”;<sup>25</sup> por su parte, Jorge Zavala Egas nos ha señalado que: “las pruebas allegadas pertenecen a la justicia y no a las partes”;<sup>26</sup> en este mismo sentido, Hugo Alsina ha manifestado que: “la actividad que las partes desarrollan en el proceso se influye recíprocamente, en el sentido de que no sólo beneficia a quien ejecuta el acto y perjudica a la parte contraria, sino que también puede esta beneficiarse del acto en cuanto puede perjudicar a su autor”.<sup>27</sup>

De lo anotado se debe entender que al practicar la prueba, conforme los presupuestos constitucionales y legales, esta deja de pertenecer a la parte que la ofreció y pasa a servir al proceso, por lo tanto, si una declaración testimonial u otra prueba, luego de practicarse, no le es favorable a la parte que la solicitó, no puede la parte que la ofreció pedir que no sea considerada, puesto que esa misma prueba, puede servirle a la parte contraria.

#### **2.4. Principio de necesidad de la prueba**

El principio de necesidad de la prueba encuentra su horizonte ante la prohibición que tiene el juzgador de aplicar el conocimiento privado de los hechos, de tal forma que, son las partes las que deben aportar, a través de los medios probatorios, la verdad respecto de los fundamentos fácticos de sus pretensiones o excepciones para lograr una sentencia favorable; en este sentido, Hernando Devis Echandía, se refiere a una de las cargas procesales de las partes, de la cual se puede inferir la necesidad de la prueba cuando

---

<sup>25</sup> Ramírez Romero, *Apuntes sobre la prueba*, 36.

<sup>26</sup> Jorge Zavala Egas, *Estudios sobre el COGEP* (Lima: Zavala Egas División Académica, 2016), t.3, 59.

<sup>27</sup> Hugo Alsina, *Fundamentos de derecho procesal, Serie clásicos de la teoría general del proceso* (México: Editorial Jurídica Universitaria, 2001), v. 4, 175.

señala: “probar para no recibir sentencia desfavorable”.<sup>28</sup> Este principio nos lleva a entender que el juzgador debe fundamentar la resolución exclusivamente en los hechos que consten en el expediente, que hayan sido debidamente probados por los justiciables.

Al respecto, el tratadista Devis Echandía ha referido que el principio de necesidad de la prueba es “una inapreciable garantía para la libertad y los derechos del individuo, que de otra manera estarían en manos de jueces parciales y a merced de decisiones que no podrían ser revisados por el superior”,<sup>29</sup> por esta razón, nuestro ordenamiento jurídico interno se ha referido a la necesidad de la prueba, estableciendo la obligación de aportar con medios que permitan demostrar los hechos alegados, conforme la redacción del Código Orgánico General de Procesos, art. 162.<sup>30</sup>

Para Carlos Ramírez Romero, “la expresión necesidad de la prueba se concreta en la interrogante qué debe probarse en el proceso en concreto; que serán los hechos alegados por las partes, que traban la *litis* con las excepciones de ley”,<sup>31</sup> cuando las partes incumplen con este principio o cuando la prueba actuada es insuficiente para justificar los hechos, su misma actuación impide que el juzgador pueda resolver, toda vez que se encuentra limitado a resolver exclusivamente sobre los hechos probados, debiendo expresar en la sentencia la valoración de la prueba que le ha servido para sustentar su fallo.<sup>32</sup>

Sin embargo, al referirse a la garantía de motivación, la Corte Constitucional del Ecuador, en la sentencia No. 1158-17-EP/21, del 20 de octubre del 2021, párrafo 61.2, ha establecido el siguiente criterio: “[c]omo lo ha señalado esta Corte, “la motivación no se agota con la mera enunciación de [... los] antecedentes de hecho [es decir, de los hechos probados]”,<sup>33</sup> sino que, por el contrario, “los jueces [...] no motiva[n] su sentencia [...] si no se analizan las pruebas”<sup>34,35</sup> lo cual guarda relación con el criterio adoptado por este

---

<sup>28</sup> Hernando Devis Echandía, *Teoría general del proceso* (Bogotá: Editorial Temis S.A., 2017), 356.

<sup>29</sup> Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial* (Buenos Aires: Editorial Temis S.A., 2002), t. I, 115.

<sup>30</sup> Ecuador, *COGEP*, art. 162. “Deben probarse todos los hechos alegados por las partes, salvo los que no lo requieran [...]”

<sup>31</sup> Ramírez Romero, *Apuntes sobre la prueba*, 52.

<sup>32</sup> Ecuador, *COGEP*, art. 164. [...], “La o el juzgador tendrá obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión”.

<sup>33</sup> Ecuador, Corte Constitucional, *sentencia No. 1258-13-EP/19*, de 11 de diciembre de 2019, párr. 23. En igual sentido, véanse las sentencias No. 274-13-EP/19, de 18 de octubre de 2019, párr. 46; *No. 1357-13-EP/20*, de 8 de enero de 2020, párr. 32; y, *No. 1837-12-EP/20*, de 29 de enero de 2020, párr. 18.

<sup>34</sup> *Ibíd*, *sentencia No. 1320-13-EP/20*, de 27 de mayo de 2020, párr. 47. En similar sentido, véanse las sentencias No. 989-11-EP/19, de 10 de septiembre de 2019, párr. 29; y, No. 1990-14-EP/20, de 2 de junio de 2020, párr. 32.

<sup>35</sup> *Ibíd*, *Garantía de motivación*, No. 1158-17-EP/21, de 20 de octubre de 2021, párr. 61.2.

tribunal en la sentencia Sentencia N° 989-11-EP/19, del 10 de septiembre de 2019, en que se expresó que: “obliga al juez constitucional a efectuar un análisis minucioso y pormenorizado del caso y las pruebas aportadas por las partes”;<sup>36</sup> de lo cual se puede apreciar que, acorde al criterio del órgano de administración de justicia constitucional, el jugador si tiene la obligación de realizar una valoración de toda la prueba aportada por los justiciables, y no solo la que le sirve al juez para resolver.

## 2.5. Principio de eficacia jurídica de la prueba

Para entender este principio, iniciaremos definiendo qué es la eficacia, para luego poder brindar una definición del principio en sí mismo. En este sentido, procedo a señalar que de forma general, se entiende por eficacia a la “capacidad de alcanzar el efecto que espera o se desea tras la realización de una acción”.<sup>37</sup> Siguiendo esta definición, Ana Chumi Pasato, señala que: “la eficacia jurídica de la prueba, permite que el juez llegue al convencimiento o certeza respecto de los hechos controvertidos a través de los medios de prueba reconocidos como tal en la legislación, pues si la prueba es necesaria, ésta debe ser eficaz jurídicamente, para dotar de certeza al juzgador”;<sup>38</sup> para Anderson, Schum y Twining, la eficacia jurídica tiene su razón de ser en virtud de que: “todas las decisiones que resuelven cuestiones fácticas disputadas deben ser racionalmente justificadas”;<sup>39</sup> de lo que se puede colegir, que el principio de eficacia jurídica tiene que ver con que los medios de prueba aportados por las partes, cuenten con la fuerza probatoria necesaria para alcanzar a demostrar los hechos que se establecen en la demanda, contestación a la demanda, reconvención o contestación a la reconvención.

La eficacia jurídica de la prueba se encuentra concatenada con la demostración de los hechos, de tal suerte que el juzgador pueda llegar al convencimiento de la veracidad de los hechos propuestos por las partes, dado que las resoluciones judiciales deben estar en sintonía con la lógica,<sup>40</sup> lo cual le permitirá arribar a razonamientos correctos, sin embargo, para que estas reflexiones estén alineadas con las pretensiones de las partes, debe procurarse prueba que sea pertinente para demostrar el hecho alegado; así, Tarsicio Jáñez Barrio nos señala que la lógica del proceso “conduce al conocimiento verdadero y

<sup>36</sup> *Ibíd*, sentencia n° 989-11-EP/19, del 10 de septiembre de 2019, párr. 29.

<sup>37</sup> Google, <https://definicion.de/eficacia/>

<sup>38</sup> Chumi, *El deber judicial de admisión de los medios probatorios*, 12.

<sup>39</sup> Terence Anderson, David Schum y William Twining, *Análisis de la prueba*, trad. Flavia Carbonell y Claudio Agüero (Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2015), 137.

<sup>40</sup> Ciencia del juzgar rectamente.

permite obtener razonamientos correctos o formalmente válidos”,<sup>41</sup> por lo tanto, se ha de tener en cuenta que se requiere de prueba legalmente evacuada, conducente, pertinente, pero además que sea útil para la demostración de los argumentos fácticos, de tal forma que puedan conducir al juzgador a la verdad, de manera que su fallo sea justo.

Además, para que la prueba alcance la eficacia, debe haber sido obtenida con acatamiento a la Constitución, conforme lo señala el artículo 76.4.<sup>42</sup> Francisco Carnelutti, respecto de los medios de prueba ha señalado que: “el resultado de la valoración de la prueba es que se reconozca su eficacia o su ineficacia para establecer la verdad de la afirmación”,<sup>43</sup> añade que la eficacia de la prueba “puede resultar total o parcial según [...] la prueba sirva para demostrar sin más la verdad o sólo la verosimilitud del hecho mismo”.<sup>44</sup> Queda entonces determinado que la eficacia de la prueba va a ser calificada por el juzgador en cuanto esta sirva para demostrar las pretensiones o excepciones del litigante, misma que, como bien lo resalta Carnelutti, puede variar su graduación probatoria en la medida que sirvan para sustentar la afirmación.

## 2.6. Principio de concentración de la prueba

Este principio tiene como finalidad acumular en la menor cantidad de actos procesales el despacho y práctica de la prueba; es más, nuestro ordenamiento legal aspira que la práctica probatoria se ejecute en una sola audiencia. Para Carlos Ramírez Romero, el “COGEP procura la práctica de la prueba en primera instancia, pues en la audiencia de segunda instancia se practicará prueba `exclusivamente si se trata de acreditar hechos nuevos` o cuando haya sido posible obtener la prueba con posterioridad a la sentencia de primera instancia”.<sup>45</sup>

Ramiro García Falconí, citando a Guiseppe Chioventa, ha señalado que: “la oralidad requiere que el proceso sea concentrado lo más posible en una audiencia o en pocas audiencias. Este principio de la concentración es la consecuencia principal de la oralidad, y la que más influye en la brevedad de los pleitos”,<sup>46</sup> pudiendo sostener en base

---

<sup>41</sup> Tarsicio Jáñez Barrio, *Lógica Jurídica, hacia una argumentación jurídica* (Caracas: Publicaciones Universidad Católica Andrés Bello, 2014), 6ª ed., XIII.

<sup>42</sup> Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, art. 76 “[...]. 4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria”.

<sup>43</sup> Francisco Carnelutti, *Sistema de Derecho Procesal Civil, composición del proceso*, trad. Niceto Alcalá, Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo (Buenos Aires: Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 2016), t. II, 471.

<sup>44</sup> *Ibíd.*

<sup>45</sup> Ramírez Romero, *Apuntes sobre la prueba*, 44.

<sup>46</sup> García Falconí y Pérez-Cruz Martín, coords., *Código Orgánico General de Procesos*, 889.

al criterio del tratadista García Falconí, que el principio de concentración está orientado a lograr mayor efectividad en el proceso, con aceleración de los tiempos para lograr sentencias más ágiles y oportunas.

Hugo Alsina, respecto de este principio ha señalado que tiende a “acelerar el proceso eliminando trámites que no sean indispensables, con lo cual se obtiene al mismo tiempo una visión más concreta de la litis”;<sup>47</sup> de lo referido por Alsina se puede establecer que este principio, tiene estrecha relación con los principios de economía procesal, oralidad y celeridad, debido a que busca concentrar en un mismo acto la mayor cantidad de actuaciones procesales; sin embargo, también cabe destacar que bajo la invocación de este principio, el juzgador no puede sacrificar el debido proceso.

### **3. El objeto y finalidad de la prueba**

Tratar el tema del objeto y finalidad de la prueba, es adentrarnos al conocimiento en la investigación sobre cuál sería el verdadero propósito que esta persigue y con ello poder entender la misión que se le ha otorgado a la actividad probatoria. Partiendo de las definiciones que se propongan, estaremos en la capacidad de entender qué hechos son los que requieren ser probados y cuáles no ameritan la práctica de prueba.

#### **3.1. Objeto de la prueba**

Cuando mencionamos el objeto de la prueba, debemos entender que nos referimos a aquellos hechos controvertidos, es decir, aquellos hechos cuya existencia o modalidad no es pacífica, pues precisamente se presentan al proceso para ser discutidos o contradichos por el adversario y, por tanto sujetos a demostración en el marco de una contienda judicial; en este sentido, el maestro Jairo Parra Quijano ha señalado que: “son objeto de la prueba judicial las realidades susceptibles de ser probadas, sin relación con ningún proceso en particular; se trata de una noción objetiva y abstracta”.<sup>48</sup> Por su parte, Hernando Devis Echandía, establece que:

Cuando se dice que el objeto de la prueba judicial son los hechos, se toma esta palabra en un sentido jurídico amplio, esto es, como todo lo que puede ser percibido y que no es simple entidad abstracta o idea pura, y no en su significado literal, ni mucho menos

---

<sup>47</sup> Alsina, *Fundamentos de derecho procesal*, 176.

<sup>48</sup> Jairo Parra Quijano, *Manual del derecho probatorio* (Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda, 2011), 18 ed, 121.

circunscrito a sucesos o acontecimientos; en otra forma no podría incluirse en el término todo lo que puede probarse para fines procesales.<sup>49</sup>

Además, el tratadista Giuseppe Chiovenda nos ha mencionado que: “objeto de la prueba son los hechos no admitidos y que no sean notorios”.<sup>50</sup> De lo anotado queda en evidencia que el objeto de la prueba, tiene relación con la demostración de los hechos propuestos afirmativamente por los sujetos procesales, cuya aceptación de la parte contraria no se aprecia en el proceso.

### **3.2. Finalidad de la prueba**

Para conocer qué se debe entender por finalidad de la prueba, es necesario recurrir a nuestra legislación, así, el Código Orgánico General de Procesos, en el artículo 158 señala: “la prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos”;<sup>51</sup> por su parte, Carlos Ramírez Romero, parafraseando a Michael Taruffo, nos ha señalado que: “No es necesario, [...], establecer la verdad de los hechos, pues lo que importa es resolver el conflicto restaurando las relaciones pacíficas entre los individuos”;<sup>52</sup> además, Manuel Atienza permite vislumbrar precisamente la finalidad de la prueba, cuando al hablarnos de la argumentación de las decisiones, nos plantea que: “hay que argumentar porque hay que decidir y porque no aceptamos que las decisiones [...] puedan presentarse de manera desnuda, desprovistas de razones”.<sup>53</sup> Bajo estas percepciones doctrinarias, se puede determinar que la finalidad de la prueba es la de llevar al juzgador al convencimiento de un hecho que le ha sido presentado para ser resuelto.

De lo anotado, finalmente se podría señalar que, mientras el objeto de la prueba es la demostración de las afirmaciones propuestas por las partes, la finalidad de la prueba consiste en llevar al juzgador al convencimiento de cómo ocurrieron los hechos, esto es, sobre la verdad material que se vislumbra a través de la actuación probatoria.

## **4. ¿Qué se entiende por carga de la prueba?**

---

<sup>49</sup> Devis Echandía, *Teoría general de la prueba*, 150-1.

<sup>50</sup> Giuseppe Chiovenda, *Instituciones del derecho procesal civil* (Buenos Aires: Editorial Jurídica Universitaria, 2002), 502.

<sup>51</sup> Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, Art. 158.

<sup>52</sup> Ramírez Romero, *Apuntes sobre la prueba*, 45.

<sup>53</sup> Manuel Atienza, *El Derecho como argumentación* (Barcelona: Editorial Planeta S.A., 2012),

Para conocer que debemos entender por *carga* en materia probatoria, partiremos de la definición que nos brinda el tratadista Gabriel Valentín, quien la define como: “el peso (*onus*), que la ley atribuye a ciertas personas”;<sup>54</sup> debiendo entenderse por *peso* al deber u obligación que una norma impone a los gobernados. Además, el tratadista antes citado, refiriéndose a la *carga de la prueba*, señala: “es el peso u obligación que soporta quién debe realizar los actos necesarios para aportar los medios probatorios, obtener su agregación y diligenciamiento al proceso, para demostrar la existencia o inexistencia de ciertos hechos”.<sup>55</sup> Por su parte, Eduardo J. Couture, respecto del tema materia de estudio ha señalado: “el actor tiene la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la obligación, y si no la produce, pierde el pleito, aunque el demandado no pruebe nada”.<sup>56</sup> A partir de estas acotaciones, se podría colegir que la carga de la prueba no es otra cosa que la obligación legal que tiene el litigante de probar los hechos propuestos en juicio, para que el juzgador pueda aceptar su pretensión o excepción, ya que de incumplir con esa obligación, el resultado no será favorable a los intereses.

Lino Enrique Palacios, respecto del tema, ha señalado que:

Las reglas sobre la carga de la prueba son, pues, aquellas que tienen por objeto determinar cómo debe distribuirse, entre las partes, la actividad consistente en probar los hechos que son materia de litigio. Tales reglas, sin embargo, no imponen deber alguno a los litigantes. Quien omite probar, no obstante, la regla que pone tal actividad a su cargo, no es pasible de sanción alguna. Sólo ocurre que se expone al riesgo de no formar la convicción del juez sobre la existencia de los hechos de que se trate, y, por consiguiente, pues, como toda carga procesal, un imperativo del propio interés. En principio la carga de la prueba incumbe a la parte que afirma, de modo tal que el acto debe probar su pretensión y el demandado sus defensas.<sup>57</sup>

De la definiciones propuestas, extraeremos para este trabajo que, cuando nos referimos al *onus probandi* o carga de la prueba, en principio nos estamos refiriendo a que cada parte tiene la obligación de demostrar los fundamentos fácticos que ha propuesto en su demanda, contestación a la demanda, reconvencción o contestación a la reconvencción, es decir, que se trata de aportar con pruebas al proceso que permitan determinar la veracidad de los hechos y obtengan el convencimiento del juez, de tal modo que puedan avizorar un probable triunfo en el juicio.

---

<sup>54</sup> Gabriel Valentín, “La prueba y la sentencia: algunas reflexiones sobre la regla de la carga de la prueba”, *Revista de Derecho -Universidad Católica de Uruguay-*, No. 10 (2014), 261, ISSN 1510-3714.

<sup>55</sup> *Ibíd.*

<sup>56</sup> Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, 243.

<sup>57</sup> Lino Enrique Palacio, *Manual de Derecho Procesal Civil* (Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 2004), ed.18, 392.

## 5. Distribución de la carga de la prueba

En el subtema anterior dimos un repaso a las definiciones de carga de la prueba, y se diseñó una definición a partir de las brindadas por la doctrina; en esta ocasión, trataremos de presentar cómo se distribuye esa obligación o peso de probar un hecho. La doctrina nos presenta varias teorías sobre la distribución de la carga probatoria, cuyo fin es determinar a qué parte procesal le correspondería probar los hechos. Así, Jaime Azula Camacho señala: “en nuestro medio pueden distinguirse dos teorías que tuvieron acogida en su momento: [...] A) teoría de la naturaleza constitutiva, extintiva o modificatoria de los hechos; B) teoría que impone a cada parte la carga de probar el supuesto de hecho de las normas cuya aplicación solicita.”<sup>58</sup> Según la *teoría de la naturaleza constitutiva* [A], corresponde “probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o estas”;<sup>59</sup> por su parte, la *teoría que impone a cada parte la carga de probar el supuesto de hecho de la norma cuya aplicación solicita* [B], determina que: “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.”<sup>60</sup> Según lo refiere el tratadista Azula Camacho, la teoría de la naturaleza constitutiva, que ha sido signada con la letra [A], tuvo duras críticas, por las cuales se ataca que: “sobre el demandante gravita la carga de la prueba para probar la existencia de la obligación, mientras que la ubica en el demandado cuando se trate de la extinción”;<sup>61</sup> aspecto que la teoría de la naturaleza constitutiva no deja aclarado plenamente, pero además, “hace referencia exclusivamente a las obligaciones, dejando fuera a los derechos reales”.<sup>62</sup> Finalmente, esta teoría omite la “modificación, que puede referirse a cualquiera de las partes, según quien la invoque”.<sup>63</sup> Por su parte, la teoría que impone a cada parte la carga de probar el supuesto de hecho de la norma cuya aplicación solicita, signada con la letra [B], establece una carga probatoria para quien alega un supuesto de hecho, siendo por lo tanto una regla más clara que la determinada en la teoría de la naturaleza constitutiva.

Referente a las teorías citadas por Jaime Azula Camacho, el artículo 169<sup>64</sup> del Código Orgánico General de Procesos, acoge la teoría que impone a cada parte la carga

---

<sup>58</sup> Jaime Azula Camacho, *Manual de derecho procesal, pruebas judiciales* (Bogotá: Editorial Temis S.A., 2008), 3ª ed., VI, 47-8.

<sup>59</sup> *Ibíd*

<sup>60</sup> *Ibíd*, 48.

<sup>61</sup> *Ibíd*.

<sup>62</sup> *Ibíd*

<sup>63</sup> *Ibíd*.

<sup>64</sup> Ecuador, *COGEP*, art. 169.- Carga de la prueba. “Es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su

de probar el supuesto de hecho de las normas cuya aplicación se solicita, al establecer la fórmula para distribuir la carga probatoria, imponiendo ese peso inicialmente sobre los hombros del actor, respecto de los hechos propuestos afirmativamente; una segunda distribución se presenta cuando se le impone al demandado la obligación de probar si al contestar la demanda realiza afirmaciones ya sea en forma manifiesta -expresas- o tácitas.

