FACULTAD DE DERECHO

PROCEDENCIA DEL PAGO DE 18 MESES DE LA MEJOR REMUNERACIÓN POR DESPIDO INJUSTIFICADO DE UN TRABAJADOR CON DISCAPACIDAD EN EL SECTOR PRIVADO

AUTORA:

Ana Belén Guerrón Gallardo

Año
2020

FACULTAD DE DERECHO

PROCEDENCIA DEL PAGO DE 18 MESES DE LA MEJOR REMUNERACIÓN POR DESPIDO INJUSTIFICADO DE UN TRABAJADOR CON DISCAPACIDAD EN EL SECTOR PRIVADO

Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos establecidos para optar por el título de Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República.

Profesor guía:

Jean Christophe Lievain

Autora:

Ana Belén Guerrón Gallardo

Año

2020

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

Declaro haber dirigido el trabajo, Procedencia del pago de 18 meses de la mejor remuneración por despido injustificado de un trabajador con discapacidad en el sector privado, a través de reuniones periódicas con la estudiante Ana Belén Guerrón Gallardo, en el semestre 202020, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.

Jean-Christophe Lievain
Master in Law
C.I. 1726146382

DECLARACIÓN DEL PROFESOR CORRECTOR

Declaro haber revisado este trabajo, Procedencia del pago de 18 meses de la mejor remuneración por despido injustificado de un trabajador con discapacidad en el sector privado, de Ana Belén Guerrón Gallardo, en el semestre 202020, dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.

Miren Josune Torrontegui Martinez
Maestra en Ciencias Políticas
C.C. 1708057631

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

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

Ana Belén Guerrón Gallardo
C.C. 1723402374

AGRADECIMIENTO

A mi hermano y mi cuñada por ser mi ejemplo a seguir y darme mi mayor Alegría.

A mi hermana y mi cuñado por ser mi inspiración y felicidad.

A mi abuelita por siempre apoyarme y darme su amor incondicional.

Al mocoso, por siempre estar, en los buenos, pero sobre todo en mis malos momentos, por creer en mi incluso cuando yo dejaba de hacerlo.

A mi mejor amigo y mejor amiga por su amistad, consejos, apoyo, ánimo y compañía en los momentos más difíciles sin importar donde estén. Pero principalmente a mi Alegría, por ser la persona que me motiva a ser cada día mejor.

DEDICATORIA

A mis padres por su amor, trabajo y sacrificio en todos estos anos, me han permitido llegar a cumplir hoy un sueño más.

A mi mamá por ser mi consejera, mi mejor amiga, y ejemplo a seguir, por ayudarme a crecer, por amarme, por ser tan tú, mi otra mitad.

A mi papá por su cariño incondicional y por ser el principal promotor de mis sueños.

Es un orgullo y un privilegio ser su hija, son los mejores padres.

RESUMEN

Bajo la normativa laboral ecuatoriana, los trabajadores gozan de derechos adquiridos gracias a las luchas sociales atravesadas durante largos años. Es así como la ley prevé indemnizaciones en caso de producirse despidos unilaterales por parte de los empleadores.

La normativa especializada resguarda derechos complementarios, basándose en la condición de vulnerabilidad del trabajador. Las personas con discapacidad no son la excepción a esta garantía de derechos específicos. En este caso, la Constitución ecuatoriana impone obligaciones tanto para el Estado como para el empleador, buscando lograr el desarrollo íntegro de estas personas.

La normativa infra legal desarrolla los mecanismos para acceder a beneficios de ley para los grupos de atención prioritaria; sin embargo, debido a la sobrerregulación de derechos de las personas con discapacidad, hoy existe un vacío legal. En este escenario, los diferentes acuerdos ministeriales y decretos ejecutivos han planteado como requisito indispensable, tener el 30% o más de discapacidad para acceder al carnet pertinente. Esta disposición da paso a cuestionar si este requisito es constitutivo o declarativo de derechos, específicamente en los casos de despido intempestivo de personas con discapacidad, y en el acceso a beneficios adicionales regulados en el Código de Trabajo.

Finalmente, el análisis jurisprudencial realizado en estos casos incrementa la complejidad de la materia. Por un lado, la Corte Nacional de Justicia, en sus dictámenes, ha privilegiado el derecho a la seguridad jurídica, afirmando que los derechos específicos de las personas con discapacidad se obtienen con la certificación por parte del órgano encargado. Por otro lado, la Corte Constitucional asevera que este requisito es una mera formalidad, y que atenta contra los beneficios del trabajador consagrados en el Código de Trabajo. Es así como, el presente trabajo académico buscará brindar pautas para dilucidar esta ambigüedad.

ABSTRACT

Under Ecuadorian Labor Legislation, employees are entitled to certain acquired rights as a consequence of long-standing social strifes. For this reason, legal provisions have established additional compensations in case of unjustified dismissal by employers.

Specialized legislation protects complementary rights with specific norms regarding each employee's state of vulnerability. People with disabilities are no exception to these specific provisions. The Ecuadorian Constitution enforces certain obligations on the government as well as private employers. These regulations seek to guarantee the full development in society of disabled people.

Various policies have developed mechanisms that allow people from priority groups to access social benefits contemplated in the law; still, this eagerness in regulation concerning disability rights has created a legal void. In this scenario, many ministerial agreements and executive decrees have established as an essential requisite to have a 30% or more disability in order to access a special identification card. This disposition begs the question: is this instrument constitutive or declarative of rights, specifically in the cases of unjustified dismissal of people with disabilities, and access to additional benefits recognized in the Labor Code.

