

IX Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social

INFORME NACIONAL DE ECUADOR

Tema I: El papel de la jurisprudencia en la lucha contra la discriminación en el empleo

Relator general: Dr. Fernando Bolaños Céspedes

Informante nacional: Dr. Jorge Guzmán López

1.- Contiene la enunciación de fuentes del ordenamiento jurídico de su país la jurisprudencia como una fuente formal del derecho? De ser así ¿cuál es el rango jurídico de las disposiciones que así lo contemplan?

En el sistema jurídico ecuatoriano la jurisprudencia realmente no crea derecho y no existe norma de ningún rango que le otorgue de un modo taxativo o indiscutido el carácter de fuente de derecho.

La Ley de Casación, a inicios de la década de los años noventa del siglo pasado incluyó un artículo que creó el concepto de precedente jurisprudencial obligatorio en el sistema ordinario, que se conformaría cuando exista la triple reiteración de un fallo de la ex Corte Suprema de Justicia.

Esta idea ha sido tomada por la Constitución de la República del Ecuador aprobada en el año 2008, cuando prescribe que una de las funciones de la actualmente denominada Corte Nacional de Justicia es *“Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración”*.

Pero hay más. En el artículo 185 en sus dos incisos, crea una especie de requisitos de procedibilidad para que los fallos de triple de reiteración se conviertan en *“jurisprudencia obligatoria”*.

Este artículo dice lo siguiente:

Art. 185.- *Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte nacional de Justicia, que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto, obligarán a remitir el fallo al pleno de la Corte a fin de que esta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia o si ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria.*

La jueza o juez ponente para cada sentencia será designado mediante sorteo y deberá observar la jurisprudencia obligatoria establecida de manera precedente. Para cambiar el criterio jurisprudencial obligatorio la juez o juez ponente se sustentará en razones jurídicas motivadas que justifiquen el cambio y su fallo deberá ser aprobado de forma unánime por la sala.

Recientemente, en el mes de Septiembre del año **2012**, el Pleno de la Corte Nacional, con el voto en contra de cuatro magistrados que sostienen que aquella no tiene atribución para interpretar la Constitución, ha dictado una Resolución (**RO 792 19-IX-2012**) mediante la cual modifica el criterio contemplado en el artículo 185 arriba transcrito y establece que como hay salas especializadas que están integradas por un número mayor de tres jueces, las sentencias que dicten los tribunales de aquellas salas, (tribunales integrados por sorteo por tres jueces para conocer cada caso) **servirán de fundamento para establecer un precedente obligatorio en los términos previstos en la Constitución de la república y el Código Orgánico de la Función Judicial** (sic).

El criterio de los votos en contra es que esta modificación tornaría más difícil la unificación de la jurisprudencia y atentaría de algún modo contra el principio de la seguridad jurídica contemplado en la Constitución como uno de los derechos fundamentales del ciudadano.

En el orden constitucional, la Carta Magna es más clara y directa al referirse a la jurisprudencia y establece entre una de las funciones de la Corte Constitucional, expedir sentencias que constituyen **jurisprudencia vinculante** respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información

pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión.

Desarrollando esta idea, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional incluye entre los principios de la justicia constitucional la obligatoriedad del precedente constitucional. Dice así:

Art. 2.- Principios de la justicia constitucional.- *Además de los principios establecidos en la Constitución, se tendrán en cuenta los siguientes principios generales para resolver las causas que se sometan a su conocimiento:*

...3. Obligatoriedad del precedente constitucional.- *Los parámetros interpretativos de la Constitución, fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento tienen fuerza vinculante. La Corte podrá alejarse de sus precedentes de forma explícita y argumentada garantizando la progresividad de los derechos y la vigencia del estado constitucional de derechos y justicia.*

2.- ¿Cuál es la fuerza vinculante de la jurisprudencia en su país respecto de otras resoluciones?