Si bien nuestra legislación ha dejado sentado el criterio de cómo se debe distribuir la carga probatoria, para el profesor Gian Antonio Micheli, no existen fórmulas o reglas absolutas que permitan establecer el camino para determinar a quién le corresponde demostrar un hecho<sup>65</sup>. Por su parte, el Código Orgánico General de Procesos, conforme se lo ha mencionado, mantiene las reglas de distribución de la carga probatoria que se encontraban establecidas en el extinto Código de Procedimiento Civil, así como en el Proyecto de Código de Procedimiento Civil preparado por el Instituto de Derecho Procesal hace algunos años, siendo insuficientes para cubrir todas las expectativas que se debe considerar al establecer la responsabilidad de probar dentro de un proceso.

Cuando el legislador establece la obligación del actor de probar los hechos propuestos afirmativamente, nos traslada a la regla del derecho romano *necessitas probandi incumbit illi qui agit*;<sup>66</sup> al respecto, se ha señalado que esta regla si bien sirve para solucionar un número importante de casos, no es suficiente para satisfacer toda la distribución probatoria. Así, José Luis Seoane Spiegelberg, sostiene: “son insuficientes para ordenar la distribución probatoria en toda clase de procesos, dado que la carga de la misma no corresponde exclusivamente al actor, sino que igualmente compete al demandado el acreditamiento de los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes que opone ante la pretensión contra el mismo ejercitada”.<sup>67</sup>

En forma similar se ha pronunciado el procesalista Hugo Alsina, al señalar que: “la primera regla, según la cual *onus probandi incumbit actoris*, resulta inexacta en los numerosos casos en que la misma ley transfiere la carga de la prueba al demandado como ocurre en las presunciones”;<sup>68</sup> sin embargo, esta máxima jurídica, encuentra su

---

contestación. La parte demandada no está obligada a producir pruebas si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa; pero sí deberá hacerlo si su contestación contiene afirmaciones explícitas o implícitas sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada. [...]

<sup>65</sup> Gian Antonio Micheli, *La carga de la prueba* (Buenos Aires: Mundo Editores, 1982), 310

<sup>66</sup> La necesidad de probar incumbe a quién ejercita la acción. Otra regla análoga de la citada es el latinismo *necessitas probandi incumbit actori*, que significa: la necesidad de la prueba incumbe al actor.

<sup>67</sup> García Falconí y Pérez-Cruz Martín, coords., *Código Orgánico General de Procesos*, 946.

<sup>68</sup> Hugo Alsina, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial* (Buenos Aires: Ediar Soc. Anon. Editores, 1961), 2ª ed., III, 255.

complemento en la regla del derecho romano *reus in excipiendo fit actor*,<sup>69</sup> misma que plantea que la prueba de los hechos básicos o constitutivos de las excepciones planteadas al contestar la demanda corresponde al demandado.

Otra forma de distribución constante en el Código Orgánico General de Procesos, que ha considerado el legislador ecuatoriano, es que, corresponde la prueba a quien afirma y no a quien niega *-ei icumbit probatio ei qui dicit, non ei qui negat-*, máxima del derecho que tampoco encierra certeza completa, toda vez que esta regla tiene sus excepciones, por cuanto existen afirmaciones que no requieren de prueba como los hechos notorios o públicamente evidentes [artículo 163.3. COGEP], así como también, existen negativas que contienen afirmaciones implícitas.

Hugo Alsina brinda criterios más exactos respecto de la distribución de las cargas probatorias, estableciendo las siguientes reglas:

1. Al actor incumbe la prueba del hecho constitutivo del derecho cuyo reconocimiento pretende. [...]. 2. No siempre bastará al actor la prueba del hecho constitutivo, sino que en algunos casos deberá también probar la violación del derecho. [...]. 3. Un hecho impeditivo o modificativo o extintivo puede fundar una demanda y ello es frecuente en las acciones meramente declarativas. El actor deberá probar en ese caso el hecho que impidió la constitución de una relación jurídica o la modificó o la extinguió. Al que pide la nulidad de un acto jurídico corresponde la prueba del error, dolo, violencia o simulación en que funda su demanda. 4. Respecto del demandado, es necesario tener en cuenta las distintas posiciones en que puede colocarse en la contestación. Su allanamiento exime de prueba al actor; [...].<sup>70</sup>

Si bien la legislación procesal ecuatoriana, nos ha allanado el camino sobre la distribución de las cargas probatorias -pautas que se las puede encontrar en el artículo 169 del Código Orgánico General de Procesos-, es importante contrastar esta información con las reglas que nos brindan los procesalistas, de tal suerte que, se pueda tener un panorama más amplio de qué y cómo probar, y sobre quién recae esta obligación, en aras de procurar una sentencia favorable a nuestros intereses.

## **6. La corriente civilista del *onus probandi* - la obligación de probar los hechos a quien los alega**

Como se ha venido señalando en el presente trabajo, el Ecuador ha asumido la corriente civilista que refiere *el que afirma prueba*, lo cual consta recogido en el artículo

<sup>69</sup> El demandado es actor en la excepción

<sup>70</sup> Alsina, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, 257-8.

169 del Código Orgánico General de Procesos, en el que se concretan dos obligaciones probatorias impuestas a los sujetos procesales, por un lado señala, que: “[e]s obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda”; y, además agrega que: “la parte demandada no está obligada a producir prueba si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa; pero si deberá hacerlo si su contestación contiene afirmaciones explícitas o implícitas sobre el hecho [...]”.

Jaime Azula Camacho ha señalado que: “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”,<sup>71</sup> pensamiento que se apega a las tendencias legislativas actuales en Latinoamérica, sumado a ello, de la transcripción normativa realizada en el párrafo anterior, se puede colegir con claridad meridiana, que esta corriente impone la obligación de probar a quien afirma.

Al respecto, es necesario señalar que, sin realizar los estudios necesarios, en materia laboral se ha impuesto la aplicación de la misma corriente civilista, a través de la cual el actor debe probar sus afirmaciones, principalmente en cuanto se refiere a las instituciones jurídicas del *despido intempestivo*, *acoso laboral* y *discriminación*. Como se ha indicado, respecto de la institución jurídica del despido intempestivo, existe jurisprudencia de la Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia, como las sentencias publicadas en la Gaceta Judicial, año CXI, serie XVIII, n.o: 10, del 17 de febrero de 2011, p. 3865; y, Gaceta Judicial, año CVIII, serie XVIII, n.o: 4, del 29 de marzo de 2007, p. 1551, que señalan que esta figura jurídica es un hecho que debe probarse por el trabajador con los detalles de: fecha, día, hora, lugar y circunstancias en que se produjo el hecho, impidiendo con ello que muchos casos de despido intempestivo queden sin poder ser demostrados, esto precisamente debido a la dificultad que conlleva probar un hecho que el empleador ejecuta en la *clandestinidad*, es decir, sin que existan testigos de por medio, sin dejar constancia alguna por escrito, e incluso cuidándose de ser grabado con cualquier dispositivo electrónico.

## **7. La inversión de la carga probatoria**

Desarrollado el tema de la carga probatoria, en esta parte de la investigación trataremos sobre su inversión, mecanismo que constituye un sistema de alivio probatorio a quien afirma un hecho, principalmente cuando existen indicios o presunciones

---

<sup>71</sup> Azula Camacho, *Manual de derecho procesal*, 48.

fundadas, a través de las cuales se da por acreditado un hecho a través de otros, panorama bajo el cual se revierte la carga de la prueba a quien niega el hecho.

Cristina Santibáñez Boric, al referirse a la inversión de la carga probatoria, sostiene: “consiste en la alteración de las normas sobre carga de la prueba siempre que el juez de la causa constate que se presenta en la especie el supuesto que esta norma indica, esto es, que existan indicios suficientes de que se ha producido una vulneración de una garantía fundamental”<sup>72</sup>, debiendo destacar que, esta variación a la regla general de la carga probatoria, es aplicable siempre que de los indicios existentes en la causa se pueda inferir como cierto otro hecho que era desconocido.

Robinson Vicuña González y Teódulo Santos Cruz complementan estos criterios adicionando que:

si partimos del criterio que impone la carga de la prueba al demandante (la regla), la excepción al mismo será “invertir” la regla en el sentido de que la ley “pone el riesgo de la regla faltante de un hecho a cargo del demandado”. Desde otro punto de vista, si la carga de la prueba se impone al que afirma, la ley “invertirá” la regla estableciendo una presunción iuris tantum en la que se basa la afirmación del favorecido por lo que la carga recaería en quien niega la existencia del hecho presumido<sup>73</sup>

Los autores colombianos Angélica María Parra González, Martín Eduardo Jáuregui Ramírez e Ingrid Yajaira González Rico, han señalado que: “la inversión de la carga de la prueba es una figura jurídica de creación netamente jurisprudencial. Su propósito se identifica en el mejor proveer frente a la prueba de los hechos en el proceso de cara a situaciones en las que resulta imposible la obtención o aportación de la prueba por el demandante o por quien alega la ocurrencia del hecho”<sup>74</sup>. De lo transcrito se aprecia que este modo de distribución de la carga probatoria se constituye en una subregla, o dicho de otra forma, nace como una excepción a la regla general: *el que alega debe probar*.

Hugo Alsina ha sostenido que: “En ciertos casos la ley regula la carga de la prueba atribuyéndola, no a quien afirma el hecho [...], sino a quién niega su existencia”,<sup>75</sup> de lo

---

<sup>72</sup> Cristina Santibáñez Boric, “Las cargas probatorias dinámicas”, *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, v. 1, n° 1 (2010): 83-92, doi: 10.5354/0719-7551.2016.43029

<sup>73</sup> Robinson Vicuña González y Teódulo Santos Cruz, “Desnaturalización del principio de inversión de la carga de la prueba en los procesos laborales de impugnación de despido”, *Ciencia y Tecnología*, v. 12, n° 2 (2016): 27-44, ISSN: 2306 – 2002

<sup>74</sup> Angélica María Parra González, Martín Eduardo Jáuregui Ramírez e Ingrid Yajaira González Rico, *La inversión de la carga de la prueba en Colombia y el debido proceso del demandado*, 3, file:///C:/Users/My%20Notebook/Downloads/155-498-1-PB.pdf

<sup>75</sup> Alsina, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, 259.

que se puede establecer que, en ciertos casos, la ley permite liberar de la obligación de probar a quien favorece su actuación, dando por existente un hecho que se presume como cierto, siempre que se encuentre demostrado otro elemento fáctico que haya servido de antecedente. El artículo 169 del Código Orgánico General de Procesos<sup>76</sup> establece ciertos casos de inversión probatoria como en los casos de familia, mujer, niñez y adolescencia, y ambiental. Sin embargo, esta misma disposición legal deja abierta la posibilidad de aplicar esta misma regla de inversión probatoria a “otros casos [...] de conformidad con la ley.”<sup>77</sup>

## 8. La prueba indiciaria

Para contextualizar el tema central de este trabajo académico, es importante el esbozar criterios respecto de lo que se debe entender por prueba indiciaria, dado que, esta figura jurídica permitirá realizar propuestas de modulación probatoria. Para este fin, iniciamos citando a Guillermo Cabanellas, quién define al indicio como: “acción o señal que da a conocer lo oculto // Conjeturas derivadas de las circunstancias de un hecho”.<sup>78</sup> Por su parte, Marco Díaz De León, nos señala que: “en el campo procesal los indicios son los signos, señales, rastros o huellas sirvientes para presumir que un hecho o acto pudo suceder o que ha sucedido”.<sup>79</sup> Para José Anton Mittermaier, el indicio es “un hecho que está en relación tan íntima con otro hecho, que un Juez llega de uno al otro por medio de una conclusión muy natural”.<sup>80</sup> Además, Alonso Ortiz Rodríguez, también señala que: “indicio es aquella circunstancia probada perfecta o imperfectamente, de la cual se induce una perfecta o imperfecta prueba de otra circunstancia que se investiga.”<sup>81</sup>

De lo anotado brindaremos una definición de indicio, señalando al respecto que, indicio es un hecho que, siendo demostrado o demostrable, permite inferir un hecho

---

<sup>76</sup> Ecuador, *COGEP*, art. 169 “[...] En materia de familia, la prueba de los ingresos de la o del obligado por alimentos recaerá en la o el demandado, conforme con lo dispuesto en la ley sobre el cálculo de la pensión alimenticia mínima. En materia ambiental, la carga de la prueba sobre la inexistencia de daño potencial o real recaerá sobre el gestor de la actividad o la o el demandado. También serán admisibles otros casos de inversión de la carga de la prueba, de conformidad con la ley”.

<sup>77</sup> Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, art. 169

<sup>78</sup> Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, t. IV, 390.

<sup>79</sup> Marco Antonio Díaz De León, *La Prueba Indiciaria, Indicios y Presunciones*, com. Fernando Quiceno Álvarez (Bogotá / Caracas / Panamá / Quito: Editorial Jurídica Bolivariana, 2008), 9.

<sup>80</sup> José Anton Mittermaier, *De los indicios y de las presunciones, Indicios y Presunciones*, com. Fernando Quiceno Álvarez (Bogotá / Caracas / Panamá / Quito: Editorial Jurídica Bolivariana, 2008), 9.

<sup>81</sup> Alfonso Ortiz Rodríguez, *Los indicios, Indicios y Presunciones*, com. Fernando Quiceno Álvarez (Bogotá / Caracas / Panamá / Quito: Editorial Jurídica Bolivariana, 2008), 9.

nuevo; estos indicios suelen ser llamados también prueba artificial, debido a que, si bien estos no alcanzan el valor de prueba directa o plena, el acaecimiento simultáneo de ellos, permite demostrar la verdad de un hecho. Los indicios se convierten en una cadena coordinada y coherente de hechos que van marcando al juzgador el camino para llegar a tener certeza de la verdad procesal de un hecho afirmado por los sujetos procesales.

La prueba indiciaria ha de ser entendida como aquella que está direccionada a convencer al juzgador respecto de la certeza de un hecho que, no constituyendo la hipótesis principal, en atención a las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, permiten tenerla, de forma razonada, como cierta.

Para que el indicio pueda atraer la mirada del juzgador y reconducirlo hacia el hecho que se necesita probar, es necesario que sea *grave*. Al respecto, José Antón Mittermaier señala que: “el indicio es tanto más grave cuando parece más cierta la relación necesaria entre el hecho primitivo y el hecho consiguiente desconocido”<sup>82</sup>; de lo que se puede deducir que, la gravedad del indicio se mide por la capacidad que un hecho demostrado tiene para conducir a la deducción de otro hecho, respecto del cual no existe prueba directa para su demostración; por lo tanto, esta capacidad permite que el hecho desconocido que se deduce del indicio grave, sea aceptado por el juzgador.

## Capítulo segundo

---

<sup>82</sup> Antón Mittermaier, *De los indicios y de las presunciones*, 123.

# **La carga probatoria en los temas de despido intempestivo, acoso laboral y discriminación conforme la jurisprudencia laboral ecuatoriana**

## **1. La carga probatoria en la jurisprudencia laboral ecuatoriana**

El presente capítulo, tiene como objetivo comprobar que el máximo organismo de justicia ordinaria en el Ecuador, esto es la Corte Nacional de Justicia, aplica en materia laboral la distribución de la carga probatoria siguiendo los parámetros establecidos en la corriente civilista que fue analizada en el capítulo anterior; misma que se basa en la consideración de que la relación jurídica sustancial se presenta entre sujetos procesales a los que concibe como iguales; no obstante, en materia laboral, si bien existen dos partes [empleador y trabajador], estos no se encuentran en igualdad de condiciones, es más, el trabajador se encuentra subordinado al empleador, tanto jerárquica como económicamente.

Se analizará las figuras jurídicas de despido intempestivo, acoso laboral y discriminación; partiendo desde una definición doctrinaria, para pasar luego a las definiciones establecidas por la Corte Nacional de Justicia, así como adentrarnos en el estándar probatorio propuesto por el aludido órgano de justicia ordinaria, para que estas figuras jurídicas puedan ser demostradas en juicio.

### **1.1. Despido intempestivo**

La figura del despido intempestivo aparece enunciada en el inciso segundo del artículo 332 de la Constitución de la República del Ecuador. Del mismo modo, el Código del Trabajo en su artículo 188, también se refiere a la figura jurídica del despido intempestivo. Sin embargo, queda claro que la norma jurídica no brinda una definición concreta de lo que se debe entender por despido, por lo que esta institución, ha tenido que ser desarrollada a través de la doctrina y la jurisprudencia.

#### ***1.1.1. Definición doctrinaria***

Para Guillermo Cabanellas, el despido en términos generales significa: “privar de ocupación, empleo, actividad o trabajo”.<sup>83</sup> Partiendo de esta acepción, la jurista Graciela Monesterolo Lencioni ha referido que: “el despido intempestivo consiste en la terminación brusca del contrato de trabajo”,<sup>84</sup> agrega además que: “esta figura jurídica no consta entre las causales de terminación del contrato individual de trabajo que enuncia el Código de la materia [artículo 169], por tratarse precisamente de una terminación ilegal, arbitraria, unilateral, que afecta el derecho fundamental que tiene todo trabajador de conservar su puesto de trabajo”;<sup>85</sup> también ha señalado que el despido intempestivo “es la privación de la ocupación, el empleo, la actividad o trabajo. Es la ruptura o disolución del contrato o relación de trabajo por voluntad unilateral del empleador o empresario.”<sup>86</sup>

Con base en estas nociones podemos ir realizando a modo de un esbozo, una definición propia de despido intempestivo, señalando que se trata de una forma no legal de terminar la relación laboral,<sup>87</sup> por lo tanto, esta ruptura de la relación laboral se produce en forma unilateral, es decir, por la sola voluntad de la parte empleadora, sin previo aviso y sin que exista causa que lo justifique, acción cuyo objetivo final es el de poner fin arbitrariamente al convenio celebrado entre el empleador y el trabajador.

Ahora bien, el despido al ser un acto incausado, esto es, que no presenta causa aparente para justificar esa ruptura, se torna en injusto y arbitrario, debido a que las razones que el empleador brinda como causas de dicha decisión no son verdaderas; pero, además, es ilegal, toda vez que no se encuentra establecido en la norma que regula la relación laboral [Código del Trabajo] como una causa para su terminación.

Así mismo, la doctrina y la jurisprudencia han llegado a desarrollar una distinción entre lo que se conoce como el despido intempestivo y el despido indirecto. Respecto del primer tipo, esto es, el despido intempestivo, se sostiene que es el que se produce cuando esa voluntad unilateral del empleador es manifiesta, es decir, cuando se expresa ese deseo de terminar el vínculo laboral, ya dejando expresa constancia escrita, ya manifestándola de forma oral, aún sin que quede registro de ella. En el segundo tipo de despido (indirecto), el empleador no manifiesta esa voluntad, sin embargo, las acciones que

---

<sup>83</sup> Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, t. III, 208.

<sup>84</sup> Graciela Monesterolo Lencioni, *Instituciones de derecho laboral individual, herramientas didácticas* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010), 3ª ed., I, 307.

<sup>85</sup> Monesterolo Lencioni, *Instituciones de derecho laboral individual*, 308.

<sup>86</sup> Graciela Monesterolo Leoncioni, *Sistema Regulatorio de empleados privados y obreros* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, Centro de Publicaciones Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2020), 190-1.

<sup>87</sup> Se señala que el despido intempestivo, es una figura jurídica no legal [ilegal], porque no se encuentra contemplada dentro de las causas legales para dar por terminada la relación laboral.

ejecuta dejan en evidencia que la pretensión del empleador es terminar ese vínculo laboral, por lo que para que pueda ser configurado, el trabajador requiere ejercer una acción de visto bueno ante el inspector del trabajo, ante quién demostrará una de las causales establecidas en el artículo 173 del Código del Trabajo.

### ***1.1.2. Definición brindada por la Corte Nacional de Justicia***

Como se ha venido señalando en líneas anteriores, el despido intempestivo -o incausado, como lo denominan en otras legislaciones-, no ha sido definido en la ley laboral ecuatoriana, siendo esta una de las razones que ha llevado tanto a tratadistas como a los administradores de justicia, a definir lo que debe entenderse por esta figura jurídica, por esta razón, tanto la Sala de lo Laboral y Social de la Ex - Corte Suprema de Justicia del Ecuador, como la actual Corte Nacional de Justicia, han sido análogas al considerar que: “el despido intempestivo constituye un medio ilegítimo que termina la relación laboral; este hecho debe justificarse que ocurrió en un tiempo y lugar determinados.”<sup>88</sup>

En este mismo sentido, la Sala ha determinado que: “el despido tipificado en la ley y de acuerdo con las múltiples resoluciones adoptadas supone una identificación objetiva, fáctica y circunstancial que demuestra el afán, el ánimo del empleador de terminar unilateralmente la relación laboral”;<sup>89</sup> además, la jurisprudencia ha llegado a catalogar al despido como “un acto mediante el cual el empleador hace conocer su voluntad de concluir la relación laboral que lo une con su empleado, violando la estabilidad laboral que confiere a la relación jurídica la ley, y al producirse provoca la sanción indemnizatoria a cargo del empleador, hecho que por ser real y objetivo, en un lugar y tiempo de producido debe ser probado fehacientemente.”<sup>90</sup>

De lo revisado se puede observar que la jurisprudencia ha tratado de brindarnos luces respecto de lo que se debe entender como despido intempestivo, incluso llegando a determinar las clases de despido, siendo estas el despido intempestivo y el despido indirecto, cuya configuración ha sido también analizada por la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, de tal suerte que, la aplicación de estas figuras jurídicas por parte de los

---

<sup>88</sup> Ecuador, Sala de lo Laboral y Social, *Sentencia*, en Gaceta Judicial, año XCIX, serie XVII, n.o: 1, 21 de junio de 1999, 185.