Lastly, case study has only increased the complexity of this topic. On one hand, the National Court of Justice has favored the right to legal certainty, affirming that rights of people with disabilities are acquired through proper authority´s certification. On the other hand, the Constitutional Court has maintained that this requirement is only a mere formality and that it infringes benefits and rights contemplated in the Labor Code. For this reason, this academic paper seeks to clarify this ambiguity.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

La lucha por la igualdad de derechos de las personas con discapacidad ha involucrado la participación de organismos internacionales, gracias a lo cual han existido considerables cambios normativos alrededor del mundo. En este escenario, el Ecuador ha categorizado a este como un grupo de atención prioritaria.

Con el enfoque social de grupo de atención prioritaria, el Estado asume un papel participativo para consolidar el desarrollo integral de las personas embarazadas, con discapacidad, con enfermedades catastróficas, entre otras. Sin embargo, pese al carácter garantista de la Constitución ecuatoriana, las normas infra constitucionales han generado lagunas jurídicas, causando incertidumbre para los ciudadanos. Esta problemática legal se materializa principalmente en el campo laboral. El derecho al trabajo es un pilar fundamental para satisfacer las necesidades básicas de estas personas. Por esto, los grupos prioritarios gozan de beneficios como el pago de 18 meses de la mejor remuneración en caso de despido intempestivo. El problema radica en que, con el requisito de poseer una calificación que refleje el 30% de discapacidad para acceder a los derechos específicos, no queda claro a partir de que momento una persona con discapacidad adquiere los beneficios de ley, con el carnet o con la cédula, y si el documento de acreditación se considera declarativo o constitutivo de derechos para las personas con discapacidad.

Ahora bien, la presente investigación se encuentra estructurada en tres capítulos. El primero está dedicado a la comprensión de los grupos vulnerables con énfasis en las personas con discapacidad, los derechos específicos que regulan su protección y desarrollo íntegro. Además, se diferencia entre discapacidad permanente y condición discapacitante. Finalmente, se realiza una síntesis del procedimiento administrativo ante el Ministerio de Salud Pública para adquirir el carnet pertinente y gozar de los beneficios de ley.

Posteriormente, el segundo capítulo comprende el trabajo como derecho y deber social; para lo cual, se indagará en los derechos y obligaciones que posee el empleador para garantizar el desarrollo laboral de las personas con discapacidad. Conjuntamente, se desarrollará los derechos indemnizatorios en caso de un despido intempestivo a este grupo de atención prioritaria y las consecuencias legales que acarrearía su inobservancia.

Finalmente, el tercer capítulo se centra en el análisis jurídico de la falta de determinación del momento en el que una persona con discapacidad adquiere los derechos indemnizatorios. Esto, a través del estudio de fallos de la Corte Constitucional como máximo órgano de interpretación de la Constitución y de sentencias vinculantes emitidas por la Corte Nacional de Justicia.

1. CAPÍTULO I. LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD COMO GRUPO VULNERABLE

Las personas que tienen mayor riesgo de sufrir violaciones a sus derechos humanos, tienen una condición de vulnerabilidad. Dentro de los grupos vulnerables se encuentran las personas con discapacidad, que enfrentan no solo limitantes de su capacidad física y/o psicológica, sino también barreras sociales. Por esta razón, los Estados tienen la obligación de prevenir y eliminar todo tipo de discriminación.

El Estado ecuatoriano ha creado beneficios para las personas con discapacidad con la finalidad de equiparar la balanza y evitar la discriminación. Para acceder a estos beneficios, estas personas deben tener un mínimo de 30% de discapacidad. Así, el Estado ha desarrollado un sistema de calificación que considera estas barreras físicas o psicológicas para calcular el porcentaje.

1.1. ¿Qué son los grupos vulnerables?

En esta sección se conceptualizará a quién llamamos personas vulnerables a través de distintas definiciones de vulnerabilidad, para más tarde definir qué es

un grupo de personas vulnerables. A continuación, se realizará un breve recuento del surgimiento de los grupos de personas vulnerables y su estado en la actualidad. Finalmente, se revisaran las políticas existentes a favor de estos grupos.

1.1.1. Las personas vulnerables

La Real Academia de la Lengua Española define la palabra vulnerable como la característica de alguien que “puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente” (2020). Se entiende que una persona vulnerable es aquella que, al momento de violentarse sus derechos, no puede defenderse por sí misma, encontrándose en desventaja frente a otros. La Organización de las Naciones Unidas –ONU– hace referencia a múltiples dimensiones de vulnerabilidad, las cuales convergen en el riesgo del individuo de ser herido, bien sea ante situaciones externas y/o internas (Busso, 2001).

González, Hernández y Sánchez-Castañeda (2010, p. 225), explican que la vulnerabilidad representa un estado de debilidad, la ruptura de un equilibrio precario que arrastra al individuo o al grupo a un espiral de efectos negativos y acumulativos. Otro sector de la doctrina define como un “espiral de vulnerabilidad” a la circunstancia donde una condición de vulnerabilidad inicial se une con otra, lo que genera a su vez otra condición de vulnerabilidad (Quintero, 2011).