Como queda expresado el concepto de jurisprudencia obligatoria nace con la Ley de Casación y ha sido importante para la unificación de la jurisprudencia nacional en las distintas materias. Sin embargo no ha tenido ni tiene la fuerza vinculante de una ley, al punto que en ninguna circunstancia se ha considerado su inobservancia como una similitud de la prohibición de dictar fallos en contra de expresas disposiciones de la ley. Es más, las Resoluciones de la ex Corte Suprema de Justicia y de la hoy Corte Nacional de Justicia, dictadas al amparo de la antigua Ley Orgánica o del actual Código Orgánico de la Función Judicial, tienen mucha mayor fuerza vinculante que los fallos de triple reiteración.

No sucede igual con jurisprudencia constitucional, en donde por expresa disposición de la ley la *ratio decidendi* de los fallos- así debería interpretarse la expresión **parámetros interpretativos**, - tienen fuerza vinculatoria para los jueces de los niveles inferiores.

3.- Existen medios para dar publicidad a la jurisprudencia? De existir ¿cuáles son éstos y cuál es el nivel de acceso de esta jurisprudencia a la población?

En Ecuador el órgano oficial del Gobierno es el Registro Oficial, que publica todos los días laborables, las resoluciones oficiales y todos los fallos y resoluciones de la Corte Nacional de Justicia y de la Corte Constitucional; y, se edita entre 800 y 2.500 ejemplares diarios, según se trate de actos administrativos de cualquier entidad pública o de leyes de carácter general. Sin embargo en materia de jurisprudencia, el Registro Oficial agrupa en determinadas ediciones especiales las sentencias dictadas por los máximos órganos judiciales pero en un número de ejemplares mucho menor que ronda el orden de los cincuenta o cien ejemplares.

4.- ¿Existe en su país algún mecanismo de unificación de la jurisprudencia?

Tratándose de la justicia ordinaria, el mecanismo está contemplado en la Constitución de la República artículo 185 y en la Resolución de la Corte Nacional de Justicia recientemente dictada. Hay que esperar que pase el tiempo para ver si la nueva propuesta de la Corte es mejor mecanismo que el anterior.

En materia constitucional el mecanismo de unificación es muy simple y está contemplado en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que expresamente señala que los **“parámetros interpretativos (sic) de la Constitución fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento tienen fuerza vinculante”**, y aunque el mismo artículo dice a continuación que **la Corte podrá alejarse de sus precedentes de forma explícita y argumentada garantizando la progresividad de los derechos y la vigencia del estado constitucional de derechos y justicia**, el mayor problema que existe, más que su validez como un mecanismo idóneo de unificación de la jurisprudencia constitucional, es el muy frecuente cambio de criterios de la Corte en similares casos sometidos a su conocimiento.

5.- Se ha dado en su país algún factor jurídico o de otra índole que haya potenciado el papel de la jurisprudencia en el campo laboral.

Las resoluciones de la ex Corte Suprema de Justicia. En efecto durante muchos años a partir de los ochenta hasta finales del siglo pasado, la ex Corte Suprema de Justicia, que es así como se llamaba el máximo organismo de la justicia ordinaria hasta antes de Octubre de 2008, mes en que entró en vigencia la actual Constitución y que cambió su denominación por Corte Nacional de Justicia, - al amparo de la facultad concedida por la anterior Constitución, respetada por la actual - ha dictado algunas resoluciones - que en el orden normativo como fuente de derecho podría decirse que se encuentran entre la ley y la jurisprudencia – que han potenciado la protección de los derechos laborales vía aprobación de acciones de discriminación positiva en el ámbito procesal. Así tenemos por ejemplo la resolución que declara la imprescriptibilidad del derecho a la jubilación patronal, la prorrogación de la competencia de los jueces laborales para conocer los casos de secuela de jubilaciones dictadas en sentencias que han pasado por autoridad de cosa juzgada. O la resolución que se integró al Código del Trabajo en la última codificación del año 2005 que dice que una vez dictado el auto de pago, el ejecutado sólo debe pagar en el término perentorio de veinticuatro horas sin derecho a dimitir bienes, como es permitido en los juicios ejecutivos. Son medidas de discriminación en tanto que contravienen el principio de la igualdad de las partes en el proceso, pero es evidente que se trata de discriminaciones positivas que tienen por propósito salvar una desigualdad real que soportaría el trabajador, con un retraso injustificado en la fase de ejecución de sentencias en las que ya se ha declarado su derecho. De hecho, la resolución que declara la imprescriptibilidad de la jubilación patronal es de naturaleza sustantiva antes que adjetiva, pero tiene el mismo propósito protectorio. Pero esto y las otras resoluciones mencionadas son el resultado, es de reconocer, de los análisis realizados por la Corte a partir de múltiples fallos contradictorios que se habían dado con anterioridad.