<sup>89</sup> Ecuador, Sala de lo Laboral y Social, *Sentencia*, en Gaceta Judicial, año XCVII, serie XVI, n.o: 10, 3 de febrero de 1998, 2671.

<sup>90</sup> Ecuador, Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia, *Sentencia*, en Gaceta Judicial, año CXIII, serie XVIII, n.o: 11, 21 de marzo del 2012, 4095.

juzgadores de primer nivel y jueces de Corte Provincial, no pueda ser limitada o peor aún restringir derechos.

### ***1.1.3. ¿Cuál es el estándar probatorio que ha señalado la Corte Nacional de Justicia del Ecuador?***

Cuando la Corte Nacional de Justicia define la figura jurídica del despido intempestivo, entra también a delinear cuál ha de ser el estándar probatorio requerido para poder demostrar su existencia, para ello la Corte Nacional de Justicia ha señalado que para demostrar el despido intempestivo, se ha de tener presente que este es un hecho cierto que se produce en determinado lugar, día y hora;<sup>91</sup> por lo tanto, el actor se ve abocado a comprobar la existencia del acto, señalando con exactitud el lugar, el momento y la circunstancias en que este se produce, es decir, el contexto general en el que se materializa la terminación unilateral de la relación laboral, para que el juzgador, sin tener un mínimo de duda pueda fallar en favor del trabajador.

No obstante, es necesario señalar que esta carga probatoria, ciertamente es un despropósito, considerando que el derecho laboral es un derecho social, y que el Estado tiene la obligación de tutelarlos; además, el trabajador es la parte más débil dentro de la relación laboral, y esto conlleva que le sea más difícil poder demostrar el despido intempestivo.

### ***1.1.4. ¿A quién le corresponde probarlo?***

Debido a que en materia laboral no se ha determinado una diferencia probatoria, en la actualidad se sigue la corriente civilista de la carga de la prueba, misma que impone al actor justificar las afirmaciones que ha propuesto en su acto de proposición. Bajo este panorama el estándar probatorio exigido por la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, recae en la persona del trabajador que reclama a su favor el despido intempestivo, así lo ha señalado la jurisprudencia al establecer que:

La Legislación y la Jurisprudencia son reiterativas en conceptualizar al despido intempestivo como un hecho de carácter objetivo que debe ser plenamente demostrado por quien lo alega y asume la carga de la prueba del mismo, hasta el punto de que cuando para probarlo se recurre a los testimonios, éstos tienen que ser directos y tan

---

<sup>91</sup> Ecuador, Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia, *Sentencia*, en Gaceta Judicial, año CXI, serie XVIII, n.o: 10, 17 de febrero de 2011, 3865; / Gaceta Judicial, año CVIII, serie XVIII, n.o: 4, 29 de marzo de 2007, 1551.

suficientemente explicativos y claros como para que no dejen duda de que tal evento y hecho en efecto ocurrió.<sup>92</sup>

En este mismo sentido la Sala de lo Laboral y Social de la ex - Corte Suprema de Justicia, al referirse al despido intempestivo ha establecido el siguiente criterio: “siempre debe ser objeto de prueba plena e inequívoca por parte de quien la alega, ya que siendo dicha conducta acreedora a severas penalidades económicas, es evidente que no debe quedar duda alguna al justiciador de que ella efectivamente ha ocurrido”.<sup>93</sup> Texto del cual se puede inferir que el modelo probatorio aplicable a los juicios laborales en el Ecuador, es el mismo que se viene aplicando en las demás materias no penales, sin que exista un tratamiento diferenciado en atención al carácter social del derecho laboral, por lo tanto, existe la plena exigencia, como ha quedado demostrado de las sentencias citadas, que es al trabajador a quien le corresponde probar el despido intempestivo; sin embargo, es importante destacar que la jurisprudencia está requiriendo prueba directa y plena, de la cual no quepa duda alguna.

#### ***1.1.5. Datos estadísticos sobre sentencia judiciales en juicios laborales por despido intempestivo en los cantones de Lago Agrio y Shushufindi de la provincia de Sucumbíos durante en el año 2020 y 2021.***

Con la finalidad de visibilizar que existe un problema probatorio al pretender demostrar la existencia de un despido intempestivo, se ha tomado como referencia las causas judiciales instauradas en la provincia de Sucumbíos, en los cantones Lago Agrio y Shushufindi, durante los años 2020 y 2021, para así tener un mejor panorama. Al efecto, se procede a representar mediante cuadros de la siguiente forma:

---

<sup>92</sup> Ecuador, Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia, *Sentencia*, en Gaceta Judicial, año CIV, serie XVII, n.o: 12, 10 de abril de 2003, 3990.

<sup>93</sup> Ediciones Legales, *Colección de Jurisprudencia - 1999-III* (Quito: Ediciones Legales, 2000), 383.

Tabla 1  
**Datos estadísticos sobre causas presentadas por despido intempestivo en el cantón  
 Lago Agrio, provincia de Sucumbíos, año 2020**

<b>Despido intempestivo</b>	<b>Número</b>	<b>Motivo</b>
Negado en primera instancia	50	Falta de prueba
Aceptado en primera instancia	10	Comprobación
Conciliación con pago de despido	02	Demandado acepta el despido
Conciliación sin pago de despido	08	Demandado no acepta el despido
Archivada	32	No completa la demanda
Desistimiento de la acción	02	El actor desiste del juicio
En citación	04	En etapa de citación
<b>Total</b>	<b>108</b>	

Fuente: *Unidad Judicial de Trabajo del Cantón Lago Agrio – FJ*  
 Elaboración: Wilmer Ramírez Loayza

De las causas que fueron negadas en primera instancia, sólo una apelación ha sido aceptada ante la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, declarando la existencia de despido intempestivo; sin embargo, de las causas aceptadas ante la jueza de primer nivel, cuatro causas fueron revocadas, debido a que se acepta el recurso de apelación y declaran sin lugar el despido intempestivo alegado. Estos datos nos representan la dificultad que existe en la actualidad para que un trabajador pueda demostrar que ha sido despedido.

Tabla 2  
**Datos estadísticos sobre causas presentadas por despido intempestivo en el cantón  
 Lago Agrio, provincia de Sucumbíos, año 2021**

<b>Despido intempestivo</b>	<b>Número</b>	<b>Motivo</b>
Negado en primera instancia	08	Falta de prueba
Aceptado en primera instancia	05	Comprobación
Conciliación con pago de despido	02	Demandado acepta el despido
Conciliación sin pago de despido	09	Demandado no acepta el despido
Archivada	11	No completa la demanda
Desistimiento de la acción	01	El actor desiste del juicio
En citación	30	En etapa de citación
Para audiencia	10	Falta señalar fecha
<b>Total</b>	<b>76</b>	

Fuente: *Unidad Judicial de Trabajo del Cantón Lago Agrio – FJ*  
 Elaboración: Wilmer Ramírez Loayza

De las causas que fueron negadas en primera instancia ninguna ha sido revocada ante la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos, de ello observamos que para el trabajador: “resulta casi siempre de suma dificultad”<sup>94</sup> probar el despido intempestivo.

Tabla 3  
**Datos estadísticos sobre causas presentadas por despido intempestivo en el cantón Shushufindi, provincia de Sucumbíos, año 2020**

<b>Despido intempestivo</b>	<b>Número</b>	<b>Motivo</b>
Negado en primera instancia	01	Falta de prueba
Aceptado en primera instancia	02	Comprobación
Conciliación con pago de despido	00	Demandado acepta el despido
Conciliación sin pago de despido	04	Demandado no acepta el despido
Archivada	01	No completa la demanda
Desistimiento de la acción	05	El actor desiste del juicio
En citación	03	En etapa de citación
Para audiencia	03	Falta señalar fecha
<b>Total</b>	<b>19</b>	

Fuente: *Unidad Multicompetente del cantón Shushufindi – FJ*  
Elaboración: Wilmer Ramírez Loayza

Tabla 4  
**Datos estadísticos sobre causas presentadas por despido intempestivo en el cantón Shushufindi, provincia de Sucumbíos, año 2021**

<b>Despido intempestivo</b>	<b>Número</b>	<b>Motivo</b>
Negado en primera instancia	00	Falta de prueba
Aceptado en primera instancia	01	Comprobación
Conciliación con pago de despido	01	Demandado acepta el despido
Conciliación sin pago de despido	02	Demandado no acepta el despido
Archivada	02	No completa la demanda
Desistimiento de la acción	00	El actor desiste del juicio
En citación	06	En etapa de citación
Para audiencia	03	Falta señalar fecha
<b>Total</b>	<b>15</b>	

Fuente: *Unidad Multicompetente del cantón Shushufindi – FJ*  
Elaboración: Wilmer Ramírez Loayza

<sup>94</sup> Jorge Toyama Miyagusuki y Elmer Huamán Estrada, *La prueba del despido nulo en la Nueva Ley Procesal del Trabajo* (Lima: Bosch Procesal, 2020), t. III, 20.

Como se ha dejado indicado, existe un problema probatorio al intentar visualizar y evidenciar procesalmente la existencia de un despido intempestivo, hecho que de forma alguna es aislado u ocurra únicamente en la provincia de Sucumbíos, en la cual se ha extraído información, sino más bien es un hecho que se presenta en todo el territorio ecuatoriano, dado que es un problema que nace del rigor probatorio, y así lo ratifica el laboralista Fernando González Calle, quien al realizar una entrevista a jueces de trabajo y miembros de la Sala de lo Laboral de la Corte Provincial de Azuay, referente a la pregunta 6. “¿Generalmente, para el trabajador demandante es fácil o difícil probar el despido?”,<sup>95</sup> las respuestas han llevado al mencionado profesional a concluir que: “probar el despido es difícil, porque el despido generalmente se da sin presencia de personas, es un hecho que por ser generalmente premeditado se da en reserva”,<sup>96</sup> dejando entrever claramente la dificultad de probar el hecho que dio lugar al despido intempestivo, dificultad que es conocida por el empleador y por esta razón deliberadamente busca comunicar su decisión unilateral de terminar la relación laboral, sin dejar vestigios por escrito, sin que existan testigos, cámaras y otros mecanismos a través de los cuales el trabajador pueda llegar a demostrar tal hecho.

## 1.2. Acoso laboral

Hablar del acoso laboral es introducirnos en un campo aún no bien explorado, pues si bien los tratadistas y maestros multidisciplinarios han tratado de brindarnos algunas nociones respecto de que se debe considerar como acoso laboral, este aún no ha sido plenamente desarrollado por la doctrina y jurisprudencia ecuatoriana, dada la complejidad del tema, pues presenta una mixtura entre la rama de derecho y sus disciplinas -penal (cuando concurren infracciones), laboral, civil (daños)-, y el conocido eje médico-social, mismo que: “comprende a otras disciplinas y asignaturas tales como Sociedad y Salud, Filosofía y Salud, Teoría y Administración de Salud y Medicina General Integral”,<sup>97</sup> y que abarca, además, a la psicología médica.

En el Ecuador es un tema bastante novel, pese a que de a poco se han venido asumiendo ciertas pautas y pronunciamientos que se van desarrollando en el ámbito

---

<sup>95</sup> Fernando González Calle, “El despido: ineficaz, discriminatorio y la carga de la prueba”, *Revista Novedades Jurídicas*, 53, en: <https://www.gonzalezabogados.legal/wp-content/uploads/2021/01/NOVEDADES-JURIDICAS.pdf>

<sup>96</sup> *Ibíd*, 53.

<sup>97</sup> José Domínguez Rodríguez, Francisco Morales Calatayud y Martha Landeros López, “La psicología de la salud en el plan de estudio de la medicina: razones del cambio”, *Revista Cubana de Educación Médica Superior*, n.o 13 (1999): 19, <http://scielo.sld.cu/pdf/ems/v13n1/ems03199.pdf>

internacional, para brindar respuestas a esta problemática social; tema que fue inicialmente la preocupación muy acertada de la investigadora Lina Parra Cortés, quien en el año 2015 ya venía advirtiendo que el Ecuador no cuenta con una ley específica tendiente a prevenir y afrontar jurídicamente la temática del acoso laboral;<sup>98</sup> siendo que, recién el 9 de noviembre del 2017, se publicó en el Registro Oficial 116, Suplemento, la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Servicio Público y al Código del Trabajo para prevenir el acoso laboral.

Como se lo ha dejado señalado *ut supra*, esta ley orgánica que nace el 09 de noviembre del 2017, introduce reformas tanto a la Ley Orgánica del Servicio Público, así como al Código del Trabajo. Esta ley para prevenir y erradicar el acoso laboral, al tiempo que nos brinda definiciones, también crea nuevas obligaciones y prohibiciones al empleador, inserta como prohibición a los trabajadores el cometimiento de actos de acoso laboral en todos sus grados o especies; y, además, incluye causales tanto para el trabajador como para el empleador para configurar el visto bueno; no obstante, la reforma más importante que conlleva, es el cambio de paradigma en el sistema probatorio laboral, al permitir que el trabajador presente indicios fundados sobre la existencia de acoso laboral.<sup>99</sup>

Como se lo ha señalado anteriormente, a pesar de los esfuerzos para prevenir y erradicar el acoso laboral, debido a que estos ataques en su mayoría son acciones que se producen en la clandestinidad, sin dejar rastros a seguir para demostrar tales hechos; y además, porque estos actos se producen, con mayor frecuencia, contra personas recién incorporadas al mercado laboral, o en aquellos trabajos que se ejecutan en condiciones precarias, en los que no existe estabilidad laboral, siendo uno de los mecanismos de presión el miedo a quedarse sin empleo, por ejemplo, lo que impide que se visibilicen los actos de acoso contra del trabajador.

Parra Cortez, nos señala que: “[e]l acoso laboral es una problemática que puede afectar a cualquier persona”,<sup>100</sup> agrega además que: “[r]eviste una naturaleza compleja, pues puede configurar un conflicto laboral, pero también puede llegar a ser una violación de derechos Fundamentales”.<sup>101</sup>

---

<sup>98</sup> Lina Victoria Parra Cortez, “Aportes para el desarrollo normativo sobre acoso laboral en Ecuador: la experiencia de la Ley 1010 de 2006 en Colombia”, *Foro Revista de Derecho*, n.o 24 (2015): 51, <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/455/450>

<sup>99</sup> Ecuador, *Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Servicio Público y al Código del Trabajo para prevenir el Acoso Laboral*, Registro Oficial N° 116, Suplemento, 9 de noviembre de 2017.

<sup>100</sup> *Ibíd.* 52

<sup>101</sup> *Ibíd.*

### 1.2.1. Definición doctrinaria

El acoso laboral es una figura que ha sido identificada como *mobbing*, cuya aproximación a la definición de esta palabra nos dirige a la acción de agredir, atacar, maltratar o acosar en grupo a alguien. Esta palabra aparece inicialmente introducida por el etólogo Korad Lorenz, para describir el ataque de un grupo de animales pequeños a un solo ejemplar de la misma especie animal más grande.<sup>102</sup> Sin embargo, es a partir de los estudios del psicólogo, pedagogo y psiquiatra nacionalizado sueco, doctor Heinz Leymann, que esta palabra comenzó a ser utilizada para describir comportamientos en las relaciones humanas, identificada en un “comportamiento muy destructivo de pequeños grupos de niños dirigido contra (la mayoría de las veces) un solo niño”.<sup>103</sup>

Es a partir de Leymann que la palabra *mobbing* se ha venido utilizando para describir lo que conocemos como el acoso laboral, definido como un conjunto de malas acciones o prácticas llevadas a cabo en el ambiente laboral, ya sea por un grupo de jefes o compañeros de un trabajador; acciones que por ser reiteradas y simultáneas, afectan principalmente la parte psíquica y psicológica del trabajador acosado.

El *Acuerdo Marco Europeo sobre Violencia y Acoso en el Trabajo*, sancionado en el año del 2007, define al acoso laboral como aquella situación en la que: “uno o más trabajadores o directivos son maltratados, amenazados o humillados, repetida y deliberadamente, en circunstancias relacionadas con el trabajo.”<sup>104</sup>

José Luis Ugarte<sup>105</sup>, haciendo mención al artículo 943 del Código de Trabajo de Polonia, ha concebido al acoso laboral como toda acción o comportamiento, en relación con un empleado o contra el empleado que consiste en un acoso persistente y de larga duración, o en una intimidación de un empleado como resultado de la evaluación decreciente de sus capacidades profesionales, así como el que resulta de la intención de humillar o ridiculizar a un empleado, aislando a él o ella o eliminando a él o ella del equipo de trabajo. Por su parte, Eduardo Caamaño Rojo y José Luis Ugarte Cataldo, han señalado que:

---

<sup>102</sup> Wendy Elisa Haro Vásquez, *Estrategia de comunicación contra el acoso laboral descendente en el GAD municipal Rumiñahui*, (Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2019), 21, <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/7061/1/T3069-MCE-Haro-Estrategia.pdf>

<sup>103</sup> Heinz Leymann, *El Contenido y Desarrollo del Mobbing en el Trabajo*, (Suecia: European Journal of Work and Organizational Psychology, 1996), 6.

<sup>104</sup> José Luis Ugarte Cataldo, “El acoso laboral: entre el derecho y la psicología”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° XXXIX, segundo semestre (2012): 4, <https://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n39/a08.pdf>

<sup>105</sup> *Ibíd.*

el acoso laboral es incompatible con el respeto a la dignidad humana, asumiéndose así una visión coherente con el rechazo de otras conductas que lesionan derechos fundamentales, como es el caso del acoso sexual. Con todo, no se puede perder de vista que el acoso laboral no sólo afecta a la dignidad, sino que puede lesionar a una pluralidad de derechos fundamentales de la víctima.<sup>106</sup>

De lo anotado se puede sintetizar que el acoso laboral debe ser entendido como las inconductas o actitud ejecutadas en forma constante y sistemática por una persona o conjunto de personas, de igual o superior rango, en contra de otra, en un ambiente laboral que atenta contra su dignidad e integridad emocional, psicológica, física e incluso de naturaleza sexual, con el objeto de menoscabarla, humillarla o destituirla del puesto de trabajo.

### ***1.2.2. Definición que recoge la normativa nacional, internacional y jurisprudencial***

Cuando los constituyentes, deciden elaborar el nuevo pacto social en ciudad Alfaro - Montecristi, dejan establecido en el preámbulo ese deseo del pueblo soberano del Ecuador por construir “[u]na nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía (...)”,<sup>107</sup> haciendo énfasis en cimentar “[u]na sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades”;<sup>108</sup> es a partir de esa voluntad que la Norma Suprema desarrolla en su texto derechos, deberes y garantías con el afán de que se pueda cumplir esa decisión adoptada en el año 2008.

Ante este esfuerzo social, se ha consagrado en la esfera de la protección de los derechos de los trabajadores, la obligación del Estado de garantizar el respeto a su dignidad y a desempeñar sus actividades en un ambiente saludable.<sup>109</sup> Así también, en lo referente a los jóvenes, se ha establecido dentro de las garantías que: “[e]l Estado fomentará su incorporación al trabajo en condiciones justas y dignas.”<sup>110</sup>

Por su parte, el artículo 66.3 de la Carta Fundamental consagra: “[e]l derecho a la integridad personal, que incluye la integridad física, psíquica, moral y sexual”,<sup>111</sup> y a

---

<sup>106</sup> Eduardo Caamaño Rojo y José Luis Ugarte Cataldo, “El acoso laboral: tutela y prueba de la lesión de los derechos fundamentales”, *Revista Ius et Praxis*, año 20, N° 1, (2014): ISSN 0717 - 2877, <https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v20n1/art04.pdf>

<sup>107</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, preámbulo.

<sup>108</sup> *Ibíd.*

<sup>109</sup> Ecuador, *CRE*, art. 33.- “(...) El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado”.

<sup>110</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 39

<sup>111</sup> *Ibíd.*, art. 66.3 letra a

“[u]na vida libre de violencia en el ámbito público y privado”.<sup>112</sup> Desde esta óptica, es el estado el llamado a arbitrar garantías tendientes a prevenir, sancionar y erradicar todo tipo de violencia que pueda menoscabar o poner en riesgo esa libertad.

En ese contexto, el artículo 326.5 de la Norma Suprema señala que el derecho al trabajo se sustenta en el principio de que: “[t]oda persona tendrá derecho a desarrollar sus labores en un ambiente adecuado y propicio, que garantice su salud, integridad, seguridad, higiene y bienestar”;<sup>113</sup> normas constitucionales que han servido de *norte* para que la legislación secundaria pueda establecer los parámetros que se han de observar para prohibir el acoso en los puestos de trabajo; es así que el artículo 42 del Código del Trabajo, en el numeral 13, establece como una obligación del empleador la de “[t]ratar a los trabajadores con la debida consideración, no infiriéndoles maltratos de palabra o de obra.”<sup>114</sup>

El acoso laboral, se ha convertido en una de las preocupaciones de la Organización Internacional del Trabajo -OIT-, es por ello que en el año 2019 se adopta el Convenio No. 190, denominado Convenio sobre la violencia y el acoso, mismo que al referirse sobre la problemática en estudio, en el artículo 1 letra a), lo define de la siguiente forma:

la expresión «violencia y acoso» en el mundo del trabajo designa un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género”<sup>115</sup>

Debe de señalarse que este Convenio es parte integrante de nuestra normativa, por encontrarse dentro del bloque de constitucionalidad, al ser un instrumento que es compatible con la Constitución de la República del Ecuador, conforme la sentencia emanada de la Corte Constitucional.<sup>116</sup> Así también, el Convenio 190 de la OIT, en el art. 4.2 letra h), establece como compromiso de los estados partes el “garantizar que existan medios de inspección e investigación efectivos de los casos de violencia y acoso, incluyendo a través de la inspección del trabajo o de otros organismos competentes”<sup>117</sup>.