El Plan Nacional de Desarrollo del Ecuador define la vulnerabilidad como la acumulación de desventajas que exponen a una persona a tener un perjuicio, derivado de un conjunto de causas sociales y personales (Consejo Nacional De Planificacion y Desarrollo, 2018). Estas causas también son conocidas como factores internos y externos. Los primeros forman parte de las características propias del individuo, grupo o comunidad; como por ejemplo, la edad, el género, el origen étnico, la discapacidad, entre otros. Por otro lado, los factores externos, se encuentran ligados con el contexto social en que se desenvuelve la persona; sirvan de ejemplo las conductas discriminatorias que marginan o excluyen, el nivel de ingresos, la falta de empleo, etc. (Aguirre, 2000, p. 43).

Todas las personas pueden estar expuestas a una situación de riesgo; sin embargo, la condición de indefensión es determinante para la declaratoria de vulnerabilidad. Es decir, esta declaratoria se origina con la unión de factores internos y externos, puesto que, en estos casos, no solo disminuye la capacidad de los individuos de enfrentar las situaciones que ocasionan daño, sino que también su entorno les impide recuperarse de los efectos que estos daños causaron.

1.1.2. Los grupos de personas vulnerables

En virtud de la desventaja generada por la condición de indefensión de las personas vulnerables, a lo largo de la historia, se crea una nueva categoría denominada grupos vulnerables. Estos colectivos nacen como respuesta a la violación de los derechos fundamentales de sus integrantes y que se basan en las necesidades e intereses de quienes representan. Siendo así una categoría fundada en la desigualdad que sufren estas personas, por la sola pertenencia a estos grupos, y a la indiferencia institucional respecto de sus necesidades y de su identidad propia. (Nogueira, 2012).

Para González, Hernández y Sánchez-Castañeda (2010, p.227), se entiende por grupo vulnerable a aquél que, en virtud de su género, raza, condición socio económica, social, laboral, cultural, étnica, lingüística, cronológica y funcional sufre la omisión, precariedad o discriminación en la regulación de su situación por parte del legislador. La Cumbre Judicial Iberoamericana (2008), dentro del trabajo que realiza, ha fijado las Reglas de Brasilia, que sirven para identificar los siguientes grupos vulnerables:

> El de los pobres o indigentes, el de las mujeres, los discapacitados, los extranjeros e inmigrantes, el de aquellos que pertenecen a alguna raza, etnia o religión, el de las víctimas de delitos complejos o traumáticos, y el de los menores o ancianos (p.37).

El Ecuador, al ser un Estado garante de derechos, ha determinado un amplio grupo de atención prioritaria basado en las condiciones socioeconómicas de las personas. Es así como la Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 35, menciona los siguientes grupos vulnerables:

> Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 35)

El Estado ecuatoriano desarrolla políticas priorizadas y diferenciadas para los grupos en situación de discriminación o desventaja, tomando en cuenta la diversidad cultural, sexo, orientación sexual, identidad de género, origen étnico, lugar de nacimiento, discapacidad, edad o situación migratoria (Consejo Nacional De Planificacion y Desarrollo, 2018).

1.1.3. Políticas a favor de estos grupos

Marshal expresa que los Estados extienden privilegios a distintos grupos para garantizar su inclusión y para que puedan obtener un estatus jurídico a través del otorgamiento de derechos civiles, políticos, sociales y económicos (1997, p. 267-295). Además de esto, el constitucionalismo andino implementa lo que se conoce como derechos colectivos.

Las Organizaciones Internacionales y los Estados han desarrollado acciones prioritarias con el principal objetivo de proteger y sancionar la violación de los derechos de las personas en situación de riesgo. Por este motivo, se volvió

necesario delimitar a los sujetos de especial protección a incluir en estos grupos vulnerables. Las acciones prioritarias implican, en primer lugar, una inversión de recursos limitados, como: dinero, tiempo, personal, etc. Esto se debe a que se requiere la creación de entidades de control, la modificación estructural de aceras, semáforos, medios de transporte, entre otros. En segundo lugar, es necesaria la imposición de ciertas restricciones, para evitar la violación de los derechos de los grupos vulnerables.

A pesar de que la identidad y el bienestar de los grupos se encuentran interrelacionados en la categoría de vulnerable, cada grupo tiene sus propias características. El presente ensayo se enfocará en el grupo de personas con discapacidad.

1.2. Las personas con Discapacidad

La característica que tienen en común las personas con discapacidad, las mujeres embarazadas, los niños y los adultos mayores, y demás grupos vulnerables, son las barreras internas y/o externas que los dejan en desventaja. A pesar de esta semejanza, cada grupo merece un especial cuidado y tratamiento.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de las Naciones Unidas establece en su Artículo 1: “[…] las personas con discapacidad [son] aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, 2008, art 1). De manera similar, la Organización Mundial de la Salud, en la clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud –CIF-, precisa a la discapacidad de una persona como una interacción dinámica entre los estados de salud: enfermedades, trastornos, lesiones, traumas, etc. y los factores contextuales. (Organización Mundial de la Salud, 2001, p. 9)

Las personas con discapacidad, a diferencia de los otros grupos vulnerables, tienen en primer plano barreras internas físicas, mentales, intelectuales y/o sensoriales, que por sí solas son limitantes para ejercer las actividades de la vida diaria. En estos casos, los factores externos se encuentran en segundo plano, en razón de que no son elementales para la obtener la calificación, pero de todas formas influyen en el porcentaje de discapacidad.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano, en la Ley Orgánica de Discapacidades –LOD– y su respectivo Reglamento, define a la persona con discapacidad como:

> toda aquella que en consecuencia de una o más deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, se restringe permanentemente su capacidad biológica, psicológica y asociativa para ejercer las actividades esenciales de la vida diaria, en una proporción equivalente al treinta por ciento (30%) de discapacidad" (Ley Orgánica de Discapacidades, 2012, Art. 7)

El Estado ecuatoriano se encuentra obligado a adoptar estrategias y medidas necesarias para asegurar y fomentar el ejercicio de los derechos de este grupo de personas. Empero, debe considerarse la heterogeneidad de las personas que pertenecen a este grupo para lograr un real alcance de las medidas. El Ministerio de Salud Pública como ente rector de la salud nacional establece siete tipos de discapacidades, de manera puntual: "la discapacidad auditiva, de lenguaje, física, intelectual, múltiple, psicosocial, y visual" (Ministerio de Saud Pública, 2018, p. 55). Las necesidades que tienen las personas con deficiencia visual son diferentes a las necesidades que tienen las personas con movilidad restringida. Es decir, las barreras son diferentes, lo que implica una adecuación necesaria para satisfacer las necesidades propias de cada uno.

En base a los tipos de discapacidades antes mencionadas, la LOD (2012) establece dos categorías de personas que sufren de una o varias discapacidades. La primera, es la de las personas con deficiencia o condición

discapacitante y, la segunda, la de las personas con discapacidad. Ambas categorías tienen dificultades o restricciones de acceso a determinados bienes, derechos, oportunidades o espacios, y requieren que el Estado cree mecanismos para generar una igualdad de condiciones.

Las personas con condición discapacitante son aquellas que tienen una discapacidad temporal. La Ley mencionada anteriormente realiza la siguiente definición:

> Se entiende por persona con deficiencia o condición discapacitante a toda aquella que presente disminución o supresión temporal de alguna de sus capacidades físicas, sensoriales o intelectuales, manifestándose en ausencias, anomalías, defectos, pérdidas o dificultades para percibir, desplazarse, oír y/o ver, comunicarse, o integrarse a las actividades esenciales de la vida diaria limitando el desempeño de sus capacidades; y, en consecuencia, el goce y ejercicio pleno de sus derechos (Ley Orgánica de Discapacidades, 2012, Art. 7).

Por el contrario, las personas con discapacidad son aquellas que en razón de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, tienen restringida su capacidad de manera permanente sin importar la causa que las hubiera ocasionado (Ley Orgánica de Discapacidades, 2012, Art. 6).

El Ecuador establece que una persona, para obtener la calificación de persona con discapacidad o condición discapacitante, deberá contar con un mínimo de 30% de discapacidad para poder acceder a los beneficios de ley. Esto se lleva a cabo en la práctica mediante un sistema de calificación que analiza las capacidades de cada persona y sus limitantes particulares.

1.3. De la calificación y certificación de las discapacidades

De conformidad con lo expuesto, existe un requisito del 30% de discapacidad, sea permanente o temporal, para poder acceder a los beneficios de ley,

evaluados por el órgano rector en salud. El principal motivo de restringir el acceso a estos beneficios al establecer un porcentaje mínimo de discapacidad, más allá de ser un mecanismo que requiere del uso de recursos limitados, es equiparar las oportunidades en el día a día. Por esta razón, resulta importante y necesaria la calificación exclusivamente para personas que presentan una necesidad real. El gobierno debe buscar la manera de volver el proceso más eficaz y accesible, caso contrario, en lugar de garantizar derechos, este se convierte en el medio para que se violen los derechos de las personas con discapacidades.

Para conocer el tipo y el porcentaje de discapacidad que una persona tiene, el Reglamento de la LOD prevé dos tipos de procedimientos. El análisis que se lleva a cabo toma en cuenta tanto factores internos como externos. Los procedimientos son: la certificación de condición discapacitante y la calificación de discapacidad para las personas con discapacidad permanente. Estos dos tipos de acreditación son voluntarios, personalizados y gratuitos. Iniciaremos analizando el paso a paso del procedimiento de certificación de la deficiencia o condición discapacitante, mismo que se realiza por parte de los médicos especialistas del Sistema Nacional de Salud. Después, se detallará el procedimiento de calificación de las personas con discapacidad permanente.

1.3.1. Procedimiento para la obtención de certificación de deficiencia o condición discapacitante

El Reglamento de Calificación y Acreditación de Personas con Discapacidad, establece que: “las personas con discapacidad temporal deberán solicitar una cita en un establecimiento de salud de primer nivel de atención” (2018, Art. 9). Posteriormente, un médico general realiza la apertura de la historia clínica del paciente. Más tarde, los solicitantes son dirigidos al especialista correspondiente. El especialista evalúa al paciente mediante un examen clínico profundizado y procede a la prescripción del tratamiento de la discapacidad. El/la médico/a especialista debe ingresar los datos en el Sistema Informático en

Línea del Ministerio de Salud Pública, y anexar todos los respaldos técnicos del proceso de certificación. El proceso termina con la entrega al solicitante del certificado de deficiencia o condición discapacitante, cuya vigencia no podrá ser superior a un año (Reglamento Calificación y Acreditación de Personas Con Discapacidad, 2018, Art. 9).