6.- ¿Cuales instrumentos de derecho humanitario internacional, en relación con el principio de no discriminación en el empleo, se utilizan con más frecuencia en los tribunales de su país y cuál es la fuerza vinculante de tales instrumentos?

Es de señalar que de una revisión muy preliminar de la jurisprudencia laboral sentada por la Corte Nacional de Justicia; se puede observar que en la jurisprudencia nacional no existe la aplicación expresa de instrumentos internacionales y la referencia a éstos es muy escasa. Encontramos sí la referencia expresa y por supuesto la aplicación directa de las normas nacionales que en la Constitución de la República del Ecuador y leyes internas que tienen incorporados los contenidos de las normas internacionales que constan en los Convenios suscritos por el país en su calidad de miembro de la Organización Internacional del Trabajo.

7.- ¿Ha ratificado su país los Convenios 100 y 111 de la Organización Internacional del Trabajo? La jurisprudencia de los tribunales de su país ¿aplica estos convenios? Aparte de los dos convenios anteriores ¿Qué otros convenios de la OIT o convenciones de la ONU ha ratificado su país en temas tales como protección de trabajadores migrantes, protección de población indígena, protección de los derechos de la mujer o protección de cualquier otra minoría'?

El Convenio 100 de la OIT, relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor fue suscrito el 29 de Junio de 1951 y su texto fue publicado en el Registro Oficial N° 177 del 3 de Abril de 1957.

El Convenio 111 de la OIT relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación fue suscrito el 25 de Junio de 1958 y publicado en el Registro Oficial 219 del 30 de Julio de 1962

Además el Ecuador ha suscrito y ratificado los siguientes convenios relativos a la materia:

Convenio N° 97 de la OIT relativo a los trabajadores migrantes; Convenio 149 de la OIT sobre condiciones de trabajo y de vida del personal de enfermería; Convenio 159 de la OIT sobre la readaptación profesional y el empleo de personas inválidas; Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales.

Es de reconocer sin embargo que el Ecuador no ha suscrito ni ratificado los Convenios de la OIT relativos a la terminación de la relación de trabajo por decisión unilateral del empleador y a los derechos de los trabajadores del sector público.

8.- ¿Existe regulación específica a nivel constitucional en su país para regular el principio de no discriminación en el acceso al empleo, durante el empleo y en relación con la terminación del empleo?

La Constitución del Ecuador, aprobada mediante referéndum en Octubre del 2008, contiene importantes regulaciones favorables al principio de no discriminación y destinadas a proteger a sectores vulnerables de la sociedad.

La principal y más importante declaración es la que consta en el **Art. 33** que dice que el Estado garantizará a las personas trabajadores el pleno respeto a su dignidad una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas *y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado.*

En ese contexto la Constitución contiene regulaciones tales como:

- El Estado *garantizará a las personas **adultas mayores** la atención gratuita y especializada de la salud, el trabajo remunerado, en función de sus capacidades, para lo cual tomará en cuenta sus limitaciones; la jubilación universal, entre otros derechos.*

En especial dice que el Estado tomará medidas de protección especial contra cualquier tipo de explotación laboral o económica. *Que ejecutará políticas destinadas a fomentar la participación y el trabajo de las personas adultas mayores en entidades públicas y privadas*

para que contribuyan con su experiencia y desarrollará programas de capacitación laboral en función de su vocación y sus aspiraciones.