---

<sup>112</sup> *Ibíd*, letra b

<sup>113</sup> *Ibíd*, art. 326.5

<sup>114</sup> Ecuador, *Código del Trabajo -Codificación 2005-017-*, Registro Oficial 167, Suplemento, 16 de diciembre de 2005, art. 42.13.

<sup>115</sup> OIT, *Convenio sobre la violencia y el acoso*, 21 de junio de 2019, disponible en [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C190](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190)

<sup>116</sup> Ecuador, Corte Constitucional, *Dictamen N° 37-19-TI/20*, en [www.corteconstitucional.gob.ec](http://www.corteconstitucional.gob.ec), 04 de marzo de 2020, 6.

<sup>117</sup> OIT, *Convenio sobre la violencia y el acoso*, art. 4.2 letra h.

A más de las normas antes citadas, en el plano internacional también podemos encontrar un importante número de normas contenidas en convenciones, protocolos, declaraciones, e incluso en observaciones realizadas, entre ellas, se puede numerar por ejemplo: la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH),<sup>118</sup> instrumento que se convirtió en un hito en la protección de los derechos humanos, y que en lo medular los garantiza en los artículos 1<sup>119</sup> y 5;<sup>120</sup> el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC),<sup>121</sup> cuya protección se encuentra establecida en el artículo 6<sup>122</sup> y 12.1;<sup>123</sup> el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP),<sup>124</sup> que consagra en el artículo 3,<sup>125</sup> 7,<sup>126</sup> y 17;<sup>127</sup> y, la Observación General N° 18 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.<sup>128</sup>

Así también, la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, citando la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional Colombiana dentro de la sentencia C-898 de 2006, ha expresado que:

“existen ciertos comportamientos que constituyen una vulneración al derecho al trabajo en condiciones dignas y justas como por ejemplo como los actos de discriminación y las persecuciones laborales así como obligar a un trabajador a desempeñar una labor cuando sus condiciones físicas no se lo permiten (...) la persecución laboral constituye un caso de vulneración del derecho fundamental a gozar de un trabajo en condiciones dignas y

---

<sup>118</sup> ONU Asamblea General, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, 10 de diciembre de 1948, disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

<sup>119</sup> ONU Asamblea General, *DUDH*, art. 1.- “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

<sup>120</sup> *Ibíd*, art. 5.- “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

<sup>121</sup> ONU Asamblea General, *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 16 de diciembre de 1966, disponible en: [https://www.ohchr.org/sites/default/files/cescr\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/cescr_SP.pdf)

<sup>122</sup> ONU Asamblea General, *PIDESC*, art. 6.2.- “Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación técnico profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana”.

<sup>123</sup> *Ibíd*, art. 12.1.- “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.

<sup>124</sup> ONU Asamblea General, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 16 de diciembre de 1966, disponible en: [https://www.ohchr.org/sites/default/files/ccpr\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/ccpr_SP.pdf)

<sup>125</sup> ONU Asamblea General, *PIDCP*, art. 3.- “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto”.

<sup>126</sup> *Ibíd*, art. 7.- “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”.

<sup>127</sup> *Ibíd*, art. 17.- 1. “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

<sup>128</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General N° 18*, disponible en: <https://www.refworld.org/es/publisher,CESCR,GENERAL,,47ebcb332,0.html>

justas y que el acoso laboral constituye una práctica, presente en los sectores público y privado, mediante la cual de manera recurrente o sistemática se ejercen contra un trabajador actos de violencia psicológica, que incluso pueden llegar a ser físicos, encaminados a acabar con su reputación profesional o autoestima, agresiones que pueden generar enfermedades profesionales, en especial, “estrés laboral”, y que en muchos casos inducen al trabajador a renunciar.”<sup>129</sup>

### **1.2.3. ¿Qué se debe probar en el acoso laboral?**

En base a las definiciones brindadas y que han sido citadas en líneas anteriores, se puede extraer que para justificar actualmente el acoso laboral, se debe demostrar en el proceso los siguientes elementos:

- a) Intencionalidad de minar la autoestima y dignidad del funcionario - existencia de una finalidad determinada.
- b) Conducta sistemática y persistente.
- c) Que la agresión provenga de quien tiene la capacidad de causar daño.
- d) Que la finalidad consista en presionar al servidor para que abandone su trabajo o produzca resultados lesivos a los derechos del trabajador.
- e) Que el empleador no haya implementado políticas internas para prevenir el acoso laboral.

### **1.2.4. Objetivo del acoso laboral**

Cuando se logra visualizar un comportamiento ajeno a la normalidad, se debe entender que ese comportamiento siempre tendrá un trasfondo o una intencionalidad que no ha sido revelada expresamente, pero que puede ser perceptible por quien es la víctima de esa forma de actuación. Es así que, en el caso del acoso laboral, varias investigaciones entre las que destacan las realizadas por Rosa Salvador Concepción,<sup>130</sup> Lina Parra Cortés;<sup>131</sup> y José Antonio Burneo Burneo y José Antonio Burneo Carrera,<sup>132</sup> señalan como objetivo del acoso laboral mortificar en la esfera psicológica al trabajador, para que

---

<sup>129</sup> Ecuador, Corte Nacional de Justicia, *Juicio N° 978-2011*, 11 de diciembre del 2012, a las 09h35, p. 12

<sup>130</sup> Rosa Salvador Concepción, *análisis jurisprudencial acerca del acoso psicológico laboral* (Madrid: Dykinson e-Book), ISBN: 978-84-9148-664-0, disponible en: <https://portal1.uasb.edu.ec:2154/visor/54733>

<sup>131</sup> Lina Victoria Parra Cortés, “Aportes para el desarrollo normativo sobre acoso laboral en Ecuador: la experiencia de la Ley 1010 de 2006 en Colombia”, *Foro Revista de Derecho*, n.o 24 (2015): 51, <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/455/450>

<sup>132</sup> José Antonio Burneo Burneo y José Antonio Burneo Carrera, “Responsabilidad del empleador por mobbing horizontal”, *Foro Revista de Derecho*, n.o 35 (2021): 55, <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/2477>

este, ante la impotencia de soportar tanto maltrato, termine abandonando la empresa en la que prestaba sus servicios.

Ahora bien, detectado el objetivo del acoso laboral, y siguiendo la línea de investigación que nos presenta Lina Parra Cortés, el recurrir a la utilización de estas inconductas, puede deberse a las siguientes razones: “(i) la persona acosada representa una amenaza para quien le hostiga, bien sea porque tiene mayores competencias profesionales y/o personales; (ii) al propiciar de manera artificial el despido o la renuncia se evita el pago de indemnizaciones, beneficios, compensaciones, reparaciones u otros relacionados con la terminación intempestiva de la relación laboral”.<sup>133</sup> A nuestro criterio, existiría una tercera razón o motivo que provoca el acoso en el ámbito laboral: (iii) pretender favores del acosado, ya sean en beneficio propio o de un tercero, siendo estos de naturaleza económica, comercial, trato preferente e incluso sexuales.

#### ***1.2.5. Especies de acoso laboral según el nivel de afectación y los mecanismos de ataque empleados.***

Del estudio investigativo realizado por Susana Moreno -cuya postura ha sido aceptada y asumida por Lina Parra-, se puede señalar que existen tres especies de acoso laboral, siendo estos los siguientes:

(i) Acoso moral o *mobbing*, también conocido como hostigamiento psicológico, violencia psicológica en el trabajo, (...); (ii) Acoso sexual y acoso por razón de sexo, que tienen relación con el sexo de la persona. (...); y, (iii) Acoso discriminatorio, aquel que tiene su causa en aspectos o características de la persona como el origen racial o étnico, la religión o convicciones personales, la discapacidad, la edad o la orientación sexual, entre otros.<sup>134</sup>

Por su parte la procesalista Dana Abad Arévalo,<sup>135</sup> en sus clases magistrales dictadas en la Universidad Andina Simón Bolívar -Sede Ecuador-, explicaba que los tipos de acoso laboral, que se pueden presentar durante una relación laboral, serían los siguientes: (i) Maltrato Laboral. que consiste en la violencia contra la integridad física o moral, libertad física o sexual, lesionando la integridad moral, el buen nombre y la dignidad de quien participe en una relación de trabajo de tipo laboral; (ii) Persecución. Es

---

<sup>133</sup> Parra Cortés, *Aportes para el desarrollo normativo sobre acoso laboral en Ecuador: la experiencia de la Ley 1010 de 2006 en Colombia*, 52.

<sup>134</sup> Susana Moreno Cáliz, *Apuntes sobre el concepto legal de acoso laboral*, citada por Lina Parra Cortés, *Ibíd*, 53.

<sup>135</sup> Dana Abad Arévalo, es Licenciada en Ciencias Jurídicas, Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador, Doctora en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Especialista Superior y Magíster en Derecho Procesal por la Universidad Andina Simón Bolívar, docente de la Universidad Andina Simón Bolívar, y Miembro del Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal.

toda actitud tendiente a inducir a la renuncia del trabajador, mediante la descalificación, e inclusive, recurriendo a la carga excesiva laboral, cambios de horario o desmotivación que se genera en contra del trabajador; (iii) Discriminación. Consiste en el vejamen provocado al trabajador por condiciones de raza, género, edad, origen familiar, nacionalidad, credo religioso, inclinación sexual, preferencia política, etc.; (iv) Entorpecimiento laboral. Consiste en obstaculizar el cumplimiento de la labor o hacerla más gravosa o retardada con perjuicio para el trabajador, como ocultarle información, insumos, documentos, destrucción de información, ocultamiento de correspondencia, mensajes electrónicos, etc.; (v) Inequidad laboral.- Asignación de funciones a menos precio del trabajador; y, (vi) Desprotección laboral.- Consiste en dar órdenes o asignaciones de funciones que no cumplan con los requisitos mínimos de protección y seguridad para el trabajo.

#### ***1.2.6. Tipos de acoso laboral según la persona que lo realice***

Lina Parra<sup>136</sup> también destaca en su investigación tres tipos de acoso laboral que se clasifican según la persona que realiza el acto prohibido, siendo estos: (i) Ascendente. Cuando el agresor dirige el acoso en contra de un jefe jerárquico superior, debiendo añadir que, según las investigaciones realizadas con antelación, este tipo puede ser perceptible principalmente cuando el trabajador -acosador-, actúa contra un superior que es nuevo en el proceso de la empresa, o desconoce los temas sobre los que debe ejercer el control o dirección de sus subalternos, permitiendo esta circunstancia que el trabajador subordinado tome el control y le conceda cierta *superioridad de conocimientos* que lo ponen en ventaja contra su jefe; (ii) Descendente. En este caso el superior jerárquico utiliza esta ventaja para someter a su subordinado, tipo que es de los más comunes en nuestro medio, ya que se aprovecha de la ventaja de superioridad para intimidar, lo que le permite tener el control y mantener al acosado bajo su subordinación; y, por último (iii) Horizontal. Que se pueda evidenciar entre pares, es decir, entre trabajadores del mismo nivel jerárquico, que como se ha dicho anteriormente, puede ser motivado por una especie de envidia, debido a la superioridad intelectual o conocimientos, etc.

#### ***1.2.7. Elementos del acoso laboral***

---

<sup>136</sup> Parra Cortés, *Aportes para el desarrollo normativo sobre acoso laboral en Ecuador: la experiencia de la Ley 1010 de 2006 en Colombia*, 53.

Con base a los estudios de investigación que se han referido, se puede determinar que existen ciertos elementos que deben estar presentes para que una conducta humana pueda ser considerada como acoso laboral; a propósito de esto, los investigadores José Antonio Burneo Burneo y José Antonio Burneo Carrera sostienen que algunos de los elementos del *mobbing* o acoso laboral son: “(i) Alta frecuencia.- Para que se compruebe la existencia del *mobbing*, tiene que ser reiterado, puesto que los actos aislados, a ojos de la normativa ecuatoriana, no son considerados como acoso laboral; (ii) Por tiempo prolongado.- A más de ser reiterado, los actos tendientes a desmoralizar a un trabajador deben ser sostenidos en el tiempo.”<sup>137</sup>

A estos elementos es necesario agregar uno más que, a criterio de este autor, es importante en este tipo de comportamientos, por ser claramente atentatorio a la dignidad humana, siendo este: (iii) Comportamiento potencialmente lesivo.- Esto es, que afecta o menoscaba principalmente la dignidad y buen nombre del trabajador, o también que puede amenazar o perjudicar su situación laboral.

#### ***1.2.8. Estadísticas del acoso laboral en su modalidad sexual en Colombia del 2019***

Para ilustrar de mejor forma la afectación que genera el acoso laboral en su modalidad sexual, se presenta un cuadro comparativo respecto de la encuesta realizada por el Ministerio de Trabajo en Colombia, efectuada en el mes de noviembre del dos mil diecinueve, y que ha sido citada por el investigador Luis Bayona Hernández, con el objeto de que el lector pueda tener una referencia tanto de las conductas más usadas en el ambiente laboral como también determinar un panorama respecto de la forma de reacción de las personas que sufren este tipo de acoso.

Para este estudio se trató de tomar una referencia en el marco ecuatoriano, sin embargo, dada la complejidad<sup>138</sup> de encontrar estadísticas que permitan establecer un criterio que abone en la demostración de la existencia del acoso laboral de forma global en el Ecuador, sumado a la falta de actualización de la información que se ha recuperado

---

<sup>137</sup> José Antonio Burneo Burneo y José Antonio Burneo Carrera, *Responsabilidad del empleador por mobbing horizontal*, 54

<sup>138</sup> Cuando se hace referencia a la complejidad de localización de información, se debe a que la localizada hace referencia a casos puntuales, como por ejemplo la tesis de maestría del Dr. Gunther Renzo Sánchez Buenaño, intitulada “*Detección del acoso laboral en una Unidad Educativa de la ciudad de Quito en el período 2018 – 2019 como mecanismo de prevención del deterioro de la relación laboral*”, recuperada de: <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/7566/1/T3279-MDTH-S%c3%a1nchez-Deteccion.pdf>

de las páginas gubernamentales, pues los casos localizados hacen relación al año 2013,<sup>139</sup> se creyó necesario recurrir a los estudios generados en nuestro *par*, la República de Colombia.

Tabla 5  
**Datos estadísticos sobre conductas en el acoso sexual en Colombia**

Conductas	Casos	Porcentaje (%)
Solicitudes o presión para tener sexo	82	27%
Intento y ocurrencia del acto sexual	79	26%
Correos electrónicos y mensajes de texto vía celular	72	23,5%
Contacto físico consentido que se pasa del límite	72	23,5%
<b>Total</b>	<b>305</b>	<b>100%</b>

Fuente: *Luis Bayona Hernández, El delito de acoso sexual*<sup>140</sup>

Elaboración: Wilmer Ramírez Loayza

Tabla 6  
**Datos estadísticos sobre reacciones frente al acoso sexual en Colombia**

Conductas	Casos	Porcentaje (%)
Prefieren manejar la situación por ellas mismas	41	52%
Mencionan haber denunciado ante el empleador, gerente o jefe inmediato	10	12,80%
Aseguró haber ofrecido un consejo o asesoría a la víctima	24	31,10%
Haber notificado la conducta ante el Comité de Convivencia Laboral de la empresa	02	2,5%
Denuncia ante alguna autoridad	01	1,20%
<b>Total</b>	<b>78</b>	<b>100%</b>

Fuente: *Luis Bayona Hernández, El delito de acoso sexual*

Elaboración: Wilmer Ramírez Loayza

La tabla anterior nos representa que solo un minúsculo grupo de personas optan por tomar una acción contra el acoso sexual en Colombia; sin embargo, lo más

<sup>139</sup> Referencia tomada de la publicación realizada en el año 2014 por la *Revista ComHumanitas*, v. 5, dedicada a los nuevos enfoques de la comunicación, recuperada de <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/452320>

<sup>140</sup> Luis Antonio Bayona Hernández, *El delito de acoso sexual, análisis desde un punto de vista crítico*, (Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2022), 190-1; Colombia, Ministerio del Trabajo, *el silencio del acoso sexual en el mundo laboral*, recuperado en: <https://www.mintrabajo.gov.co/noviembre/4035-el-silencio-del-acoso-sexual-en-el-mundo-laboral.html>

preocupante es que son escasas las denuncias formales en contra de un agresor, a saber, en el caso presentado solo una de setenta y ocho trabajadoras tuvo el coraje de presentarla; más la gran mayoría pretende lidiar con el problema por ellas mismas, conducta pasiva que no ayuda en la solución del problema, provocando -a criterio del autor-, que el número de casos de personas acosadas sea cada vez mayor.

### **1.3. Discriminación**

En este subtema se ha pretendido realizar un estudio de la figura jurídica denominada discriminación, la cual se ha convertido en un problema social que afecta a grupos de personas, muchas de ellas, de atención prioritaria. A propósito de esta problemática, la investigadora Elisa Lanás Medina sostiene que la discriminación “es un problema serio y delicado que la mayoría de estados democráticos han tratado de eliminar o al menos reducir.<sup>141</sup>” Bajo este contexto es indispensable contar con nociones de lo que se ha de entender por discriminación, la protección normativa y los tipos de discriminación más conocidos en el ámbito laboral, por ello, para cumplir este objetivo haremos referencia a investigadores y pensadores destacados, para con sus criterios profundizar el estudio de este contenido, y que además, nos permitirán aceptar ciertas posturas sobre las cuales trabajar esta temática que, aunque muy conocida por casi todas las personas en nuestro país -a menos de forma genérica-, son escasas las normas que tienden a lograr un espacio laboral libre de discriminación.

#### ***1.3.1. Definición doctrinaria***

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define a la palabra discriminación como: “acción o efecto de discriminar”;<sup>142</sup> en tanto que a la palabra discriminar la define como la acción de “seleccionar excluyendo”,<sup>143</sup> y como: “Dar trato desigual a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, de sexo, de edad, de condición física mental”.<sup>144</sup> María Florencia D`Aurelio, hace lo suyo en su tesis intitulada *Despido discriminatorio*, donde ha definido a la discriminación como: “un

---

<sup>141</sup> Elisa Lanás Medina, “La prueba en demandas laborales por discriminación”, *FORO Revista de Derecho*, n.o 14 (II Semestre, 2010): 70, ISSN: 1390-2466, <http://hdl.handle.net/10644/2978>

<sup>142</sup> Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, <https://dle.rae.es/>, visitado el 21 de marzo del 2022

<sup>143</sup> *Ibídem*

<sup>144</sup> *Ibídem*

mal social, que afecta todos los ámbitos de la vida de una persona”,<sup>145</sup> y de la cual destaca que el área laboral no está exenta.

El escritor mexicano Jesús Rodríguez Zepeda, sostiene que:

la discriminación puede ser definida como una conducta, culturalmente fundada, y sistemática y socialmente extendida, de desprecio contra una persona o grupo de personas sobre la base de un prejuicio negativo o un estigma relacionado con una desventaja inmerecida, y que tiene por efecto (intencional o no) dañar sus derechos y libertades fundamentales.<sup>146</sup>

Añadiendo además que:

[l]a discriminación consiste, como dimensión subjetiva de la exclusión, en una conducta sistemática e incluso culturalmente estandarizada de desprecio social hacia una persona o grupo de personas debido a su pertenencia a un colectivo al que se le ha adherido un estigma social, y que como efecto excluye a sus miembros de los principales circuitos de derechos y bienestar de la sociedad. En este sentido, la discriminación está basada en el prejuicio y en el estigma. Implica un componente, el del desprecio, que por su condición subjetiva parece susceptible de diluirse bajo la figura de los derechos individuales de la libre expresión, la libre opinión o la libre creencia.<sup>147</sup>

Partiendo de estas acepciones se podría señalar que la discriminación es el acto por el que un individuo da un trato diferente a otra persona o grupo de personas, sin que medie justificación alguna, cuya actitud puede ser motivada por diversas razones. Importante es el resaltar que este trato diferenciado puede ser de contenido preferente cuando se lo ejecuta con la intención de mejorar sus condiciones laborales -discriminación positiva-, como también puede ser de tipo segregador, cuando se basa en una actuación discriminatoria, a través de la cual se aparta, separa, menosprecia o desacredita a una persona trabajadora.

### ***1.3.2. La protección normativa, nacional e internacional sobre la discriminación***

Son varios los instrumentos normativos -tanto nacionales como internacionales-, que han buscado restringir el trato discriminatorio con el objeto de encontrar un equilibrio entre todos sus habitantes. Bajo esta breve acotación, debemos partir señalando que la

---

<sup>145</sup> María Florencia D'Aurelio, *Despido discriminatorio* (Tesis de pregrado, Universidad Fraternidad de Agrupaciones Santo Tomás de Aquino -FASTA-, 2013), 3, <http://redi.ufasta.edu.ar:8080/xmlui/handle/123456789/1353>.

<sup>146</sup> Jesús Rodríguez Zepeda, *¿Qué es la discriminación y cómo combatirla?*, Cuadernos de la Igualdad – Consejo Nacional para prevenir la discriminación, n.o 2: 19, ISBN: 970-9833-11-1, [https://www.conapred.org.mx/documentos\\_cedoc/50%20CI002\\_Ax.pdf](https://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/50%20CI002_Ax.pdf).