Sí después de recibir por 12 meses el tratamiento correspondiente no existe progresos, se calificará la discapacidad como permanente. Se exceptúan aquellos casos de discapacidad evidente o cuando el médico especialista certifique en un tiempo menor que la deficiencia es permanente (Ministerio de Salud Pública, 2018, p. 55).

1.3.2. Procedimiento para la obtención de la calificación como persona con discapacidad

Las personas con discapacidad permanente, al igual que las personas con discapacidad temporal deben obtener una cita médica en un centro de salud de primer nivel. El médico de primer nivel examina únicamente el factor interno, y abre un historial clínico. Después de que el médico de primer nivel determina que el porcentaje de discapacidad es igual o superior al 25%, el paciente es reasignado a los trabajadores sociales para que evalúen los factores externos. Para la obtención de la calificación de discapacidad, se analizan los factores estructurales corporales y los contextuales. Una vez que se haya obtenido toda la información necesaria y se hayan realizado los informes, se remite todo el archivo al Equipo Calificador Especializado, que determina el tipo y porcentaje de discapacidad.

El procedimiento cambia cuando la discapacidad es evidente. En ese caso, la calificación debe ser realizada directamente por el Equipo Calificador Especializado, que asigna el grado de discapacidad, para después ingresar la información en el Sistema Informático en Línea (Reglamento Calificación y Acreditación de Personas Con Discapacidad, 2018, Art. 10). Se considera

discapacidad evidente, por ejemplo, la amputación, secuelas de parálisis cerebral infantil, entre otras (Reglamento Calificación y Acreditación de Personas Con Discapacidad, 2018, Art. 10).

El proceso culmina con la entrega del documento que acredite la calificación de discapacidad al usuario que hubiera alcanzado como mínimo el 30% de su calificación. En caso de que la calificación obtenida sea menor al porcentaje señalado, se entrega el certificado de no acreditación (Reglamento Calificación y Acreditación de Personas Con Discapacidad, 2018).

1.3.3. Acreditación de las Personas con Discapacidad Temporal o Permanente

Como se puede determinar, el procedimiento para obtener la certificación de condición discapacitante o la calificación de discapacidad es muy extenso. Esto, en parte, es en razón de que resulta importante que los especialistas tengan toda la información requerida para obtener un resultado más exacto en cuanto el porcentaje de discapacidad. De esto dependerá que una persona tenga acceso a los beneficios para igualar la balanza de la sociedad. Sin embargo, el problema se materializa cuando las barreras que impiden igualar la balanza son consecuencia de problemas administrativos y falta de organización de los Estados. En estos casos, es el mismo Estado el causante de realizar acciones que generen desigualdades y desventajas contra las personas con discapacidad.

La Organización Mundial de la Salud desarrolló un plan de acción mundial sobre Discapacidad denominado: “Mejor salud para todas las personas con discapacidad”, que obliga a los gobiernos a mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad en el mundo. De esta forma, se cumple con los siguientes objetivos: eliminar obstáculos y mejorar el acceso a los servicios de salud, mejorar los servicios de rehabilitación y asistencia, y, finalmente, obtener datos pertinentes e internacionalmente comparables sobre discapacidad y

potenciar la investigación sobre la discapacidad (Organización Mundial de la Salud, 2014, p. 58).

En el Ecuador, ha habido una evolución en el sistema con la finalidad de mejorar el acceso a los servicios de las personas con discapacidad. Antes de la derogación de la Ley Sobre Discapacidades, la entidad que tenía la facultad de otorgar el carnet era el Consejo Nacional de Discapacidad, y disponía que las personas con discapacidad debían inscribirse en el Registro Nacional de Discapacidades (Ley sobre Discapacidades, 2001, art. 18). Con la publicación de la Ley Orgánica de Discapacidades, en el 2012, esto cambió. Se buscó integrar los datos de discapacidad en los sistemas nacionales de información, para lo cual se dispuso:

> Dentro del plazo máximo de un (1) año contado a partir de la promulgación de esta Ley, la Dirección Nacional de Registro de Datos Públicos, en coordinación con el Registro Civil, Identificación y Cedulación, implementarán la interconexión de datos (…) (Ley Orgánica de Discapacidades, 2012, Disposición Transitoria primera).

De esta forma, se le quitó la facultad al Consejo Nacional de Discapacidades de emitir el carné de discapacidad, en razón de que con la optimización del proceso con la interconexión del registro en Registro Civil no serían necesarios los mismos.

A pesar de la existencia de estas disposiciones, hasta la actualidad no se ha logrado implementar la interconexión de datos. Mediante Resolución N 001-CONADIS-2019, se extendió el tiempo de vigencia de los carnets otorgados por el Consejo Nacional de Discapacidades y se le otorgó a facultad de emitir la certificación y calificación de discapacidades al Ministerio de Salud Pública. El sistema que el Ministerio busca implementar, al ser automático, elimina muchos obstáculos para la calificación y acreditación. Sin embargo, sigue siendo un problema, puesto que genera confusión.

Por un lado, la LOD establece que la autoridad sanitaria nacional será la encargada de realizar la calificación de discapacidades, para determinar su tipo y su porcentaje de discapacidad. Una vez que la persona haya adquirido la calificación de persona con discapacidad, se registrará la información en el Sistema del Ministerio de Salud Pública. Después, se remitirá dicha información a la Dirección General de Registro Civil para que se incluya en la cédula de identidad la condición de discapacidad y el porcentaje. Este documento sería suficiente para acogerse a los beneficios de Ley. En ningún momento la ley establece que el Ministerio de Salud sea el responsable de emitir ningún documento que acredite la discapacidad.