En el ámbito de los derechos de los adultos mayores está declaración constituye un gran avance constitucional, sin embargo debe reconocerse que en la realidad actual, la construcción legislativa correspondiente no guarda concordancia con tan trascendental principio, ya que mediante leyes de segundo orden y hasta de reglamentos, se dispone la separación ipso jure del servicio público, judicial y docente universitario de las personas que cumplan setenta años de edad. Se llegó al caso extremo de separar del servicio público a prestigiosos médicos, contra su voluntad, bajo una figura reglamentaria denominada **compra de renuncia obligatoria**.

- La Constitución establece también que el Estado reconocerá **a las jóvenes y los jóvenes** (sic) como actores estratégicos del desarrollo del país y les garantizará la educación, salud, vivienda, recreación, deporte, tiempo libre, libertad de expresión y asociación; fomentará su incorporación al trabajo en condiciones justas y dignas, con énfasis en la capacitación, la garantía de acceso al primer empleo.

Este apartado merece también un comentario especial porque recientemente en Noviembre del 2012, el Ministerio de Relaciones Laborales expidió bajo la forma legal de Acuerdo Ministerial N° 2012-0191 una *“norma técnica que establece directrices para la celebración de los convenios de pasantías y prácticas profesionales en el sector público.”*

Mediante este acuerdo se regula el trato que debe dar la administración pública a los pasantes y a los practicantes de las prácticas preprofesionales. En él se les reconoce sólo a los pasantes y no a los practicantes el derecho a percibir una remuneración básica unificada y a ser afiliado al Seguro Social. La duración del convenio será máximo de un año y mínimo tres meses.

El tema despierta un debate porque si bien la jornada de los practicantes que son estudiantes de educación media, es de sólo cuatro horas diarias y su aporte no sería como el brindado por los pasantes que han terminado la carrera universitaria, cabe preguntarse si está bien que no reciban ningún tipo de retribución económica.

- Garantiza a las **mujeres embarazadas** y en período de lactancia a no ser discriminadas por su embarazo en los ámbitos educativo, social y laboral.
- En lo relacionado con **los derechos de los niños y adolescentes** la Constitución establece que el Estado adoptará las medidas que aseguren, entre otras cosas, la protección especial contra cualquier tipo de explotación laboral o económica. Se prohíbe el trabajo de menores de quince años y se implementarán políticas de erradicación progresiva del trabajo infantil. Dice además que el trabajo de las adolescentes y los adolescentes (sic) será excepcional y no podrá conculcar su derecho a la educación, ni realizarse en situaciones nocivas o peligrosas para su salud o su desarrollo personal.
- Reconoce a las **personas con discapacidad** el derecho al trabajo en condiciones de igualdad de oportunidad, que fomente sus capacidades y potencialidades, a través de políticas que permitan su incorporación en entidades públicas y privadas.

La legislación ha desarrollado este concepto y existen medidas de acción de discriminación positiva tanto para el acceso al empleo de las personas con discapacidad, como de protección de la estabilidad con sanciones indemnizatorias más duras en caso de despido intempestivo, que sería lo que en el derecho comparado se conoce como despido sin justa causa. Todo esto sin perjuicio de las regulaciones que obligan a los empleadores a integrar el 4% de su plantilla de trabajadores, con personas que tengan algún tipo de discapacidad.

9.- ¿Existe la práctica de contemplar en los convenios colectivos de su país la regulación y solución de medidas discriminatorias en el empleo? Si la respuesta fuere positiva ¿cuáles son las regulaciones más frecuentes?