<sup>147</sup> *Ibíd*, 39.

Constitución de la República del Ecuador, como norma suprema del Estado, al atacar esta problemática social, ha establecido ciertos principios que promulgan la igualdad de trato, en el acceso a los derechos, deberes y oportunidades, señalando que nadie puede ser objeto de discriminación en los distintos niveles que nos señala la propia norma *normarum*, ya sea en forma individual o colectiva.<sup>148</sup>

Así mismo, la Carta Fundamental, en lo referente a los derechos de libertad, garantiza la igualdad formal, material y no discriminación;<sup>149</sup> buscando con ello alcanzar un equilibrio social, de tal forma que no se promueva tratos tendientes a acentuar la desigualdad, aspectos que son comunes en el ámbito laboral. Respecto de este frágil tema, la Declaración Universal de Derechos Humanos establece en el artículo 7, lo siguiente: “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.”<sup>150</sup>

Por su parte, el artículo 11.2 de la Constitución de la República indica que:

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.<sup>151</sup>

Otras normas de protección constitucional, contra la discriminación, son las señaladas a continuación:

El artículo 3 la Constitución de la República establece dentro de los deberes primordiales del Estado, el deber de garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

---

<sup>148</sup> Ecuador, *CRE*, art. 11.- “El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (...) 2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación”.

<sup>149</sup> *Ibíd.*, art. 66.- “Se reconoce y garantizará a las personas: (...) 4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación”

<sup>150</sup> ONU Asamblea General, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, 10 de diciembre de 1948, num. 4, A/RES/40/34.

<sup>151</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 11.2

Precisamente desde el amparo de los derechos reconocidos en la Constitución, se avizora la protección en el ámbito laboral, así por ejemplo, el artículo 329 de la Constitución de la República determina que: “para el cumplimiento del derecho al trabajo de las comunidades, pueblos y nacionalidades, el Estado adoptará medidas específicas a fin de eliminar discriminaciones que los afecten, reconocerá y apoyará sus formas de organización del trabajo, y garantizará el acceso al empleo en igualdad de condiciones”<sup>152</sup>.

Por su parte el Art. 331 de la Carta Fundamental, también busca la protección de la mujer, grupo humano que debemos recordar, ha sido relegado históricamente en cuanto a la conquista de sus derechos, en las diferentes esferas sociales dentro de las que, por supuesto se halla el plano laboral, donde es común que los empleadores ofrezcan diferente reconocimiento económico y trato distinto a ese colectivo, solo por el hecho de ser mujeres, aun cuando el cargo ocupado no requiera esfuerzo físico, que es el medio en el que frecuentemente se puede notar *cierta distinción* con los varones, por esta razón la norma legal antes señalada refiere:

El Estado garantizará a las mujeres igualdad en el acceso al empleo, a la formación y promoción laboral y profesional, a la remuneración equitativa, y a la iniciativa de trabajo autónomo. Se adoptarán todas las medidas necesarias para eliminar las desigualdades. Se prohíbe toda forma de discriminación, acoso o acto de violencia de cualquier índole, sea directa o indirecta, que afecte a las mujeres en el trabajo<sup>153</sup>

Como se ha observado, la Norma Suprema del Estado ecuatoriano contiene múltiples normas de protección contra el trato discriminatorio, mismas que buscan acortar la brecha de desigualdad existente en un país en el que el maltrato y la desidia contra ciertos grupos de seres humanos ha sido históricamente acentuada e incluso consentida con frases frecuentemente utilizadas en nuestro modo de expresión lingüístico cotidiano.

En el plano de protección universal de derechos humanos, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, establece:

la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o 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

---

<sup>152</sup> *Ibíd*em, art. 329

<sup>153</sup> *Ibíd*em, art. 331

libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.<sup>154</sup>

Por su parte, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, como sistema de protección, determina:

[L]a expresión “discriminación racial” denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.<sup>155</sup>

De forma paralela la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, celebrada en Ginebra, manifestó su postura frente a la discriminación laboral, a través del Convenio sobre la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación (C111), que consagra lo siguiente:

A los efectos de este Convenio, el término "discriminación" comprende: a) Cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación. (b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.<sup>156</sup>

### ***1.3.3. Tipos de discriminación***

Existen diversos tipos de discriminación, conforme lo han referido múltiples tratadistas, quienes nos van señalando las posibles clasificaciones de cada uno de ellos al desarrollar sus tesis, es por ello que, para los fines del presente trabajo investigativo, consideraremos referirnos a los siguientes tipos:

a) Por su fin:

Ronald Dworkin, en su obra *Los derechos en serio*, nos plantea el siguiente tratamiento: “[...] el derecho a ser tratado como igual es fundamental, y el derecho a igual

---

<sup>154</sup> ONU Asamblea General, *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, 18 de octubre de 1979 y suscrita por el Ecuador el 17 de julio de 1980, Registro Oficial 153, Suplemento, de 25 de noviembre de 2005, art. 1.

<sup>155</sup> ONU Asamblea General, *Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial*, de 21 de diciembre de 1965, art. 1, [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/cerd\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/cerd_SP.pdf).

<sup>156</sup> ONU Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, de 4 de junio de 1958, art. 1, [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_Ilo\\_Code:C111](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_Ilo_Code:C111).

tratamiento derivado. En algunas circunstancias, el derecho a ser tratado como igual lleva consigo un derecho a tratamiento igual, pero esto no sucede, en modo alguno, en todas las circunstancias.”<sup>157</sup>

De lo antes referido se pueden extractar dos nuevas modalidades de discriminación, siendo estas:

a.1) Discriminación positiva. Este tipo de discriminación busca una igualdad de trato, exige, que todas las personas sean tratadas de la misma manera y sin discriminación alguna, lo que supone una protección igual y efectiva para todas ellas, incluyendo en este trato a las personas tradicionalmente discriminadas por su pertenencia a un grupo estigmatizado. Para alcanzar esta meta, es el propio Estado quien otorga cierto trato diferenciado para equiparar las posibilidades de acceso, denominándolo como *acciones afirmativas* o *discriminación positiva*, con la intención de hacer posible la visibilización de personas o colectivos en aparente desventaja social.

a.2) Discriminación negativa. Por el contrario, la discriminación negativa tiene como finalidad dar un trato diferente a una persona o grupo de personas, ya sea de forma intencional o sin ella, y que causa un perjuicio para quien recibe ese trato, pudiendo ser este originado por razones de orientación sexual, lengua, ideología política, religión, raza, casta, edad, estado de salud, nacionalidad, etc.

b) Por su forma de ejecución:

La investigadora y catedrática Elisa Lanás Medina, en sus aportes investigativos nos ha señalado que, una primera clasificación de discriminación, puede ser:

b.1) Discriminación directa. Consistiría en el “acto, omisión o patrón sociocultural que establezca implícitamente una circunstancia comparable o de igual valor, un trato desfavorable para una persona o grupo de personas”;<sup>158</sup> y,

b.2) Discriminación indirecta. Que equivale al “acto, omisión o patrón sociocultural aparentemente neutros que tenga por resultado poner a personas de un sexo o de un género en desventaja particular con respecto de una persona o grupo de personas”<sup>159</sup>

c) Por su naturaleza:

---

<sup>157</sup> Ronald Dworkin, *Los derechos en serio* (Barcelona: Editorial Ariel S.A., 2007), 6ª reimpresión, 332.

<sup>158</sup> Elisa Lanás Medina, *La prueba en demandas laborales por discriminación*, 73.

<sup>159</sup> *Ibíd.*

Dentro de la clasificación de tipos de discriminación, podemos encontrar que los más comunes en el ámbito laboral son los que a continuación se detallan:

c.1) Sexual. Según la Comisión para la Igualdad de Oportunidades en el Empleo, la discriminación por sexo “consiste en tratar a una persona (empleado o solicitante de empleo) de manera no favorable por el sexo de esa persona”.<sup>160</sup>

c.2) Idioma. Otra de las diversas formas a través de la que se presenta la discriminación es precisamente el idioma, esto por cuanto puede convertirse en una barrera que impide acceder a un trabajo digno, cuando quien pretende obtener una plaza de empleo no domina el idioma que usa su empleador o del país en el que se encuentra, de tal forma que debe recurrir a trabajos mal remunerados o en condiciones precarias. Para poder comprender mejor esta grave problemática, citaremos la siguiente definición: “[l]a discriminación por idioma ocurre cuando una persona es tratada diferente a causa de su idioma nativo u otras características de su manera de hablar.”<sup>161</sup>

c.3) Ideología política. Este tipo de discriminación tiene relación con el “[t]ratamiento desigual y violatorio de los derechos humanos de una o varias personas sea por su ideología política o su pertenencia a un partido político.”<sup>162</sup>

c.4) Religión. Respecto de este tipo de discriminación se ha señalado que: “consiste en tratar a una persona -empleado o solicitante de empleo- de manera no favorable por sus creencias religiosas.”<sup>163</sup>

c.5) Raza. Este tipo de discriminación es uno de los más actuales usados a la hora de estigmatizar a un ser humano, y consiste en “tratar a una persona (empleado o solicitante de empleo) de manera no favorable por ser de una determinada raza o por características personales asociadas con la raza (como la textura del cabello, el color de la piel o ciertas facciones).”<sup>164</sup> Considero necesario también agregar que la distinción en el trato por pertenecer a una raza determinada, no es un hecho nuevo, puesto que este se

---

<sup>160</sup> ONU Comisión para la Igualdad de Oportunidades en el Empleo, Discriminación por sexo, accedido 26 de abril de 2022, párr. 1, <https://www.eeoc.gov/es/discriminacion-por-sexo>.

<sup>161</sup> Legal Aid At Word, *Discriminación por Idioma*, accedido 26 de abril del 2022, párr. 1, <https://legalaidatwork.org/factsheet/language-discrimination/?lang=es#:~:text=La%20discriminaci%C3%B3n%20por%20idioma%20ocurre,de%20su%20manera%20de%20hablar.>

<sup>162</sup> Acceso a la Justicia - Observatorio Venezolano de Justicia, *Discriminación política*, accedido 26 de abril del 2022, párr. 1, <https://accesoalajusticia.org/glossary/discriminacion-politica/>

<sup>163</sup> Comisión para la Igualdad de Oportunidades en el Empleo, *Discriminación por religión*, accedido 26 de abril de 2022, párr. 1, <https://www.eeoc.gov/es/discriminacion-por-razacolor>.

<sup>164</sup> Comisión para la Igualdad de Oportunidades en el Empleo, *Discriminación por raza*, accedido 26 de abril de 2022, párr. 1, <https://www.eeoc.gov/es/discriminacion-por-razacolor>.

remonta a la misma la edad antigua,<sup>165</sup> donde ya se referían a la existencia de una *raza superior*, denominada los *arios*, la cual volvió a tener aceptación como categoría racial durante el III Reich de Adolf Hitler.

c.6) Casta. Otro de los tipos de discriminación que más daño genera en nuestra sociedad, es la que se produce por la distinción de castas o niveles socio-económicos, debido a que, concretamente en el territorio Latinoamericano, los ciudadanos que poseen riqueza monetaria se creen con *derecho* a dar un mal trato a quienes han sido menos favorecidos. Sobre este tipo de discriminación, en particular, el Parlamento Europeo ha señalado que: “[I]a discriminación basada en la pertenencia a castas afecta a más de 260 millones de personas en todo el mundo. Estas comunidades discriminadas sufren una segregación física y social, son víctima de graves injusticias ante la ley y tienen un acceso limitado a la tierra, el empleo, la educación y la protección sanitaria.”<sup>166</sup>

c.7) Edad. La discriminación por edad es un tema que puede afectar a las personas que se encuentran en edad avanzada, denominados adultos mayores, así como a los trabajadores de edades jóvenes dado su novel nivel de conocimiento, falta de experiencia, desconocimiento del arte u oficio que emprende, pudiendo consistir en “tratar a una persona -empleado o solicitante de empleo- de manera menos favorable por su edad.”<sup>167</sup>

c.8) Estado de salud. Referente a este tipo de discriminación, la Organización Mundial de la Salud, a través de su Director Jimm Campbell, ha señalado que: “en la atención sanitaria está tristemente extendida en todo el mundo y adopta muchas formas. Supone una violación de los derechos humanos más fundamentales y afecta tanto a los usuarios de los servicios de salud como a los trabajadores sanitarios, sobre la base de cuestiones como el origen étnico, los estereotipos de género nocivos, la situación de asilo o migración, los antecedentes penales y otros prejuicios y prácticas.”<sup>168</sup>

c.9) Nacionalidad. La Comisión para la Igualdad de Oportunidades en el Empleo, se ha pronunciado señalando que: “[I]a discriminación por origen nacional consiste en tratar a personas -empleados o solicitantes de empleo- de manera no favorable por ser de

---

<sup>165</sup> Wikipedia enciclopedia libre, Arios, accedido 26 de abril de 2022, párr. 1, <https://es.wikipedia.org/wiki/Arios>

<sup>166</sup> Parlamento Europeo, *Discriminación por pertenencia a castas*, accedido 26 de abril de 2022, párr. 1, [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/P-5-2004-1092\\_ES.html?redirect#:~:text=La%20discriminaci%C3%B3n%20basada%20en%20la,educaci%C3%B3n%20y%20la%20protecci%C3%B3n%20sanitaria.](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/P-5-2004-1092_ES.html?redirect#:~:text=La%20discriminaci%C3%B3n%20basada%20en%20la,educaci%C3%B3n%20y%20la%20protecci%C3%B3n%20sanitaria.)

<sup>167</sup> Comisión para la Igualdad de Oportunidades en el Empleo, *Discriminación por edad*, accedido 26 de abril de 2022, párr. 1, <https://www.eeoc.gov/es/discriminacion-por-edad>.

<sup>168</sup> Organización Mundial de la Salud, Poner fin a la discriminación en los centros de atención sanitaria, accedido 26 de abril de 2022, párr. 2, <https://www.who.int/es/news-room/commentaries/detail/ending-discrimination-in-health-care-settings>

un país o parte del mundo en particular, por su etnia o acento, o porque parecen tener determinados antecedentes étnicos -incluso si no es así-";<sup>169</sup> trato que es más frecuente entre los ciudadanos americanos o europeos frente a sus pares de Latinoamérica, Asia y África, grupos poblacionales en los que constantemente se puede observar este tipo de trato diferenciado.

c.10) Orientación sexual e identidad de género. La discriminación por orientación sexual consiste en dar un trato no favorable a una persona debido a su orientación sexual.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (DUDH); el Pacto Internacional por los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); y el Pacto Internacional por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), ambos de 1966, incluyendo los Protocolos facultativos, marcan el punto de partida en materia de protección de los derechos humanos, bajo el postulado de que todos los seres humanos somos iguales en dignidad y derechos. Bajo este panorama, Ignacio Álvarez, citando la declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género (A/63/635), nos señala que:

El texto se centra en reafirmar el principio de no discriminación en base a la orientación sexual y a la identidad de género en el disfrute de todo derecho humano, recordando la universalidad que los acrece (apartados 1, 2 y 3). Además, muestra su profunda preocupación y alarma ante las continuas violaciones de derechos humanos que se siguen sucediendo por este motivo (apartados 4 y ss).<sup>170</sup>

La Organización de las Naciones Unidas, a través de la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, de 1992, si bien hace eco de ciertos tipos de minorías que eran visibles en esa época, sirve de *norte* para preocuparse de las múltiples *minorías* que se presentan en la actualidad, entre ellas el colectivo denominado LGBTIQ+, siglas que comprenden a las personas de orientación homosexual (lesbiana y gay), bisexual, transexual, transgénero, travesti, intersexual y *queer*. Con frecuencia a estas abreviaturas se le suele agregar el símbolo (+), para el efecto de incluir a los demás colectivos que no se identifiquen o se representen bajo las antes referidas siglas.

---

<sup>169</sup> Comisión para la Igualdad de Oportunidades en el Empleo, *Discriminación por origen nacional*, accedido 26 de abril de 2022, párr. 1, <https://www.eeoc.gov/es/discriminacion-por-origen-nacional#:~:text=La%20discriminaci%C3%B3n%20por%20origen%20nacional,incluso%20si%20no%20es%20as%C3%AD>).

<sup>170</sup> Ignacio Álvarez Rodríguez, La organización de las naciones unidas y el derecho a la no discriminación por motivo de orientación sexual e identidad de género: apuntes para un debate, *Revista General de Derecho Constitucional*, (2013), n° 17, 9.



## **Capítulo tercero**

### **Modulación de la carga probatoria laboral en los temas de despido intempestivo, acoso laboral y discriminación.**

#### **1. Modulación de la carga probatoria en materia laboral**

En el presente capítulo se presenta al lector una aproximación de la palabra modulación, para a partir de allí establecer ciertas líneas de propuesta para poder armonizar la carga probatoria en materia laboral. Son muchos los investigadores que han coincidido al sostener que, bajo nuestro actual sistema procesal, resulta muy difícil el demostrar la existencia del despido intempestivo, acoso laboral o la discriminación laboral, debido al estándar probatorio que ha plasmado la Corte Nacional de Justicia para estas instituciones jurídicas, y sobre el cual nos ocupamos en el capítulo anterior.

Ahora bien, es conocido que en nuestro sistema procesal se busca alcanzar la justicia a través de la *igualdad de armas*<sup>171</sup> que, al menos teóricamente, se ofrece a todos los sujetos procesales; sin embargo, este planteamiento se vuelve una utopía cuando nos encontramos ante las figuras enunciadas en el párrafo anterior, donde el estándar probatorio por sí mismo complica la demostración de tales conductas; ya que si bien es cierto que el derecho procesal ecuatoriano, mediante sus disposiciones legales, pretende dotar a la parte más débil con las herramientas necesarias para demostrar sus fundamentos de hecho, no es menos cierto, que en la realidad, los mecanismos existentes no son suficientes para garantizar condiciones de igualdad probatoria en materia laboral.

Desde este punto de partida se irán asumiendo ciertas posturas aplicadas en países como Perú, Colombia y México, para desde ese enfoque, ir plasmando una propuesta viable a seguir cuando nos encontremos frente a temas de despido intempestivo, acoso y discriminación laboral, logrando generar un mecanismo que permita aliviar el excesivo peso probatorio que actualmente recae sobre el trabajador.

#### **1.1. Definición de modulación**

---

<sup>171</sup> La Corte Constitucional del Ecuador, en la sentencia No. 56-11-CN/19, emitida en el caso No. 56-11-CN, el 07 de mayo de 2019, expresó que en aplicación del principio de contradicción que se constituye en una garantía del derecho al debido proceso y a la defensa, se debe cuidar que los sujetos procesales cuenten con la oportunidad presentar su prueba y contradecir la contraria en igualdad de armas.

Cuando en el presente trabajo investigativo se usa la palabra *modulación*, nos referimos a intentar conseguir una transición armoniosa desde el estándar probatorio vigente que fue desarrollado como jurisprudencia obligatoria por el máximo tribunal de justicia ordinaria en el Ecuador, hasta la propuesta que plantearemos en esta investigación, la que persigue modificar o atenuar el grado de responsabilidad del trabajador frente a las cargas probatorias y equiparar las armas en una contienda judicial.

La *modulación*, entonces, debe ser entendida para los fines de este trabajo, como esa modificación armoniosa que se pretende efectúe el sistema procesal laboral, respecto a la distribución de la carga probatoria, de modo que permita visibilizar mejores probabilidades para que el trabajador pueda demostrar los hechos que alegue, cuando se encuentre frente a una situación de despido intempestivo, de acoso laboral o ante un acto discriminatorio.

## **1.2. Enfoque de la carga de la prueba en materia laboral en Colombia, Perú y México.**

Para canalizar una propuesta viable, y establecer una forma de modular la carga de la prueba en casos de despido intempestivo, acoso laboral y discriminación, que sea aplicable en nuestro ordenamiento jurídico, se ha creído necesario observar actuaciones ecuanímenes que se han realizado en países latinoamericanos, a fin de que las normas aplicadas en dichos territorios, así como la experiencia en la aplicación de las mismas, sirvan de *norte* para encontrar la solución que busca el presente trabajo de investigación.

### ***1.2.1. El sistema probatorio laboral en Perú.***

Cuando nos referimos a países que han venido mostrando un desarrollo significativo en la búsqueda y edificación de soluciones novedosas para equiparar la carga probatoria en materia laboral, sin duda alguna, se debe recurrir a nuestro similar Perú, nación que mediante Ley N° 29497, en el año dos mil nueve, crea la nueva Ley Procesal del Trabajo, en la que se aborda el tema de *la carga de la prueba*<sup>172</sup> en torno al despido intempestivo. Esta nueva normativa cambió el paradigma en cuanto a la distribución de la carga probatoria que se venía aplicando hasta entonces en dicho país andino, y que

---

<sup>172</sup> Perú, *Nueva Ley Procesal del Trabajo*, 15 de enero de 2010, Diario Oficial El Peruano, art. 23.4 “De modo paralelo, cuando corresponda, incumbe al demandado que sea señalado como empleador la carga de la prueba de: (...) c) El estado del vínculo laboral y la causa del despido”.

antes se encontraba regulada por la Ley N° 26636, conocida como la Ley Procesal del Trabajo.

Se debe rescatar que, en materia de reclamos de despido intempestivo, la derogada Ley N° 26636, atribuía al demandante toda la responsabilidad de la carga probatoria, misma atribución que también se aplicaba cuando se invocaba la nulidad de dicho despido, es decir, cuando se atacaba de ilegal la causa señalada por el empleador, y así mismo, frente a actos de hostilidad en el puesto de trabajo; conforme se lo puede deducir de la interpretación del artículo 27.3<sup>173</sup> de la Ley Procesal del Trabajo; regulación similar a la actualmente presente en el caso ecuatoriano.