Por otro lado, el Reglamento de la LOD establece que la autoridad sanitaria nacional deberá emitir el certificado o documento que acredite la calificación de la discapacidad o certifique la condición discapacitante. Este documento que le permitiría a la persona con discapacidad adquirir los beneficios de ley. En esta misma norma se establece que: “para el otorgamiento de los beneficios establecidos en la Ley, no se exigirá otro requisito además del documento que acredite la calificación de la discapacidad o la determinación de la deficiencia” (Reglamento a la Ley de Discapacidad, 2017, Art. 5). La confusión que genera esta antinomia radica en que no queda claro si el documento que acredita la condición discapacitante debe ser emitido por el Ministerio de Salud Pública o por el Registro Civil.

No se consideró el factor tiempo en la transición, lo que hizo que el Estado improvisara soluciones temporales que se vuelven contradictorias unas con otras. Por este motivo, actualmente, la obtención de la certificación y calificación de discapacidad ha creado barreras que dificultan el acceso a este servicio. William Díaz, director administrativo de la Asociación de Personas con Discapacidad “Unámonos¨ declaró: “tenemos muchas quejas de todo el país, principalmente sobre los turnos; lo engorroso que se ha vuelto el sistema; lo difícil que es conseguir el certificado del especialista; y a la reducción del porcentaje de discapacidad” (Díaz, 2017). Además, aclaró que lleva demasiado

tiempo conseguir el carné de discapacidad y que el proceso mínimo se demora de 6 hasta 7 meses, con demoras de hasta más de un año.

Por lo expuesto, los Estados deben buscar tener un sistema eficaz y accesible a todas las personas, para evitar que el mismo sea el que aumente la indefensión y desventaja de las personas con discapacidad. Se debe tener muy en cuenta que, de la calificación del 30% de discapacidad, depende que una persona pueda adquirir los beneficios de ley.

1.4. La doble protección para las personas con discapacidad por parte del Estado ecuatoriano.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece:

> Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros. Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna. 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 (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, Arts. 1 y 2).

La Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad define el término “discriminación contra las personas con discapacidad” como:

> Toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades

> fundamentales (Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad, 2004, Art. 3).

Uno de los principales objetivos de las Naciones Unidas es “obtener una sociedad para todos” (ONU, 2020); mejorando la calidad de vida de los grupos desfavorecidos. Por esta razón, los Estados tienen la obligación de prevenir y eliminar todo tipo de discriminación.

El Ecuador, siendo un Estado constitucional de derechos y justicia, tiene como principal objetivo garantizar el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 1, 84 y 417). El Plan Nacional de Desarrollo 2017-2020 establece que el Ecuador debe prevenir que no se vulneren los derechos, ni por el mismo Estado, y en caso de que esto ocurra, obligar las reparaciones correspondientes. El Estado, a través de la ley, genera una doble protección a las personas con discapacidad en razón de que garantiza su desarrollo y su inclusión.

> El Estado establecerá medidas que garanticen a las personas con discapacidad, la utilización de bienes y servicios, especialmente de salud, educación, capacitación, inserción laboral y recreación; y medidas que eliminen las barreras de comunicación, así como las urbanísticas, arquitectónicas y de accesibilidad al transporte que dificulten su movilización […] (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art 47).

En el artículo 47 de la Constitución, se establecen obligaciones para garantizar el desarrollo de las personas con discapacidad. Algunas de ellas son:

> 1. La atención especializada en las entidades públicas y privadas que presten servicios de salud para sus necesidades específicas, que incluirá la provisión de medicamentos de forma gratuita, en particular para aquellas personas que requieran tratamiento de por vida.

6. Una vivienda adecuada, con facilidades de acceso y condiciones necesarias para atender su discapacidad y para procurar el mayor grado de autonomía en su vida cotidiana. Las personas con discapacidad que no puedan ser atendidas por sus familiares durante el día, o que no tengan donde residir de forma permanente, dispondrán de centros de acogida para su albergue.
7. Una educación que desarrolle sus potencialidades y habilidades para su integración y participación en igualdad de condiciones. Se garantizará su educación dentro de la educación regular. Los planteles regulares incorporarán trato diferenciado y los de atención especial la educación especializada. Los establecimientos educativos cumplirán normas de accesibilidad para personas con discapacidad e implementarán un sistema de becas que responda a las condiciones económicas de este grupo (Constitución, 2008, Art. 47).

El Estado debe actuar proactivamente para garantizar plenamente los derechos que permitan el desarrollo de los individuos, especialmente en los grupos de atención prioritaria (Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021, 2017). Además, en conjunto con la sociedad y el núcleo familiar se debe buscar la equiparación de oportunidades y su integración social. Por esta razón se expidió la LOD. La finalidad de esta norma es generar un sistema de prevención de discapacidades y de atención o integración de personas con discapacidades, con el fin de proporcionar las herramientas que prevengan y sancionen la marginación de las personas con discapacidad.

En síntesis, los grupos vulnerables están compuestos por personas que, por factores internos y/o externos, se encuentran en desventaja en la sociedad. Un grupo importante de personas vulnerables es el de las personas con discapacidad. Los Estados tienen la obligación de buscar los mecanismos adecuados para conseguir un equilibrio entre todos los miembros de la sociedad. Siendo así, el Estado ecuatoriano ha consagrado a nivel constitucional derechos que garantizan el desarrollo e inclusión de las personas

con discapacidad. Uno de estos derechos es el del trabajo. A continuación, se abordará a profundidad este derecho en el caso ecuatoriano y los mecanismos legales utilizados para su aplicación en la práctica.