Por lo general se refieren a aquellas que están en la Constitución a las cuales nos hemos referido en el numeral anterior y con especificidad a la prohibición de discriminación en razón de la condición de dirigentes sindicales.

10.- Dejando por fuera la discriminación por raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social ¿Existe algún otro tipo de discriminación debidamente tipificada o contemplada por la jurisprudencia de su país que no se haya mencionado en los apartados anteriores?

La que está siendo motivo de análisis de las Cortes en el país es la discriminación por razón de la edad, que afecta a las personas adultas mayores que han prestado servicios en la administración pública, en las Universidades o en la Función Judicial.

Veamos el razonamiento jurídico adoptado por la sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte nacional de Justicia en un caso de discriminación en razón de la edad.

CUARTO: *El Art. 55 de la Ley Orgánica de Educación Superior dice: 'Se garantiza la estabilidad del personal académico, que no podrá ser removido sin causa debidamente justificada. Para la remoción se requiere la resolución fundamentada de las dos terceras partes del órgano colegiado superior, previo el trámite administrativo en que se garantizará el derecho de defensa, demostrable con la comparecencia y a falta de ésta con la citación al respectivo docente. El estatuto definirá los casos de apelaciones'. Tal disposición debe ser aplicada por las Universidades y Escuelas Politécnicas del Ecuador, con respecto a su personal académico, y el no hacerlo o actuar de manera diferente a lo allí establecido, constituye una ilegalidad. Dicha norma está íntimamente relacionada con la del artículo 51 del mismo cuerpo legal, cuya aplicación indebida es acusada que establece: 'Para la designación del personal académico, así como para el ejercicio de la docencia y la investigación, no se establecerán limitaciones que impliquen discriminaciones derivadas del origen racial, género, posición económica, política o cualesquiera de similar índole, ni éstas podrán ser causa de remoción, sin perjuicio de que el profesor deba ser leal a los principios que inspiran a la institución'. En el presente caso, la Primera Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito aplicó en la sentencia, de manera expresa, el artículo 51 antes citado y consideró que la acción de personal docente, mediante la cual se dio por concluida la*

relación laboral con el economista Walter Elicio Gaibor Ledesma en la Escuela Politécnica del Ejército, constituye una forma de discriminación en razón de la edad, que va contra la indicada disposición y, cabe mencionar también, contra el precepto constitucional entonces vigente del Art. 23 numeral tercero, por el análisis expuesto no cabe aceptar la alegada aplicación indebida del artículo número 51 de la Ley Orgánica de Educación Superior vigente.

11.- ¿Cuáles son los grupos o sectores más afectados por la discriminación en el campo laboral de su país? ¿Qué medidas discriminatorias son las que atienden los tribunales con más frecuencia, en relación con el empleo?

Por lo general el grupo más afectado por la discriminación en el campo laboral es de las mujeres en estado de embarazo, durante el período de descanso por maternidad o durante el período de lactancia, que últimamente ha sido ampliado de nueve meses a un año. Período este último, que consiste en la concesión de un permiso de dos horas diarias para dar de lactar al infante. Y la particularidad de este fenómeno, el del despido de la mujer por causa de su embarazo, es que lamentablemente se da por igual en el ámbito privado como en el público.

12.- ¿Cuáles considera usted son los retos a los que se enfrenta su país en la tutela de la no discriminación en materia laboral? ¿Qué situaciones quedan por fuera de la actual regulación?

En el ámbito privado es importante poner mucha atención a una mayor protección práctica del principio de no discriminación es razón de la actividad sindical en general; y en razón del embarazo, en los casos particulares de las mujeres trabajadoras. Y en el ámbito público es menester enfrentar la discriminación en el empleo en razón de la edad.

Respecto del tema cabrían dos reflexiones. La una referida a las situaciones que quedan fuera de la actual regulación; y la otra que trata de la eficacia de las disposiciones normativas que están en la Constitución y en el Código del Trabajo.