Previo a entrar en vigencia la Ley 99497, en el Perú ya se había empezado a verificar una variación en cuanto a la perspectiva de distribución de la carga probatoria, a raíz de la vigencia de la Ley 27185, que modificó el texto del artículo 29 de la Ley 26636, en cuanto a la protección de la maternidad, en el que, cuando se alegaba la nulidad del despido intempestivo por parte de la trabajadora, es decir, que se acusaba de ilegal o incausado tal despido, la nulidad se presumía si el empleador no era capaz de llegar a acreditar que existió una causa justa para despedir a la trabajadora embarazada, resultando por lo tanto innecesario que la trabajadora actúe prueba alguna para acreditar su afirmación, ya que gozaba de una presunción *iuris tantum*,<sup>174</sup> puesto que ni siquiera debía aportar prueba indiciaria, bastándole a la trabajadora en estado de gestación, justiciar que notificó a su empleador su estado de gravidez antes del despido.

La actual Ley Procesal del Trabajo peruana [Ley N° 29497], en el artículo 23.3 letra b), establece que corresponde al actor o demandante probar “el motivo de nulidad invocada y el acto de hostilidad padecido”,<sup>175</sup> disposición que si bien parecía establecer al actor la misma obligación prevista en la derogada Ley 26636, en cuanto a probar de forma directa los hechos por él afirmados, al revisar en su contexto las disposiciones legales que le siguen, se advierte que es aceptable la demostración de los fundamentos fácticos a través de prueba indiciaria que permitan presumir su existencia, siempre que el demandado no demuestre lo contrario. Al respecto, el artículo 25.5 letra c) de la Ley Procesal del Trabajo peruana, establece en su texto:

---

<sup>173</sup> Perú, Ley Procesal del Trabajo -N° 26636- Art. 27.3: “(...) al trabajador probar la existencia del despido, su nulidad cuando la invoque y la hostilidad de la que fuera objeto”.

<sup>174</sup> Presunción *iuris tantum*: Se denomina así a la presunción de tipo legal a través de la cual se da por acreditado o demostrado un hecho, sin embargo, este tipo de presunción admite prueba en contrario.

<sup>175</sup> Perú, Ley Procesal del Trabajo art. 23.3 letra b).

23.5 En aquellos casos en que *de la demanda y de la prueba actuada aparezcan indicios que permitan presumir la existencia del hecho lesivo alegado*, el juez debe darlo por cierto, salvo que el demandado haya aportado elementos suficientes para demostrar que existe justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. Los indicios pueden ser, entre otros, las circunstancias en las que sucedieron los hechos materia de la controversia y los antecedentes de la conducta de ambas partes.<sup>176</sup> -énfasis añadido-

De la precedente transcripción se logra determinar que, no obstante que la carga probatoria sigue recayendo en el demandante, la misma ya no requiere ser prueba directa, plena y contundente, sino que puede sustraerse a la demostración a través de la prueba indiciaria que genere un grado de presunción suficiente para que el juzgador pueda aceptarla y acogerla en su fallo; dicho de otro modo, correspondería al trabajador, en su calidad de actor, justificar, aun escasamente, una simple manifestación de ilegalidad de la que se encontraría investido el despido cuya nulidad reclama, bajo la perspectiva del principio de facilitación probatoria.

No obstante que se ha dejado sentados los criterios de la normativa laboral vigente en Perú, referente a la *facilitación probatoria*, existen investigaciones que critican la postura que este Estado ha asumido, alegando que: “se ha desnaturalizado el principio procesal de inversión de la carga de la prueba en las acciones judiciales sobre impugnación de despido”,<sup>177</sup> por cuanto, al ser “una regla de juicio y no una regla en la etapa probatoria, [...] el empleador puede desbaratar dichos mecanismos”.<sup>178</sup> Entonces, como lo podemos inferir, no todas las apreciaciones vertidas por la comunidad jurídica acerca de la prueba indiciaria han sido positivas, dado que a la par también se ha tildado a este cambio de paradigma como un gran vulnerador del principio de inversión de la carga probatoria, ya que –a criterio de los investigadores citados- no terminaría siendo una fórmula efectiva de alivio probatorio para el trabajador.

### ***1.2.2. El sistema probatorio laboral en Colombia.***

Colombia ha sido con frecuencia uno de los países sudamericanos que más ha venido demostrando un alto nivel intelectual en torno a la creación propicia de soluciones a los conflictos sociales, debido a los importantes estudios realizados por sus

---

<sup>176</sup> *Ibíd*em, art. 23.5

<sup>177</sup> Robinson Vicuña Gonzales y Teódulo Santos Cruz, “Desnaturalización del principio de inversión de la carga de la prueba en los procesos laborales de impugnación de despido”, *Revista Ciencia y Tecnología*, n.o 2 (2016), ISSN: 2306 – 2002, 28, <https://revistas.unitru.edu.pe/index.php/PGM/article/view/1379>.

<sup>178</sup> *Ídem*, 43.

investigadores y académicos, y, principalmente, a las resoluciones de la Corte Constitucional Colombiana; es por ello que a menudeo en el Ecuador, se toma en cuenta sus pronunciamientos y doctrina, para a partir de estas experiencias, plasmar nuevos pensamientos críticos que puedan adaptarse a nuestra realidad particular.

Para adentrarnos en el estudio de la distribución de la carga de la prueba en este país, partimos de considerar que el derogado Código de Procedimiento Civil<sup>179</sup> colombiano, en su artículo 177, establecía la obligación de probar el “supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico” que invoca cada parte procesal; es decir, nos presentaba un panorama similar al que actualmente se verifica en el Ecuador, dado que la demostración del hecho le correspondía a la parte que lo alegaba.

No fue sino hasta la promulgación del Código General de Procesos<sup>180</sup> colombiano, -Ley N° 1564 de 2012-, cuya vigencia data del 1 de enero de 2016, que en el Estado colombiano se introdujo un cambio en cuanto a la distribución de la carga probatoria, con el afán de tornarla más dinámica, acabando así con la regla de prueba del Código de Procedimiento Civil que llevaba rigiendo por más de medio siglo; lo que sin duda alguna marcó las pautas para el inicio de un periodo de grandes cambios en el régimen probatorio colombiano.

Ahora bien, por una parte el inciso primero del artículo 167 del Código General de Procesos colombiano<sup>181</sup> -en vigencia-, recoge de forma general la regla de distribución de la carga probatoria que se encontraba regulada en el Código de Procedimiento Civil; sin embargo, el inciso segundo de la referida disposición, introduce un cambio sustancial en cuanto a la carga de la prueba se refiere, tornándola en dinámica a criterio del juzgador, a quien le faculta poder determinar a qué parte procesal le corresponde probar ciertos hechos, es así que a su texto señala:

No obstante, según las particularidades del caso, *el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga al decretar las pruebas*, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, *exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos*. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud

---

<sup>179</sup> Colombia, *Código de Procedimiento Civil*, publicado mediante los decretos número 1400 del 6 de agosto de 1970; y, 2019 de 26 de octubre de 1970, accedido el 26 de abril del 2022, [https://www.oas.org/dil/esp/codigo\\_de\\_procedimiento\\_civil\\_colombia.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/codigo_de_procedimiento_civil_colombia.pdf).

<sup>180</sup> Colombia, *Código General de Procesos*, en vigencia de 1 enero de 2016, accedido 26 de abril de 2022, [https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/tramites\\_servicios/apostilla\\_legalizacion/ley\\_1564\\_de\\_2012\\_codigo\\_general\\_del\\_proceso.pdf](https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/tramites_servicios/apostilla_legalizacion/ley_1564_de_2012_codigo_general_del_proceso.pdf).

<sup>181</sup> Colombia, *Código General de Procesos*, art. 167 inciso primero: “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.

de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares<sup>182</sup> -énfasis añadido-

Este importante cambio en la flexibilización de la carga probatoria producida en el ordenamiento jurídico colombiano, también se extiende al campo laboral, esto debido a que, al no encontrarse regulaciones normativas sobre estos temas en el Código Procesal del Trabajo y Seguridad Social, deben ser aplicadas como normas supletorias las reglas contenidas en el Código General de Procesos antes abordadas, las cuales, por la flexibilidad que aportan, favorecen enormemente a la protección de los derechos del trabajador- accionante, tornándose en una valiosa herramienta que ahora permite al trabajador evidenciar aquellos hechos que no siempre quedan de algún modo registrados, dadas las circunstancias en que suelen ocurrir, como el caso del despido intempestivo injustificado, el acoso laboral e incluso temas de discriminación.

El esfuerzo del Estado colombiano por facilitar la demostración de los hechos a la parte más débil de la relación empleador-trabajador, materializado en el inciso segundo del artículo 167 del Código General de Procesos colombiano, es un avance digno de destacar, pues finalmente se ha reconocido la desventaja en la que se encuentra el trabajador frente a su patrono en lo relativo a la obtención de la prueba de los hechos alegados, al entenderse que tal elementos probatorios pueden ser sustentados de mejor forma por quién ejerce el rol de empleador, no solo por el hecho de ser jurídicamente la parte más fuerte en la relación laboral, sino también, por recaer sobre él, una obligación de *documentar* los aspectos relacionados a la relación jurídica obrero-patronal; es por ello que, los investigadores Angélica Parra González, Martín Jáuregui Ramírez e Ingrid González Rico, han señalado que: “[l]a prueba de los hechos en el proceso judicial ha planteado al Juez distintos retos para responder con justicia en los casos concretos”,<sup>183</sup> de lo cual se puede extraer el intento por acortar la brecha que en muchos casos impide al trabajador justificar su teoría fáctica.

Importa también entender la preocupación que plantean los investigadores Parra, Jáuregui y González, en cuanto a que, el juzgador al dinamizar la carga probatoria y otorgarle al demandado la obligación de probar un hecho afirmado por el actor, bajo el

---

<sup>182</sup> Ídem, inciso segundo

<sup>183</sup> Angélica Parra González, Martín Jáuregui Ramírez e Ingrid González Rico, “La inversión de la carga de la prueba en Colombia y el debido proceso del demandado”, *Revista Hipótesis Libre*, n.o 12 (2015), 1 - 14, [https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/hipotesis\\_libre/article/view/3744/3136](https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/hipotesis_libre/article/view/3744/3136).

principio de “*inversión de la carga de la prueba*”,<sup>184</sup> debe evitar causar lesión al derecho constitucional a la defensa del que también se encuentra amparado el empleador.

Esta preocupación nace debido a que ciertos investigadores consideran no debida la aplicación del principio de inversión de la carga probatoria en instituciones jurídicas como el despido intempestivo, acoso, discriminación, etc., ya que con ello se vulnera el derecho constitucional a la defensa del demandado, en razón de que se estaría obligando a probar que no cometió cierto acto acusado por el actor, violentado el *principio de inocencia* que rige aun en casos de naturaleza no penal.

Al respecto, Andrés Charria, ha denominado a la obligación que se impone al demandado de probar el no cometimiento del acto alegado por el actor, como *prueba diabólica*, realizando una equivalencia entre lo representaría invertir la carga de la prueba y lo ocurrido en la edad media, en la que para demostrar que una persona no estaba ligada a la hechicería, se debía “tirar amarrado al acusado a un río, si se ahogaba se consideraba inocente, si flotaba era culpable y muy seguramente iría a la hoguera, es decir, poco se podía hacer para salvar el pellejo”;<sup>185</sup> con ello se pretendería advertir que puede resultar *peligrosa* la aplicación directa y sin limitación el principio de inversión de la carga probatoria.

### ***1.2.3. El sistema probatorio laboral en México.***

En el caso de México, podemos encontrar un tratamiento interesante de cómo abordan el tema para evitar la vulneración del principio de estabilidad en las relaciones laborales, así por ejemplo, de la revisión de la normativa mexicana, se puede destacar la protección contemplada en los Arts. 5<sup>186</sup> y 123 apartado B, fracción IX<sup>187</sup> de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y que se halla desarrollada en la

---

<sup>184</sup> Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia de Tutela 764 de 2005*. “Esa circunstancia ha llevado a que la Corte haya elaborado una regla de inversión de la carga de la prueba, conforme a la cual, en las hipótesis de estabilidad laboral reforzada, corresponde al empleador acreditar que la circunstancia o condición de desventaja de la persona protegida por el Estado no ha sido desconocida como consecuencia de su decisión”.

<sup>185</sup> Andrés Charria, *La prueba diabólica*, asuntos legales, publicada el 18 de noviembre de 2019, <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/andres-charria-511606/la-prueba-diabolica-2933483>.

<sup>186</sup> México, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Diario Oficial de la Federación, 5 de febrero de 1917, art. 5, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>; Humberto Morales Moreno, El naciente derecho laboral mexicano: 1891-1928, *Revista de la Facultad de Derecho PCCP*, n.o 82 (2019), 262, <http://www.scielo.org.pe/pdf/derecho/n82/a09n82.pdf>.

<sup>187</sup> Los trabajadores sólo podrán ser suspendidos o cesados por causa justificada, en los términos que fije la ley. En caso de separación injustificada tendrá derecho a optar por la reinstalación en su trabajo o por la indemnización correspondiente, previo el procedimiento legal. En los casos de supresión de plazas, los trabajadores afectados tendrán derecho a que se les otorgue otra equivalente a la suprimida o a la indemnización de ley;

en la Ley Federal del Trabajo,<sup>188</sup> en cuyo capítulo segundo se regula las causas que permiten al empleador terminar el vínculo contractual sin que ello implique la obligación de indemnizar al trabajador; en tanto que en el inciso final del artículo 47 de la citada ley, se establece como una obligación del empleador el dar aviso<sup>189</sup> al trabajador por escrito, ya sea en forma personal o por intermedio de la Junta de Arbitraje y Mediación, por cuanto, según se subraya, “[l]a falta de aviso al trabajador personalmente o por conducto de la Junta, por sí sola determinará la separación no justificada y, en consecuencia, la nulidad del despido.”<sup>190</sup>

Sustancial en esta parte del trabajo es el señalar que el patrono -empleador-, tiene libertad para rescindir el contrato de trabajo, es decir, poner fin al convenio contraído, sin tener que realizar algún trámite administrativo previo;<sup>191</sup> *empero*, queda forzado a entregar al trabajador un aviso por escrito en el que deben constar las causas por las que se rescinde el contrato y la fecha de cometimiento de las infracciones acusadas, según así lo reglamenta el artículo 47 de la Ley Federal del Trabajo de México.

Es debido a este precepto legal que, el hecho de entregar el aviso de rescisión del contrato al trabajador, faculta a éste a acudir ante los órganos jurisdiccionales competentes para reclamar la invalidez o nulidad del despido, esto claramente bajo los hechos que el propio empleador notifica; por lo tanto, deviene en lógica la presunción respecto a que, si el trabajador no ha sido notificado personalmente o a través de la Junta de Conciliación y Arbitraje, se entiende que no existió la causa justa o legal que faculte al empleador a terminar la relación laboral, permitiendo *presumir* de pleno derecho la existencia de despido, y con ello dando paso a las indemnizaciones legales; salvo que el empleador acredite una causa justa del despido.

En la esfera privada mexicana, forman parte del sistema de protección legal, a más de los cuerpos legales antes referidos, la Ley de Fomento del Empleo y la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que establecen una “protección contra el

---

<sup>188</sup> México, *Ley Federal del Trabajo*, Diario Oficial de la Federación, 1 de abril de 1970, [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/156203/1044\\_Ley\\_Federal\\_del\\_Trabajo.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/156203/1044_Ley_Federal_del_Trabajo.pdf)

<sup>189</sup> Alfredo Sánchez Castañeda, “La Legislación Laboral Mexicana: ¿flexibilidad del legislador y seguridad del juzgador?”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, v. 2, n.o 3 (2014), 15, [http://ejcls.adapt.it/index.php/rlde\\_adapt/article/view/228](http://ejcls.adapt.it/index.php/rlde_adapt/article/view/228).

<sup>190</sup> *Ibíd.*, art. 47

<sup>191</sup> En nuestro sistema laboral ecuatoriano, cuando el trabajador incurre en una de las causas que ameritan la terminación de la relación laboral, se debe previamente obtener la autorización administrativa del Inspector del Trabajo, dentro de un trámite administrativo denominado visto bueno, donde se debe demostrar una de las causales del artículo 172 del Código del Trabajo.

despido arbitrario”,<sup>192</sup> incluso en el caso de los trabajadores de confianza, cuyo tratamiento va a depender si desde el inicio de la relación laboral empezó como trabajador de confianza, en cuyo caso solo resta procurar el cobro de la indemnización; empero, si el trabajador de confianza laboró al principio bajo un cargo común y con posterioridad es ascendido a trabajador de confianza, al perder la confianza de su empleador, el trabajador debe retomar su anterior puesto, conforme así lo ha sostenido Gutiérrez González, resaltando que:

el Tribunal Constitucional estableció que, si el trabajador realizó labores comunes al inicio de la relación laboral, y luego fue promocionado a un cargo de confianza, la pérdida de esa confianza no podría significar la extinción de su vínculo laboral, sino el retorno del trabajador a su anterior puesto de trabajo, esto es, al cargo que implicaba la realización de labores comunes. En ese sentido, ese trabajador sólo podrá ser despedido por la configuración de una causa justa de despido, y no por la sola pérdida de la confianza.<sup>193</sup>

Lo referido anteriormente permite identificar un sistema en el que prima el régimen de presunciones, y con ello se puede inferir que existiría, además, la inversión de la carga de la prueba, debido a que, se obliga al empleador a demostrar que la relación laboral terminó por una causa justa al dar el aviso al trabajador; puesto que cuando el mencionado aviso no ha sido entregado en forma personal al trabajador o por intermedio de la Junta de Conciliación y Arbitraje, se entiende que la causa de terminación de la relación laboral fue injusta.

### **1.3. Modalidades sugeridas para armonizar la carga probatoria**

Cuando nos referimos a las modalidades que son de uso más frecuente para armonizar las cargas probatorias, se pretende extraer mecanismos o medios de prueba que han sido utilizados por el Ecuador en ciertas figuras jurídicas, así como las que se han referido bajo la experiencia presentada por países como Perú, Colombia y México, a fin de que sirvan de base para potenciar una propuesta con la cual establecer un alivio probatorio para el trabajador que se encuentre constreñido a demostrar un despido intempestivo, el acoso laboral o actos discriminatorios.

La falta de prueba directa que permita al juzgador llegar al convencimiento sobre la existencia de un despido intempestivo o actos de discriminación, dado el carácter

---

<sup>192</sup> Armando Gutiérrez González, “La protección contra el despido arbitrario de los trabajadores de confianza”, *Revista IUS ET VERITAS*, n.o 38 (2009), 170, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12198/12763>.

<sup>193</sup> *Ibíd*, 179.

manifiesto escondido<sup>194</sup> con el que se suelen efectuar estas acciones, impide en la mayoría de los casos, y dificulta en otros, la demostración plena y debida de las circunstancias en las que ocurrieron los hechos, es por este motivo que para brindar un mecanismo que permita armonizar la carga de la prueba, y con ello aliviar la pesada carga de probar que en la actualidad recae sobre los hombros de trabajador, se presentan los siguientes elementos probatorios que son los más cercanos a la realidad jurídica ecuatoriana, siendo estos: los indicios, las presunciones y la inversión de la carga probatoria, elementos cuyo análisis se abordará en los párrafos ulteriores.

### **1.3.1. Indicio**

Cuando se hace alusión a los temas sobre los cuales se realiza esta investigación jurídica, se parte del entendimiento que las figuras jurídicas de despido intempestivo, acoso laboral y discriminación, por regla general, son ejecutados en la clandestinidad, esto es, que el empleador se aprovecha de la subordinación del trabajador, de la desigualdad de posiciones y de que con mucha frecuencia no existen testigos presenciales del acto, para que el trabajador no pueda llegar a demostrar que fue víctima de una irregularidad por parte de su patrono.

Es evidente que, en este tipo de situaciones, en las que no existe prueba directa adicional que sustente el argumento del trabajador, la prueba indirecta o indiciaria se convierte en el medio al que se debe acudir para determinar la existencia de una actuación indebida por parte del empleador.

Miguel Pizarro Guerrero, al definir a la prueba indiciaria, nos señala que es “aquella prueba que se dirige a convencer al órgano judicial de la verdad o certeza de hechos que no constituyen la hipótesis de incriminación, pero que, en atención a leyes científicas, reglas de la lógica o máximas de la experiencia, permiten tenerlas razonablemente por ciertas.”<sup>195</sup> A partir de lo cual se puede extraer que, si bien la prueba indiciaria no es prueba directa que permita al juzgador dar por probado el hecho principal de la causa -despido, acoso o discriminación-, no es menos cierto que al ser ciertos hechos concomitantes e interrelacionados, posibilitan al juez inferir sobre la verdad de lo que ha propuesto por el trabajador.

---

<sup>194</sup> Elisa Lanás Medina, *La prueba en demandas laborales por discriminación*, 83.

<sup>195</sup> Miguel Pizarro Guerrero, *La prueba en los delitos sexuales desde la doctrina y la jurisprudencia*, (Lima: Editorial Iustitia S.A.C., 2019), 2 ed, 50.