2. CAPÍTULO II. EL TRABAJO COMO DERECHO Y DEBER SOCIAL PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Al considerar la premisa de igualdad de todos los seres humanos poseedores de los mismos derechos ante la ley, los Estados asumen una obligación de garantizar que todos los individuos tengan acceso a los mismos. El trabajo, además de ser un derecho fundamental para la subsistencia de una persona, es un deber social. Así, se obliga a los trabajadores, empleadores y al Estado, en razón de que permite el desarrollo de la persona y de la sociedad.

En el caso de las personas con discapacidad, a través de políticas públicas especializadas, se busca precautelar su desarrollo y su inclusión. El Estado ecuatoriano adopta medidas de discriminación positiva a favor de las personas con discapacidad como la inclusión laboral y su estabilidad.

2.1. Obligación del Estado de equiparar oportunidades del trabajo para las personas con discapacidad

Los individuos, desde siempre han realizado acciones físicas o intelectuales que les permitan obtener recursos con el fin de lograr satisfacer sus necesidades. El trabajo es uno de los principales mecanismos por los que las personas pueden alcanzar su dignidad, bienestar y desarrollo. La dignidad humana es un valor inherente al ser humano. En palabras de Pele, el trabajo “impulsa no sólo su protección sino también su mayor desarrollo, es por eso que los valores de seguridad, libertad, igualdad y solidaridad tendrían como fin último la protección y el desarrollo de la dignidad humana” (Pele, 2015, p. 8). Es decir, esta característica no depende de ninguna acción por parte del individuo para adquirirla. Por esto, el trabajo es un derecho fundamental e irrenunciable.

Si bien es cierto que el trabajo es un derecho que le otorga al trabajador la libertad de escoger en qué y con quién va a trabajar a cambio de una remuneración, también tiene un deber social que cumplir. La Carta de la Organización de Estados Americanos –OEA- establece que:

> El trabajo es un derecho y un deber social que otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida la salud y un nivel de vida decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en sus años de vejez o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar. (Organización de los Estados Americanos, 1948, Artículo 44 inciso b)

La Constitución de Ecuador, de conformidad con el artículo 2 del Código de Trabajo establece que el trabajo es un derecho y un deber social y un derecho económico. Además, dispone que 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. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 33)

El trabajo no solo permite que la persona tenga acceso a elementos necesarios para su subsistencia, sino que ayude en el desarrollo de la sociedad. Es el eje económico de los individuos, de la sociedad y del Estado. Este mecanismo crea riqueza y estabilidad económica en un país, permitiendo su desarrollo.

Al ser un deber social, establece obligaciones para el Estado, los empleadores y los trabajadores. El estado ecuatoriano no solo debe buscar la creación de empleo, sino crear un marco de protección con los trabajadores que incluye principios como la intangibilidad de los derechos laborales y la aplicación de la norma más favorable. El Estado deberá garantizar trabajos en los que las personas puedan realizar actividades en condiciones de libertad, seguridad,

dignidad e igualdad. Como menciona Westen, el Estado tiene el deber de tratar a los individuos de tal modo que las cargas y las ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre ellos (1990).

Principalmente, el gobierno deberá garantizar la igualdad de condiciones y el acceso al empleo a los grupos vulnerables. En consecuencia, la Constitución establece que “se garantizará la inserción y accesibilidad en igualdad de condiciones al trabajo remunerado de las personas con discapacidad” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Artículo 330). Esto implica que entre trabajadores se busca la eliminación de diferencias laborales cuando las situaciones, conductas y rendimientos son iguales. Se trata de equiparar a los trabajadores, considerando que el derecho al trabajo se sustenta en el principio de igual trabajo corresponde a igual remuneración. La Conferencia Internacional del Trabajo adopta la Declaración de la OIT Relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, que establece como un principio la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. (1998). Toda persona que trabaja tiene derecho a recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza le asegure un nivel de vida conveniente para sí y su familia. (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948). El Protocolo Adicional sobre Derechos Humanos - Protocolo San Salvador- establece:

> Los Estados parte se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico - profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos (1993, Art 6 inciso 2).

La Constitución crea una doble protección para las personas con discapacidad, primero como grupo vulnerable y segundo como sujeto de inclusión laboral. Es así como establece que el “Estado garantizará políticas de prevención de las discapacidades y, de manera conjunta con la sociedad y la familia, procurará la

equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad y su integración social" (Constitución de la República del Ecuador, 2008, artículo 47).

En relación con la inclusión laboral, la LOD indica que:

> Las personas con discapacidad, con deficiencia o condición discapacitante tienen derecho a acceder a un trabajo remunerado en condiciones de igualdad y a no ser discriminadas en las prácticas relativas al empleo, incluyendo los procedimientos para la aplicación, selección, contratación, capacitación e indemnización de personal y demás condiciones establecidas en los sectores público y privado (Ley Orgánica de Discapacidades, 2012, Art. 45).

Al ser el trabajo un deber social que afecta a todo el sistema, las compañías también tienen obligaciones que cumplir. Esto último, con el fin de garantizar que las todas las personas, y principalmente las personas con discapacidad, puedan tener acceso a su derecho y deber social.