Si por lo general las regulaciones actuales privilegian la no discriminación en el acceso al empleo o en la forma unilateral de terminación de la relación laboral, es evidente que falta una mayor regulación de las acciones discriminatorias que se ejecutan por parte del empleador durante el empleo y que adquieren la forma de acoso u hostigamiento laboral. Este sería el caso de situaciones que en la práctica están fuera de la actual regulación; y sin embargo, se podría decir que no sería difícil desarrollar un conjunto de normas al respecto, ya que la Constitución si contempla con categoría de principio abierto, universal y de amplia indeterminación, ***el derecho que tiene toda persona a desarrollar sus labores en un ambiente adecuado y propicio, que garantice su salud, integridad, seguridad, higiene y bienestar.***

El otro aspecto, el que se refiere a la eficacia del conjunto normativo; para el caso del Ecuador, tal vez convendría reformar el Código del Trabajo, incorporando la figura de nulidad de todo despido discriminatorio, tal como existe en los ordenamientos jurídicos de otros países. Declaratoria judicial de nulidad que estaría dirigida a proteger la estabilidad del trabajador en el empleo de un modo real y no relativo como ocurre actualmente en nuestro sistema legal, que hasta ahora ha buscado proteger aquella, solamente encareciendo un poco el costo del despido.

En un caso de destitución por discriminación de una integrante de las Fuerzas Armadas la Corte Constitucional declarando la inconstitucionalidad del acto administrativo hace los siguientes razonamientos:

DÉCIMA SEGUNDA.- Preocupa, sin duda, el hecho real y concreto de que en la base misma de las relaciones económicas, sociales y culturales latinoamericanas se hallan insertos componentes preburgueses y posmodernos como el caudillismo, el machismo, la valoración de la mujer como un ente inferior. Al respecto esta Sala del Tribunal Constitucional considera pertinente expresar que las mujeres y los hombres somos diferentes, y tenemos capacidades y necesidades distintas. Pero ser diferente no quiere decir, de ninguna manera, ser inferior, ni siquiera cuando, a causa de la diferencia, se es, en algo más débil o vulnerable. Cuando una persona daña a otra

aprovechándose de que tiene un poder o privilegio determinado, comete un abuso y puede estar incurriendo en un delito. En nuestra sociedad existe una cultura discriminatoria de lo femenino, y con frecuencia los hombres, cónyuges, hijos, jefes, abusan del poder que les da su fuerza o su autoridad y causan daños patrimoniales, psicológicos o físicos, a las mujeres y a los niños que conviven con ellos. También con frecuencia las autoridades no entienden debidamente a las mujeres que acuden a denunciar un delito o a demandar un derecho, a pesar de que nuestra Constitución dice expresamente que los hombres y las mujeres somos iguales ante la ley, la cual debe proteger a la familia. Las mujeres deben defender sus derechos. Conviene que los conozcan y sepan que significan. En el país se ha hecho un esfuerzo de síntesis para explicar, en forma sencilla, aquellos que son esenciales. Las mujeres merecen el respeto de su pareja, de sus hijos y de los demás miembros de la familia y de la sociedad a la que se pertenecen. Eso quiere decir que tienen derecho a tomar libremente decisiones que afectan su vida, por ejemplo aquellas que tienen que ver con su trabajo, el número y esparcimiento de los hijos, sus estudios y el uso de su tiempo libre. Tratar en paz los asuntos que interesen a ambos miembros de la pareja para procurar que las decisiones relativas a ellos sean tomadas de común acuerdo. Compartir por igual con su pareja, las responsabilidades familiares, como las que se refieren a la crianza de sus hijos: a los gastos y los cuidados que estos necesiten. Expresar sus opiniones y necesidades físicas, emocionales, intelectuales y sexuales, para que sean consideradas igualmente importantes y satisfechas de la misma forma que las de su pareja.