Otro aspecto que no se puede dejar pasar sin señalarlo, es que en los procesos de naturaleza civil, se presenta un estándar probatorio un poco más flexible respecto del estándar probatorio en materia penal,<sup>196</sup> por lo tanto, para acreditar un hecho el Juez debe considerar la probabilidad preponderante o prevaleciente, dicho de otro modo, si en un determinado proceso es imposible llegar a la verdad, se debe realizar todos los esfuerzos necesarios para alcanzar la más verosímil verdad de los hechos, alcanzando la mayor certeza posible.<sup>197</sup>

Para el desarrollo de este trabajo de investigación, resulta sustancial considerar al indicio como uno de los mecanismos a ser usados para la modulación de las cargas probatorias en materia laboral, dado que es precisamente la utilización de los indicios como medios de prueba, lo que permitirá suplir la falta de prueba directa, y aun así, llevar al juzgador al convencimiento de la existencia del hecho principal alegado, a través del razonamiento deductivo, tanto más, cuando para nuestro estándar probatorio “basta con una probabilidad más grande de que los hechos sean ciertos a que sean falsos, apreciando conjuntamente la prueba y sopesando las distintas probabilidades.”<sup>198</sup>

### **1.3.2. Presunción**

Para establecer qué se debe entender por presunción, es necesario recurrir al Código Civil<sup>199</sup> ecuatoriano, en cuyo artículo 32, a su texto señala: “Se llama presunción, la consecuencia que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas”.<sup>200</sup> En esta misma dirección se ha pronunciado el investigador Alejandro Bermeo Jiménez, quien al pronunciarse sobre las presunciones, ha señalado que: “[p]resumir, es suponer que algo existe, y que es indiscutible, aunque no se encuentre probado.”<sup>201</sup>

El maestro Hernando Devis Echandía, por su parte, tratando de facilitar el entendimiento sobre el término en estudio, expresa que presunción es “suponer una cosa

---

<sup>196</sup> En materia penal, para determinar que el procesado es responsable del cometimiento de una infracción, el estándar probatorio requiere demostrar un hecho *más allá de toda duda razonable*.

<sup>197</sup> Ferney Rodríguez Serpa, Nelhiño Bolaño Miranda y Gloria María Algarín Herrera, De la valoración racional de la prueba en la verdad procesal a la teoría de la probabilidad preponderante, *Revista JURÍDICAS CUC*, v. 14, n.o 1 (2018), 261, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6686213>.

<sup>198</sup> Jordi Nieva, *La valoración de la prueba* (Madrid: Marcial Pons, 2010), 87; citado por Byron Uzcátegui Arregui, *Valor y efecto como medios de prueba de la presunción de embriaguez y los indicios en materia penal* (Quito: Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal, 2022), 138, en Actio Legis, n. 1, *La actividad probatoria en el proceso*.

<sup>199</sup> Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial Suplemento 46, 24 de junio de 2005.

<sup>200</sup> *Ibíd.*, art. 32

<sup>201</sup> Alejandro Bermeo Jiménez, *Manual práctico de tránsito comentado* (Quito: El gran libro jurídico, 2022), 29.

cierta sin que esté probada o sin que nos conste”,<sup>202</sup> a cerca de lo cual se puede sintetizar que, la presunción es propiamente la operación intelectual resultante de la aplicación del método de razonamiento deductivo, el cual tiene como base un indicio, a través del cual se concluye la existencia de otro hecho.

A la par hay que señalar que las presunciones pueden ser de naturaleza legal o judicial. En el primer caso -presunción legal-, el hecho se infiere dado el efecto que la ley le otorga frente a ciertas circunstancias, como por ejemplo, la presunción de paternidad ante la negativa del presunto progenitor de someterse a la realización de una prueba de ADN; en el segundo caso -presunción judicial-, la presunción se presenta como la conclusión a la que arriba el juzgador luego de obtener un indicio, y aplicar respecto de este el razonamiento deductivo.

### ***1.3.3. Inversión de la carga probatoria***

En el capítulo primero se dejó señalada la noción básica de lo que para este trabajo se debe entender por principio de inversión de la carga probatoria, destacando que se constituye en una de las excepciones a la regla generalmente aplicada: *el que alega prueba*; no obstante, en esta parte del trabajo corresponde señalar cuál es la importancia de este principio probatorio en materia laboral, y cómo puede ayudar a aliviar la obligación de probar del trabajador cuando decide proponer una acción judicial por motivo o consecuencia de haber sufrido despido intempestivo, acoso laboral o discriminación.

La utilización de este principio es de vital importancia para generar un alivio probatorio al actor, más aún cuando, como bien lo señala el investigador Fernando González Calle: “comentan los Jueces de Trabajo, [...] que un 80% de los reclamos laborales no lleguen a una sentencia condenatoria de despido por falta de prueba.”<sup>203</sup>

Investigadores como Alfredo Montoya Melga, Manuel Alonso Oleas y María Emilia Casas Baamonde, han desarrollado su línea de pensamiento orientado a sostener que la inversión de la carga probatoria no debe ser aplicada de forma directa, ante la sola afirmación del actor, argumentando que esto puede vulnerar el derecho a la presunción de inocencia, toda vez que desde ese enfoque se está obligando a que sea el empleador

---

<sup>202</sup> Hernando Devis Echandía, *Compendio de la Prueba judicial* (Buenos Aires: Rubinzal), t. II, 303.

<sup>203</sup> Fernando González Calle, *El despido: Ineficaz, discriminatorio y la carga de la prueba*, 53.

quien pruebe que no es responsable -inocente- del despido, acoso o acto discriminatorio alegado por el trabajador.

Nosotros disentimos del pensamiento vertido por los investigadores antes mencionados, por cuanto consideramos que el invertir la carga probatoria en materia laboral, no le puede generar grave perjuicio al empleador, esto en virtud de que se avizora “mayor poder del empresario sobre la prueba, derivado de su acusada proximidad y dominio sobre las fuentes probatorias”;<sup>204</sup> asimismo, se debe tender a generar una verdadera cultura formal de las relaciones laborales, disminuyendo la brecha existente entre el empleador y el trabajador; más aún cuando si se es consciente que en la actualidad existe un importante grupo de trabajadores que presta su fuerza laboral, sin contar con un contrato formalmente celebrado, sin estar afiliados al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, y sin recibir un salario justo y acorde a la labor ejecutada.

#### **1.4. Propuesta de modulación de la carga de la prueba en el despido intempestivo, acoso laboral y discriminación**

Desde el inicio se ha subrayado que el presente trabajo investigativo representa el esfuerzo de este autor por proporcionar ciertas pautas que permitan visibilizar la necesidad de modular la carga probatoria en materia laboral, así como modelar las herramientas que, a criterio del investigador, podrían servir de base para generar un cambio significativo en cuanto a la forma de probar en materia laboral; sin embargo, de forma alguna este trabajo debe ser entendido como la única solución en torno a esta álgida temática, pues lo que se pretende brindar con este aporte son solo luces para que futuras investigaciones puedan profundizar en esta novedosa temática, que bien vale decir, ya ha venido siendo trabajada en el Ecuador por investigadores como Elisa Lanas Medina, Lina Parra Cortés, Fernando González Calle, entre otros.

Ya adentrándonos en el tema, considero necesario realizar un análisis diferenciado respecto de las figuras jurídicas del despido intempestivo, acoso laboral y discriminación en el trabajo, debido a que se entiende que la solución a la problemática probatoria, puede ser abordada desde diferentes panoramas.

##### ***1.4.1. Modulación de la carga probatoria en el despido intempestivo.***

---

<sup>204</sup> Antonio Baylos, “La igualdad de las partes en el proceso laboral y la tutela judicial efectiva”, *Revista del Colegio de Abogados de Concepción*, No. 5 (1998): 46, citado en Elisa Lanas Medina, “La prueba en demandas laborales por discriminación”, *Foro Revista de Derecho*, No. 14 (2010): 83.

El intento de este autor por proporcionar un mecanismo válido para aliviar la carga probatoria que recae sobre el trabajador en los juicios por despido intempestivo, parte de entender que en el artículo 169 del Código del Trabajo, se hallan recogidas las causas de terminación del contrato individual de trabajo, que representan las causas legalmente permitidas por nuestro ordenamiento legal, y que por tanto no generará indemnizaciones laborales; por el contrario, cuando la relación laboral ha terminado de una forma distinta a las presupuestadas en la mencionada norma legal, se debe entender que la relación laboral ha concluido de forma ilegal, por lo tanto procederían las indemnizaciones.

A considerar, que el artículo 169 del código *ejusdem*, nos proporciona nueve formas diferentes y legales que permiten concluir la relación laboral, siendo estas: 1. Por las causas legalmente previstas en el contrato; 2. Por acuerdo de las partes; 3. Por la conclusión de la obra, período de labor o servicios objeto del contrato; 4. Por muerte o incapacidad del empleador o extinción de la persona jurídica contratante, si no hubiere representante legal o sucesor que continúe la empresa o negocio; 5. Por muerte del trabajador o incapacidad permanente y total para el trabajo; 6. Por caso fortuito o fuerza mayor que imposibiliten el trabajo, como incendio, terremoto, tempestad, explosión, plagas del campo, guerra y, en general, cualquier otro acontecimiento extraordinario que los contratantes no pudieron prever o que previsto, no lo pudieron evitar; 7. Por voluntad del empleador en los casos del artículo 172 de este Código; 8. Por voluntad del trabajador según el artículo 173 de este Código; y, 9. Por desahucio.

Se debe reflexionar respecto de que, si el empleador se encuentra obligado por mandato legal contenido en el artículo 42.7 del Código del Trabajo, a llevar un registro estricto de sus trabajadores, incluso respecto de la edad, procedencia, estado civil, clase de trabajo, remuneraciones, fecha de ingreso y salida, etc., cuanto más debería estar obligado a registrar la forma y causa de la terminación de la relación laboral, es decir, que debe documentar los motivos o circunstancias por los que concluyó la relación laboral; así por ejemplo, si la relación laboral concluye verdaderamente por acuerdo de las partes, el empleador estaría obligado a presentar la notificación de renuncia suscrita por el trabajador, o en su efecto, el acta de finiquito suscrita por el trabajador, en la que se deje constancia de la forma de terminar la relación laboral, esto por cuanto al alegar acuerdo de las partes, se puede presumir que la relación laboral concluye en buenos términos.

Otro ejemplo de cómo se debe documentar la terminación de la relación laboral, sería en el caso de que el empleador alegue el abandono del puesto del trabajo; o faltas al reglamento interno; o falta al reglamento de seguridad y salud, en cuyas circunstancias

debe necesariamente presentar la resolución administrativa favorable del funcionario del Ministerio de Relaciones Laborales, con la que se acepta el visto bueno en contra del trabajador por tales causas y autoriza expresamente la terminación de la relación laboral ante el incumplimiento de las obligaciones contractuales del trabajador.

Desde esta visión, para la presente investigación, se considera válida la tesis de aplicar la inversión directa de la carga probatoria, obligando a que sea el empleador -mejor posicionado en cuanto al alcance probatorio-, quien demuestre que el argumento del trabajador -existencia del despido intempestivo- no es real; para ello, siempre que el trabajador alegue en sede judicial la existencia de despido intempestivo, el empleador estaría forzado a demostrar documentadamente, que la relación laboral concluyó por una de las formas legalmente previstas por la ley. Entonces, a falta de prueba se entendería que el despido intempestivo efectivamente se dio y así debería declararlo el juzgador.

Aplicar el principio de inversión de la carga probatoria de forma directa, no es un hecho que se presenta de forma aislada, esto por cuanto nuestro ordenamiento jurídico ya lo ha recogido en materia de acciones de protección, conforme lo establece el artículo 86.3 de la Constitución de la República y artículo 16 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, así como la propia Corte Constitucional en la sentencia No. 116-13-SEP-CC, dentro del caso No. 0485-12-EP, del 11 de diciembre del 2013.

Además, estaríamos generando en los empleadores dos efectos importantes en materia de protección de derechos laborales: i) que las relaciones laborales salgan de la informalidad con la que en la actualidad se manejan; y, ii) generar una mayor cantidad de trabajadores afiliados al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, toda vez que, para accionar en procedimiento administrativo ante el Ministerio de Relaciones Laborales, las causales de terminación del contrato individual de trabajo, previstas en el numeral 7 del artículo 169 del Código del Trabajo, se exige que el contratante no mantenga mora patronal, esto es, que se encuentre al día en sus obligaciones frente al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

#### ***1.4.2. Modulación de la carga probatoria en los casos de acoso o discriminación laboral.***

A la modulación de la carga probatoria en los casos de acoso o discriminación laboral, -a criterio de este autor-, no se le puede dar el mismo tratamiento que al tema del despido intempestivo, en razón de que en el acoso laboral y en la discriminación no

debería existir aplicación directa del principio de inversión de la carga probatoria, sino que, esta aplicación debe estar ligada a la demostración de indicios concurrentes que le permitan al juzgador establecer presunciones sobre la existencia de un acto de acoso o discriminatorio.

Este planteamiento ya ha sido recogido con antelación en legislaciones extranjeras como el caso chileno, el cual tiende a aplicar un sistema de alivio probatorio al trabajador. Por esta razón, el investigador Fernando González Calle señala que en la legislación chilena se impone únicamente “la obligación del reclamante de justificar únicamente indicios o la denominada prueba indirecta que a diferencia de la directa no justifica los hechos controvertidos sino afines pero que concluyen en él”.<sup>205</sup>

Para este trabajo se debe entender que, a diferencia del despido intempestivo, los asuntos relacionados con actos de acoso laboral o discriminatorios, pueden partir desde eventos que merezcan ser sancionados en forma administrativa, hasta llegar a constituirse en una infracción de naturaleza penal, la que además del tema indemnizatorio, puede generar la pérdida de la libertad ambulatoria del sujeto activo de la infracción.

Una muestra de la complejidad del tratamiento del tema de la discriminación, se encuentra recogida en la denominada *pirámide del odio*,<sup>206</sup> la cual propone varios niveles de afectación en los que se puede encasillar las actitudes del discriminador, y que generan mayor perjuicio a la víctima, según el discurso o acto va escalando por la pirámide. Dentro de los niveles de discriminación, en un orden de menor a mayor, podemos presentar la siguiente graduación: “i) actitudes basadas en estereotipos; ii) actos de prejuicios; iii) discriminación sistemática; iv) violencia motivada por prejuicios; y, v) genocidio”.<sup>207</sup>

Como se puede notar, los niveles iv) y v), de la pirámide muestran un nivel de discriminación que desborda las palabras o frases, para ingresar en verdaderos actos de violencia que califican como delitos penales; es esta la razón por la que este autor comparte el criterio que motivó a los legisladores chilenos a crear para estos asuntos litigiosos, la obligación de probar a través de prueba indiciaria hechos que, no siendo la discriminación en sí, permiten llegar a establecer que esta sí ocurrió.

Pese a que el Convenio 183 o Convenio Sobre la Protección de la Maternidad, emitido en el año 2000 por la Organización Internacional del Trabajo, citado por

---

<sup>205</sup> Fernando González Calle, *El despido: Ineficaz, discriminatorio y la carga de la prueba*, 55.

<sup>206</sup> La pirámide del odio, es una figura creada en 1913 por la organización Anti Defamation League.

<sup>207</sup> Anti-Defamation League, *Pirámide del odio*, visitada el 03 de junio del 2022, en <https://www.adl.org/resources/tools-and-strategies/piramide-del-odio>

Fernando González Calle, establece en el artículo 8, numeral 1.1., que incumbe al empleador “la carga de la prueba respecto de que los motivos de despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento”,<sup>208</sup> y pese a que en este mismo sentido se ha desarrollado el Convenio Sobre la Terminación de la Relación de Trabajo, de 1982, en cuyo artículo 9 subnumeral 1.1., se impone a los organismos la facultados para examinar las causas invocadas para la terminación de la relación laboral; para el presente trabajo, se ha tomado la postura de indicar que, dada la delgada línea que separa una contravención administrativa -actitudes basadas en estereotipos-, con los delitos de odio y discriminación, se debe esperar, al menos, que el trabajador afectado, presente indicios que lleven al juzgador a interiorizar la existencia de un acto discriminatorio.

En este caso, se considera para los fines de este trabajo que, debido a que varias de las acciones u omisiones discriminatorias pueden ser catalogadas como delitos, el invertir la carga probatoria de forma directa, puede generar la vulneración de los derechos constitucionales del empleador, como la presunción de inocencia, razón por la que, el trabajador debe aportar varios indicios que deben ser graves, precisos y concordantes; y solo frente a este panorama, el empleador quedaría obligado a demostrar que las causas alegadas por el trabajador no provienen de actos u omisiones discriminatorias; *empero*, en este caso, no le basta al empleador la simple negativa de los hechos propuestos en la demanda,<sup>209</sup> sino el desarrollo concreto de elementos probatorios que permitan desvanecer las alegaciones del trabajador.

---

<sup>208</sup> ONU, Organización Internacional del Trabajo, *Convenio sobre la protección de la maternidad*, (2000), art. 8, num. 1.1., citado por Fernando González Calle, *El despido: Ineficaz, discriminatorio y la carga de la prueba*, 55.

<sup>209</sup> Elisa Lanás Medina, *La prueba en demandas laborales por discriminación*, 85.



## Conclusiones

1. Más allá de que la Constitución de la República del Ecuador consagra, entre sus múltiples derechos, estipulaciones de avanzada en cuanto a la protección de los derechos del trabajador y contra los actos de discriminación en el ambiente laboral, el actual régimen probatorio, imperante en nuestro sistema judicial civil ecuatoriano, que es el mismo que se aplica en materia laboral, impone al actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente, generando que en la mayoría de casos los hechos alegados, aun siendo ciertos, no puedan ser demostrados por insuficiencia probatoria.

2. La jurisprudencia emitida por el máximo organismo de justicia ordinaria en Ecuador -Corte Nacional de Justicia-, asumiendo la postura de la ex -Corte Suprema de Justicia-, bajo un planteamiento puramente civilista, ha determinado que para acreditar en juicio la existencia de un hecho de despido intempestivo, debe hacérselo de forma fehaciente, requiriendo por tanto, demostrar entre otros aspectos, los siguientes: fecha, día, hora, y circunstancias -el ánimo del empleador de concluir la relación laboral-, en que se provocó el supuesto despido.

3. El despido intempestivo y la discriminación laboral, son actos u omisiones que se producen, frecuentemente, en la clandestinidad, en la reserva, sin dejar evidencia demostrable de que los hechos alegados han ocurrido, de lo cual deviene la dificultad para demostrar la ocurrencia de los mismos; por lo que se considera, que el sistema probatorio civilista, no debe ser aplicado en materia laboral cuando nos encontramos frente a los casos de despido intempestivo, acoso laboral o discriminación, más aun por las particularidades que presentan este tipo de causas de naturaleza social.

4. En los actos de discriminación laboral, de acuerdo a las estadísticas presentadas en este trabajo, existe una conducta muy elevada de trabajadores que tienden a no activar ningún mecanismo o vía para la protección de sus derechos, asumiendo que ellos, por sí mismos, pueden controlar o sobrellevar la situación, provocando con esto, que se genera una invisibilidad de este problema social dentro de las empresas, ante la carencia de estadísticas confiables e impidiendo que los colectivos puedan requerir reformas legislativas tendientes a destrabar el actual peso probatorio que soportan los trabajadores.

5. Uno de los problemas que ha permitido mantener en reserva las acciones u omisiones provenientes de actos de acoso y discriminación, se encuentra representado en el temor del trabajador a perder su puesto de trabajo -y con esto el ingreso económico que

representa para su hogar-, lo cual genera que muchas de las trabajadoras afectadas por acoso sexual, por ejemplo, no inicien acciones en contra de sus empleadores o compañeros de trabajo, aun cuando en algunas empresas cuentan con colectivos laborales para prevenir y protegerlos frente a este tipo de abusos.

6. La dificultad para demostrar en juicio el despido intempestivo, el acoso laboral o la discriminación, genera que un número elevado de trabajadores desistan de proponer acciones judiciales, aun cuando esto representa la vulneración de sus derechos; o en otros casos, lleguen a suscribir *acuerdos* con el empleador, en el que se les reconoce valores ínfimos, nada cercanos a los que les corresponde por derecho.

7. La modulación de la carga probatoria en materia laboral, es una propuesta que ha venido siendo investigada por talentosos juristas ecuatorianos, con el fin de proponer un alivio significativo a favor del actor, permitiendo con ello un avance hacia una verdadera *igualdad de armas*, y a recortar la estrecha brecha probatoria imperante en la actualidad, es por ello que este trabajo investigativo asume el reto de esbozar ciertas sugerencias a ser consideradas por el legislador.

8. Pese a que nuestro ordenamiento jurídico se han establecido significativas indemnizaciones en caso de despido por discriminación; la complejidad probatoria actual dificulta que el trabajador pueda lograr demostrar la existencia de dicho despido.

9. Cuando nos encontremos frente a acciones planteadas por actos de discriminación, se ha considerado para efectos de este trabajo, que no basta aplicar directamente el principio de inversión de la carga probatoria, sino que, para arribar a su aplicación, se ha de atender a los indicios y presunciones que se presenten, para a partir de allí, poder inferir la existencia del acto discriminatorio.

10. Cuando nos encontramos frente a un reclamo judicial por despido intempestivo, se considera necesario invertir la carga probatoria, debido a que, por un lado, el empleador dada su postura en la relación empleador-trabajador, tiene mayor ventaja para poder acceder a las pruebas; y, por otro lado, siendo obligación del empleador documentar los datos principales de sus trabajadores, incluso respecto de datos de filiación, estudios, direcciones, remuneración, etc., cuanto más debería documentar los motivos de salida del trabajador, por lo que, el invertir la carga probatoria en caso de despido, no puede representarle al empleador mayor gravamen.

11. El presente trabajo de tesis, de forma alguna pretende ser el cierre final respecto del tema tratado, sino más bien, se constituye en el peldaño inicial que invita a

los investigadores a profundizar en el tema y a sustentar o reprobando los argumentos que han sido aquí vertidos.



## Bibliografía

- Alsina, Hugo. *Fundamentos de derecho procesal, Serie clásicos de la teoría general del proceso*. México: Editorial Jurídica Universitaria, 2001, v. 4.
- . *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*. Buenos Aires: Ediar Soc. Anon. Editores, 1961, 2ª ed., III.
- Álvarez Rodríguez Ignacio. “La organización de las naciones unidas y el derecho a la no discriminación por motivo de orientación sexual e identidad de género: apuntes para un debate”, *Revista General de Derecho Constitucional*, No. 17, (2013), 1-34.
- Antón Mittermaier, José. “De los indicios y de las presunciones”, *Indicios y Presunciones*, com. Fernando Quiceno Álvarez. Bogotá / Caracas / Panamá / Quito: Editorial Jurídica Bolivariana, 2008.
- Atienza, Manuel. *El Derecho como argumentación*. Barcelona: Editorial Planeta S.A., 2012.
- Azula Camacho, Jaime. *Manual de derecho procesal, pruebas judiciales*. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2008, 3ª ed., VI.
- Baylos, Antonio. “La igualdad de las partes en el proceso laboral y la tutela judicial efectiva”, *Revista del Colegio de Abogados de Concepción*, No. 5 (1998). Citada en Elisa Lanás Medina, “La prueba en demandas laborales por discriminación”, *Foro Revista de Derecho*, No. 14 (2010).
- Bayona Hernández, Luis Antonio. *El delito de acoso sexual, análisis desde un punto de vista crítico*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez, 2022. Colombia: Ministerio del Trabajo, *el silencio del acoso sexual en el mundo laboral*, recuperado en: <https://www.mintrabajo.gov.co/noviembre/4035-el-silencio-del-acoso-sexual-en-el-mundo-laboral.html>
- Bentham, Jeremías. *Tratado de las Pruebas Judiciales*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas EuropaAmérica, 1959.
- Bernejo Jiménez, Alejandro. *Manual práctico de tránsito comentado*. Quito: El gran libro jurídico, 2022.
- Burneo Burneo, José Antonio y José Antonio Burneo Carrera. “Responsabilidad del empleador por mobbing horizontal”, *Foro Revista de Derecho*, n.o 35 (2021), <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/2477>

- Caamaño Rojo, Eduardo y José Luis Ugarte Cataldo. “El acoso laboral: tutela y prueba de la lesión de los derechos fundamentales”, *Revista Ius et Praxis*, año 20, N° 1, (2014): ISSN 0717 - 2877, <https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v20n1/art04.pdf>
- Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1998, t. I - VIII.
- Cafferata Nores, José Ignacio. “*La Prueba en el Proceso Penal*”. Buenos Aires: Ediciones de Palma, 1998, 4ª ed.
- Carnelutti, Francesco. *La prueba civil*. trad. Niceto Alcalá, Zamora y Castillo. Buenos Aires: Editora Arayú, 1995.
- . *Sistema de Derecho Procesal Civil, composición del proceso*, trad. Niceto Alcalá, Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 2016, t. I - IV.
- Carrara, Francesco. *Programa de Derecho Criminal, Parte General*. Bogotá: Editorial Temis, 1993, t. I - III.
- Charria, Andrés. *La prueba diabólica*, asuntos legales, publicada el 18 de noviembre de 2019, <https://www.asuntoslegales.com.co/analisis/andres-charria-511606/la-prueba-diabolica-2933483>.
- Chiovenda, Guisepppe. *Instituciones del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Editorial Jurídica Universitaria, 2002.
- Chumi Pasato, Ana Gabriela. “El deber judicial de admisión de los medios probatorios y la vulneración al derecho a la prueba en relación con el derecho a la defensa”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2017, <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5633/1/T2285-MDP-Chumi-El%20deber.pdf>.
- Couture, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1978.
- D`Aurelio, María Florencia. “Despido discriminatorio”. Tesis de pregrado, Universidad Fraternidad de Agrupaciones Santo Tomás de Aquino -FASTA-, 2013, <http://redi.ufasta.edu.ar:8080/xmlui/handle/123456789/1353>.
- Devis Echandía, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Editorial Temis S.A., 2002, t. I.
- . *Teoría general del proceso*. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2017
- . *Compendio de la Prueba judicial*. Buenos Aires: Rubinzal, t. II.

- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, <https://dle.rae.es/>, visitado el 21 de marzo del 2022
- Díaz De León, Marco Antonio. “La Prueba Indiciaria”, *Indicios y Presunciones*, com. Fernando Quiceno Álvarez. Bogotá / Caracas / Panamá / Quito: Editorial Jurídica Bolivariana, 2008.
- Domínguez Rodríguez, José; Francisco Morales Calatayud y Martha Landeros López, “La psicología de la salud en el plan de estudio de la medicina: razones del cambio”, *Revista Cubana de Educación Médica Superior*, n.o 13 (1999), <http://scielo.sld.cu/pdf/ems/v13n1/ems03199.pdf> Enrique Palacio Lino, *Manual de Derecho Procesal Civil*, (Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 2004), ed.18.
- Dworkin, Ronald. “*Los derechos en serio*”. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 2007, 6ª reimpresión.
- Ediciones Legales. *Colección de Jurisprudencia - 1999-III*. Quito: Ediciones Legales, 2000.
- Figueira Gómez, Álvaro. *Manual práctico de la prueba según el Código Orgánico General de Procesos*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017.
- García Falconí, Ramiro y Agustín-J. Pérez-Cruz Martín, coords., *Código Orgánico General de Procesos comentado*. Quito: Latitud Cero Editores, 2018, t. I - III.
- González Calle, Fernando. “El despido: ineficaz, discriminatorio y la carga de la prueba”, *Revista Novedades Jurídicas*, 53, en: <https://www.gonzalezabogados.legal/wp-content/uploads/2021/01/NOVEDADES-JURIDICAS.pdf>
- Gozaíni, Osvaldo A. *Oralidad y prueba en el COGEP*. Quito: Editora jurídica Cevallos, 2011.
- Guasp Delgado, Jaime. *Derecho procesal civil*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1967.
- Gutiérrez González, Armando. “La protección contra el despido arbitrario de los trabajadores de confianza”, *Revista IUS ET VERITAS*, n.o 38 (2009), 170 - 182, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12198/12763>
- Haro Vásquez, Wendy Elisa. Estrategia de comunicación contra el acoso laboral descendente en el GAD municipal Rumiñahui. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, (2019), <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/7061/1/T3069-MCE-Haro-Estrategia.pdf>

- Illescas Ortega, Iveth. *Elementos constitucionales relacionados con la prueba en el proceso civil*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2021
- Jáñez Barrio, Tarsicio. *Lógica Jurídica, hacia una argumentación jurídica*. Caracas: Publicaciones Universidad Católica Andrés Bello, 2014, 6ª ed.
- Lanas Medina, Elisa. “La prueba en demandas laborales por discriminación”, FORO Revista de Derecho, n.o 14 (II Semestre, 2010): 70, ISSN: 1390-2466, <http://hdl.handle.net/10644/2978>
- Leymann, Heinz. *El Contenido y Desarrollo del Mobbing en el Trabajo*. Suecia, European Journal of Work and Organizational Psychology, 1996.
- Silva Melero, Valentín. *La prueba procesal*. Madrid: Editorial Revista de derecho privado, 1963, I; citada en Iveth Illescas Ortega. “Elementos constitucionales relacionados con la prueba en el proceso civil”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2016, <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4776/1/T1788-MDE-Illescas-Elementos.pdf>
- Micheli Gian, Antonio. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: Mundo Editores, 1982, trad. Santiago Sentis Melendo
- Monesterolo Lencioni, Graciela. *Instituciones de derecho laboral individual, herramientas didácticas*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010, 3ª ed., I.
- . *Sistema Regulatorio de empleados privados y obreros*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, Centro de Publicaciones Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2020.
- Morales Moreno, Humberto. El naciente derecho laboral mexicano: 1891-1928, *Revista de la Facultad de Derecho PCCP*, n.o 82 (2019), 257-77, <http://www.scielo.org.pe/pdf/derecho/n82/a09n82.pdf>
- Moreno Cáliz, Susana. “Apuntes sobre el concepto legal de acoso laboral”, citada por Lina Parra Cortés.
- Nieva, Jordi. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010, citado por Byron Uzcátegui Arregui, *Valor y efecto como medios de prueba de la presunción de embriaguez y los indicios en materia penal*. Quito: Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal, 2022, en Actio Legis, n. 1, *La actividad probatoria en el proceso*.

- Ortiz Rodríguez, Alfonso. “Los indicios”, en *Indicios y Presunciones*, com. Fernando Quiceno Álvarez. Bogotá / Caracas / Panamá / Quito: Editorial Jurídica Bolivariana, 2008.
- Parra Cortez, Lina Victoria. “Aportes para el desarrollo normativo sobre acoso laboral en Ecuador: la experiencia de la Ley 1010 de 2006 en Colombia”, *Foro Revista de Derecho*, n.o 24 (2015), <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/455/450>
- Parra González, Angélica; Martín Jáuregui Ramírez e Ingrid González Rico, “La inversión de la carga de la prueba en Colombia y el debido proceso del demandado”, *Revista Hipótesis Libre*, n.o 12 (2015), 1, [https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/hipotesis\\_libre/article/view/3744/3136](https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/hipotesis_libre/article/view/3744/3136).
- Parra Quijano, Jairo. *Manual del derecho probatorio*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda, 2011
- Pizarro Guerrero, Miguel. *La prueba en los delitos sexuales desde la doctrina y la jurisprudencia*. Lima: Editorial Iustitia S.A.C., 2019, 2 ed.
- Ramírez Romero, Carlos. *Apuntes sobre la prueba en el COGEP*. Quito: Corte Nacional de Justicia, 2017.
- Real Academia Española. “Prueba”, *Diccionario de la Lengua Española*, accedido 30 de octubre de 2021, <https://dle.rae.es/prueba>
- Rocco Ugo. *Derecho Procesal Civil*, (México: Editorial Jurídica Universitaria S.A., 2008), I.
- Rodríguez, José Domínguez; Francisco Morales Calatayud y Martha Landeros López. “La psicología de la salud en el plan de estudio de la medicina: razones del cambio”, *Revista Cubana de Educación Médica Superior*, n.o 13 (1999): 19-27, <http://scielo.sld.cu/pdf/ems/v13n1/ems03199.pdf>
- Rodríguez Serpa, Ferney; Nelhiño Bolaño Miranda y Gloria María Algarín Herrera. De la valoración racional de la prueba en la verdad procesal a la teoría de la probabilidad preponderante, *Revista JURÍDICAS CUC*, v. 14, n.o 1 (2018), 259-286, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6686>
- Rodríguez Zepeda, Jesús. “¿Qué es la discriminación y cómo combatirla?” Cuadernos de la Igualdad – Consejo Nacional para prevenir la discriminación, n.o 2, ISBN: 970-9833-11-1, [https://www.conapred.org.mx/documentos\\_cedoc/50%20CI002\\_Ax.pdf](https://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/50%20CI002_Ax.pdf).
- Roxin, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2008.

- Salvador, Concepción Rosa. análisis jurisprudencial acerca del acoso psicológico laboral (Madrid: Dykinson e-Book), ISBN: 978-84-9148-664-0, disponible en: <https://portal1.uasb.edu.ec:2154/visor/54733>
- Sánchez Castañeda, Alfredo. La Legislación Laboral Mexicana: ¿flexibilidad del legislador y seguridad del juzgador?, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, v. 2, n.o 3 (2014), 1-24, [http://ejcls.adapt.it/index.php/rlde\\_adapt/article/view/228](http://ejcls.adapt.it/index.php/rlde_adapt/article/view/228).
- Santibáñez Boric, Cristina. “Las cargas probatorias dinámicas”, *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, v. 1, n° 1 (2010): 83-92, doi: 10.5354/0719-7551.2016.43029
- Taruffo, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Editorial Trotta, S.A., 2011.
- Terence, Anderson; David Schum y William Twining. *Análisis de la prueba*, trad. Flavia Carbonell y Claudio Agüero. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2015.
- Toyama Miyagusuki, Jorge y Elmer Huamán Estrada. *La prueba del despido nulo en la Nueva Ley Procesal del Trabajo*. Lima: Bosch Procesal, 2020, t. III.
- Ugarte, José Luis. “El acoso laboral: entre el Derecho y la Psicología”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIX*. Valparaíso: 2012, 2do Semestre. 221 – 231
- Valentín Gabriel. “La prueba y la sentencia: algunas reflexiones sobre la regla de la carga de la prueba”, *Revista de Derecho -Universidad Católica de Uruguay-*, No. 10 (2014), 249-277, ISSN 1510-3714.
- Vicuña Gonzales, Robinson G. y Teódulo J. Santos Cruz. “Desnaturalización del principio de inversión de la carga de la prueba en los procesos laborales de impugnación de despido”, *Ciencia y Tecnología*, Año 12, n.o 2, 2016, 27-44 ISSN: 2306 – 2002 (digital)
- Wikipedia enciclopedia libre. Arios, accedido 26 de abril de 2022, párr. 1, <https://es.wikipedia.org/wiki/Arios>
- Zavala Egas, Jorge. *Estudios sobre el COGEP*. Lima: Zavala Egas División Académica, 2016), t. 1 - 5.

## **Legislación ecuatoriana**

Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.

———. *Código Civil*, Registro Oficial Suplemento 46, 24 de junio de 2005.

———. *Código Orgánico General de Procesos*, Registro Oficial 506, Suplemento, 22 de mayo de 2015.

———. *Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica del Servicio Público y al Código del Trabajo para prevenir el Acoso Laboral*, Registro Oficial N° 116, Suplemento, 9 de noviembre de 2017.

### **Sentencias Nacionales**

Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, sentencia n.o 56-11-CN/19, caso No. 56-11-CN, del 07 de mayo de 2019.

———. sentencia n.o 1258-13-EP/19, de 11 de diciembre de 2019.

———. sentencia n.o 0274-13-EP/19, de 18 de octubre de 2019.

———. sentencia n.o 1357-13-EP/20, de 8 de enero de 2020.

———. sentencia n.o 1837-12-EP/20, de 29 de enero de 2020.

———. sentencia n.o 1320-13-EP/20, de 27 de mayo de 2020.

———. sentencia n.o 0989-11-EP/19, de 10 de septiembre de 2019.

———. sentencia n.o 1990-14-EP/20, de 2 de junio de 2020.

———. sentencia n.o 1158-17-EP/21, *Garantía de motivación*, de 20 de octubre de 2021.

———. sentencia n.o 989-11-EP/19, del 10 de septiembre de 2019.

———. *Dictamen N° 37-19-TI/20*, de 04 de marzo de 2020, en [www.corteconstitucional.gob.ec](http://www.corteconstitucional.gob.ec).

———. Corte Nacional de Justicia del Ecuador, sentencia en juicio N° 978-2011, de 11 de diciembre del 2012.

———. sentencia en juicio n.o 0889-2011, de 23 de enero de 2014.

———. sentencia en juicio n.o 0889-2011, de 23 de enero de 2014.

———. sentencia en Gaceta Judicial, año XCIX, serie XVII, n.o 1, de 21 de junio de 1999.

———. Sala de lo Laboral y Social, sentencia en Gaceta Judicial, año XCVII, serie XVI, n.o 10, de 3 de febrero de 1998.

———. sentencia en Gaceta Judicial, año CXIII, serie XVIII, n.o 11, de 21 de marzo del 2012.

———. sentencia en Gaceta Judicial, año CXI, serie XVIII, n.o 10, de 17 de febrero de 2011.

———. sentencia en Gaceta Judicial, año CVIII, serie XVIII, n.o 4, de 29 de marzo de 2007.

———. sentencia en Gaceta Judicial, año CIV, serie XVII, n.o 12, de 10 de abril de 2003.

### **Organismos internacionales**

Anti-Defamation League, *Pirámide del odio*, visitada el 03 de junio del 2022, en <https://www.adl.org/resources/tools-and-strategies/piramide-del-odio>

Legal Aid At Work, Discriminación por Idioma, accedido 26 de abril del 2022, párr. 1, <https://legalaidatwork.org/factsheet/language-discrimination/?lang=es#:~:text=La%20discriminaci%C3%B3n%20por%20idoma%20ocurre,de%20su%20manera%20de%20hablar.>

Congreso de los Estados Unidos, Comisión para la Igualdad de Oportunidades en el Empleo, Discriminación por edad, accedido 26 de abril de 2022, párr. 1, <https://www.eeoc.gov/es/discriminacion-por-edad>.

———. Discriminación por origen nacional, accedido 26 de abril de 2022, párr. 1, [https://www.eeoc.gov/es/discriminacion-por-origen-nacional#:~:text=La%20discriminaci%C3%B3n%20por%20origen%20nacional,incluso%20si%20no%20es%20as%C3%AD\).](https://www.eeoc.gov/es/discriminacion-por-origen-nacional#:~:text=La%20discriminaci%C3%B3n%20por%20origen%20nacional,incluso%20si%20no%20es%20as%C3%AD).)

———. Discriminación por raza, accedido 26 de abril de 2022, párr. 1, <https://www.eeoc.gov/es/discriminacion-por-razacolor>.

———. Discriminación por religión, accedido 26 de abril de 2022, párr. 1, <https://www.eeoc.gov/es/discriminacion-por-razacolor>.

———. Discriminación por sexo, accedido 26 de abril de 2022, párr. 1, <https://www.eeoc.gov/es/discriminacion-por-sexo>.

Observatorio Venezolano de Justicia - Acceso a la Justicia, *Discriminación política*, accedido 26 de abril del 2022, párr. 1, <https://accesoalajusticia.org/glossary/discriminacion-politica/>

———. Asamblea General, *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, 18 de octubre de 1979 y suscrita por el Ecuador el 17 de julio de 1980, Registro Oficial 153, Suplemento, de 25 de noviembre de 2005.

- . *Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial*, de 21 de diciembre de 1965, [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/cerd\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/ProfessionalInterest/cerd_SP.pdf).
- . *Declaración Universal de Derechos Humanos*, 10 de diciembre de 1948, disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- . *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 16 de diciembre de 1966, disponible en: [https://www.ohchr.org/sites/default/files/ccpr\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/ccpr_SP.pdf)
- . *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 16 de diciembre de 1966, disponible en: [https://www.ohchr.org/sites/default/files/cescr\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/cescr_SP.pdf)
- . Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General n.o 18*, disponible en: <https://www.refworld.org/es/publisher,CESCR,GENERAL,,47ebcb332,0.html>
- . Organización Internacional del Trabajo, *Convenio sobre la protección de la maternidad*, 2000.
- . *Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación)*, 1958, [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILI\\_O\\_Code:C111](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILI_O_Code:C111)
- . *Convenio sobre la violencia y el acoso*, 21 de junio de 2019, disponible en [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILI\\_O\\_CODE:C190](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILI_O_CODE:C190)
- Organización Mundial de la Salud, *Poner fin a la discriminación en los centros de atención sanitaria*, accedido 26 de abril de 2022, párr. 2, <https://www.who.int/es/news-room/commentaries/detail/ending-discrimination-in-health-care-settings>
- Parlamento Europeo, *Discriminación por pertenencia a castas*, accedido 26 de abril de 2022, párr. 1, [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/P-5-2004-1092\\_ES.html?redirect#:~:text=La%20discriminaci%C3%B3n%20basada%20en%20la,educaci%C3%B3n%20y%20la%20protecci%C3%B3n%20sanitaria.](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/P-5-2004-1092_ES.html?redirect#:~:text=La%20discriminaci%C3%B3n%20basada%20en%20la,educaci%C3%B3n%20y%20la%20protecci%C3%B3n%20sanitaria.)

## Legislación extranjera

Perú, *Nueva Ley Procesal del Trabajo*, Diario Oficial El Peruano, de 15 de enero de 2010.

———. *Ley Procesal del Trabajo -N° 26636-*.

Colombia, *Código de Procedimiento Civil*, Decretos número 1400 de 6 de agosto de 1970;

y, 2019 de 26 de octubre de 1970, accedido el 26 de abril del 2022,

[https://www.oas.org/dil/esp/codigo\\_de\\_procedimiento\\_civil\\_colombia.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/codigo_de_procedimiento_civil_colombia.pdf).

———. *Código General de Procesos*, en vigencia de 1 enero de 2016, accedido 26 de abril de 2022,

[https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/tramites\\_servicios/apostilla\\_legalizacion/ley\\_1564\\_de\\_2012\\_codigo\\_general\\_del\\_proceso.pdf](https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/tramites_servicios/apostilla_legalizacion/ley_1564_de_2012_codigo_general_del_proceso.pdf).

México, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Diario Oficial de la Federación, 5 de febrero de 1917, art. 5,

<https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>; Humberto Morales

Moreno, El naciente derecho laboral mexicano: 1891-1928, *Revista de la Facultad de Derecho PCCP*, n.o 82 (2019), 262,

<http://www.scielo.org.pe/pdf/derecho/n82/a09n82.pdf>.

———. *Ley Federal del Trabajo*, Diario Oficial de la Federación, 1 de abril de 1970,

[https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/156203/1044\\_Ley\\_Federal\\_de\\_l\\_Trabajo.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/156203/1044_Ley_Federal_de_l_Trabajo.pdf)

### **Sentencias extranjeras**

Colombia, Corte Constitucional, *sentencia de Tutela 764 de 2005*.