13.- ¿Qué tratamiento ha dado la legislación interna de su país a la carga de la prueba en temas de discriminación en las relaciones de trabajo?

En materia laboral no existe regulación alguna al respecto, pero desde el año 2008 en que se promulgó la actual Constitución, se estableció que en el ámbito del ejercicio de las garantías jurisdiccionales **“se presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona**

accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información”.

Esta disposición normativa invierte la carga de la prueba cuando se trata de vulneración de los derechos fundamentales, entre esos los laborales que tienen rango constitucional.

14.- ¿Existe en el ordenamiento jurídico de su país alguna vía procesal especial, distinta de la ordinaria, para el conocimiento por parte de los tribunales administrativos o judiciales de los reclamos y denuncias por violación al principio de no discriminación? ¿Qué mecanismos se han implementado para la denuncia por parte de los afectados?

En el sistema ordinario laboral, no existe una vía procesal especial para el conocimiento de tales casos. Pero en el orden constitucional existe todo un sistema de garantías jurisdiccionales que ha sido activado por los ciudadanos trabajadores para anular los efectos de actos administrativos discriminatorios o atentatorios de los otros derechos fundamentales, tales como la estabilidad absoluta de los servidores públicos, discriminación por razón del embarazo, por enfermedad, por razones políticas, violaciones del debido proceso, etc.

Esa vía es la acción de protección que ha sido sustancialmente mejorada en relación con la Constitución anterior (1998). En el Art. 88 de la Constitución actual, la define así:

Art. 88.- *La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos por la Constitución y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.*

15.- ¿Contempla el ordenamiento jurídico de su país formas de discriminación positiva que se manifiesten en el acceso al empleo, durante el empleo y con ocasión de su terminación? ¿Ha creado la jurisprudencia en su país alguna forma de discriminación positiva que no esté en la legislación?

El Código del Trabajo establece que el empleador público o privado, que cuente con un número mínimo de veinticinco trabajadores estará obligado a contratar al menos al 4% de su plantilla a personas con discapacidad. Dice además que el empleador que incumpla con lo dispuesto, será sancionado con una multa mensual equivalente a diez remuneraciones básicas mínimas unificadas del trabajador en general; (USD \$ 318 x 10 = \$ 3.180,00) y, en el caso de las empresas y entidades del Estado, la respectiva autoridad nominadora, será sancionada administrativa y pecuniariamente con un sueldo básico; multa y sanción que serán impuestas por el Director General del Trabajo hasta que cumpla la obligación, la misma que ingresará en un cincuenta por ciento a las cuentas del Ministerio de Trabajo y será destinado a fortalecer los sistemas de supervisión y control de dicho portafolio a través de su Unidad de Discapacidades; y, el otro cincuenta por ciento al Consejo Nacional de Discapacidades para dar cumplimiento a los fines específicos de la Ley de Discapacidades.

Pero respecto de disposiciones que condenen las diversas formas de discriminación durante el empleo o con ocasión de su terminación, el ordenamiento laboral ecuatoriano registra un gran retraso normativo.

Las formas de discriminación positiva que ha creado la jurisprudencia ecuatoriana tienen dos particularidades y es que se han creado vía de resoluciones de la ex Corte Suprema de Justicia y se refieren al proceso laboral individual más que a normas sustantivas del Derecho del Trabajo. Están las referidas más arriba como la prorrogación de la competencia de los jueces laborales para conocer los casos de secuela de jubilación declarada judicialmente mediante sentencia ejecutoriada o la imposibilidad del empleador de dimitir bienes en la fase ejecución de la sentencia.

16.- Si la respuesta a alguna de las preguntas anteriores fuera afirmativa ¿cuál ha sido la suerte en la vida práctica de esa discriminación positiva? ¿Se aplica tal como es enunciada normativamente?

La experiencia en Ecuador es que las normas que se han creado vía leyes o decretos ejecutivos o las que provienen de las Resoluciones de la ex Corte Suprema de Justicia, y que contienen formas de discriminación positiva si tienen una cabal aplicación en la práctica social contemporánea. Es decir se respetan y se cumplen.

17.- ¿Qué tipo de sanciones se establecen en su país contra la discriminación en el acceso al empleo, durante el empleo y con ocasión de la terminación del empleo?

De un modo específico no registra el sistema normativo ecuatoriano sanciones contra la discriminación en el acceso al empleo, a no ser las que están contempladas en la respuesta brindada al numeral décimo quinto de este cuestionario. Y menos aún en contra de manifestaciones de discriminación durante el empleo, tal como lo hemos señalado anteriormente, toda vez que sería éste el caso de una situación fuera de la regulación. Y en lo que se refiere a sanciones relacionadas con alguna forma de discriminación con ocasión de la terminación del empleo, la legislación ecuatoriana no hace una diferenciación en los motivos del despido y tiene un sistema tarifado de indemnizaciones que supone el resarcimiento del daño ocasionado sin considerar para nada si hubo discriminación o alguna vulneración de derechos fundamentales.

Por la vía de la tutela constitucional de los derechos, es decir de la acción de protección, es posible conseguir el cese de los actos discriminatorios durante la etapa del empleo o hasta el reintegro del trabajador a su puesto de trabajo pero no hay experiencia de que se haya obligado a un empleador público o privado para que de acceso al trabajo a una persona que ha sido víctima de algún tipo de discriminación.

18.- ¿Existe algún proyecto de reforma legal para el establecimiento de procedimientos especiales que brinden mayor protección frente a la discriminación en el empleo o para tipificar nuevas formas de discriminación en ese campo?

En el Ecuador se está debatiendo a nivel de la Asamblea Nacional varios proyectos para un nuevo Código del Trabajo y existe un acuerdo básico en el sentido de compilar en un solo cuerpo legal todo el conjunto normativo laboral pero en ese marco, los proyectos presentados no contemplan el establecimiento de procedimientos especiales ni para la protección de la estabilidad ni del principio de no discriminación.

19.- Ha sido el Estado de su país condenado alguna vez por la Corte Interamericana de Derechos Humanos por violaciones al principio de no discriminación? Si fuera así ¿podría usted hacer un breve resumen del caso e indicar si hubo un debido cumplimiento de lo ordenado por la sentencia de la Corte?

No existe en realidad condena de la Corte IDH por violaciones al principio de no discriminación, sin embargo en Junio del 2012 la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó una sentencia mediante la cual declaró por unanimidad que el estado del Ecuador es responsable por la violación de los derechos a la consulta, a la propiedad comunal indígena y a la identidad cultural en perjuicio del pueblo indígena Kichwa de Sarayacu, por haber permitido que una empresa petrolera privada realizara actividades de exploración petrolera en su territorio, desde finales de la década de los años noventa, sin haberle consultado previamente.

Fue declarado responsable también por haber puesto gravemente en riesgo los derechos a la vida e integridad personal de los miembros del Pueblo Sarayacu, Esto en relación con actos realizados por la compañía petrolera extranjera en la fase de exploración, que significaron entre otras cosas, la introducción de explosivos de alto poder en varios puntos del territorio indígena.

Y fue declarado responsable también por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, en perjuicio del Pueblo Sarayacu.

En el Resumen Oficial emitido por la Corte IDH al hacer referencia a la responsabilidad del Estado del Ecuador por la violación del derecho a la identidad cultural en perjuicio del Pueblo Sarayacu, por haber permitido que una empresa petrolera privada realizara actividades de exploración sin haberle consultado previamente se expresa lo siguiente:

***“Bajo el principio de no discriminación, el reconocimiento del derecho a la identidad cultural (o a la cultura) es ingrediente y vía de interpretación transversal para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas protegidos por la Convención y por los ordenamientos jurídicos internos. La Corte considera que el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática.*”**

Guayaquil, 8 de Abril 2013.