2.2. Obligaciones del Empleador para garantizar el trabajo de las personas con discapacidad

El empleador deberá garantizar la protección de los trabajadores que por su situación de discapacidad sean especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo. A tal fin, deberán tener en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos, en la adopción de medidas preventivas y de protección necesarias (Decisión del Acuerdo de Cartagena 584, 2004). Las compañías también tendrán la responsabilidad de modificar sus requisitos y mecanismos para la selección de personal, equiparando oportunidades para las personas discapacitadas.

En función del principio de libre contratación, el empleador tiene el derecho de escoger con quién contratar y crear una relación laboral, seleccionando el perfil

que más se ajuste con las necesidades de la empresa. Sin embargo, los Estados imponen ciertas limitaciones a la autonomía de las partes con el fin de garantizar el derecho al trabajo. El Estado desarrolla un sistema legal que pone en igualdad de condiciones a trabajador y empleador. Esto, en razón de que, a través de la historia, las personas que tenían como único elemento de subsistencia su fuerza de trabajo, sufrían explotación por parte de sus empleadores, quienes se aprovechaban de su necesidad.

En la relación laboral, el empleador es la parte que provee un puesto de trabajo a una persona que necesita un ingreso para poder vivir, para que preste un servicio personal bajo su dependencia, a cambio de una remuneración. El empleador, en ejercicio de su poder de dirección puede amenazar o vulnerar los derechos del trabajador, convirtiendo al empleado en la persona débil de la relación laboral. Este desequilibrio en la balanza de las relaciones laborales hace que el Estado tenga la necesidad de intervenir en las relaciones laborales entre empleadores y empleados. Principalmente en los trabajadores con discapacidades, que se encuentran más vulnerables por sus limitaciones físicas y/o mentales.

El ordenamiento jurídico busca conseguir un orden social justo, motivo por el cual se establecieron las obligaciones a los empleadores enfocadas en proteger los intereses del trabajador con discapacidad. La LOD, en su Sección Quinta establece las principales obligaciones que los empleadores deben tener para con las personas con discapacidades. Entre las disposiciones más importantes se encuentran:

> La inclusión laboral, exige a los empleadores que cuenten con veinticinco o más trabajadores están obligados a contratar un mínimo de cuatro por ciento de personas con discapacidad. Las cuales deberán tener labores permanentes que se consideren apropiadas en relación con sus conocimientos, condiciones físicas y aptitudes individuales (Ley Orgánica de Discapacidades, 2012, Artículo 45).

El numeral 33 del artículo 42 del Código de Trabajo establece que el empleador que incumpla con esta obligación será sancionado con una multa mensual equivalente a diez remuneraciones básicas mínimas unificadas del trabajador en general (Código del Trabajo, 2005, Art. 42).

Los empleadores, además de seguir estas disposiciones, tienen la obligación de asignar funciones acordes a las capacidades, potencialidades y talentos de los trabajadores con discapacidad. Garantizando la integridad de los trabajadores con discapacidad en el desempeño de sus labores; proporcionando los implementos para su realización; y, adecuando las áreas de trabajo. El Código de Trabajo establece como obligación del empleador:

> [… situar al trabajador] en labores permanentes que se consideren apropiadas en relación con sus conocimientos, condición física y aptitudes individuales, observándose los principios de equidad de género y diversidad de discapacidad (Código del Trabajo, 2005, Art. 42).
>
> Las empresas e instituciones, públicas o privadas, para facilitar la inclusión de las personas con discapacidad al empleo, harán las adaptaciones a los puestos de trabajo de conformidad con las disposiciones de la Ley de Discapacidades, normas INEN sobre accesibilidad al medio físico y los convenios, acuerdos, declaraciones internacionales legalmente suscritos por el país (Código del Trabajo, 2005, Art. 42).

El derecho al trabajo, además de procurar empleado para personas con discapacidad, implica dotarles de seguridad. De esta forma, se evita la incertidumbre del desempleo, que acarrea la preocupación de no tener los ingresos suficientes para la satisfacción de necesidades básicas. Por este motivo, el Estado obliga a los empleadores a garantizar la estabilidad laboral de las personas con discapacidad. En caso de que el empleador incumpla con las obligaciones planteadas, será sancionado de conformidad con lo dispuesto en la Ley. Sin embargo, considerando que el trabajador con discapacidad no tiene

la obligación de notificar su discapacidad al empleador, surge la siguiente duda: ¿Cómo puede el empleador cumplir con sus obligaciones y garantizar los derechos de las personas con discapacidad si no tiene conocimiento de su discapacidad?

2.3. La Estabilidad Laboral de las personas con discapacidad

De todas las obligaciones que tiene el empleador para garantizar el derecho al trabajo de las personas con discapacidad y cumplir con su deber social, la más importante es la de garantizar su estabilidad laboral. La estabilidad de los trabajadores en los empleos comprende dos modalidades: la permanencia, la persistencia o duración indefinida de la relación de trabajo y la exigencia de una causa razonable para su disolución. La primera parte es la esencia misma de la estabilidad de los trabajadores en los empleos, y la segunda, es su seguridad o garantía, si esta seguridad falta, la estabilidad sería una mera ilusión (De la Cueva, 1978, p. 774).

La seguridad de permanencia constituye un factor de imponderable valor desde los puntos de vista económico y moral, pues del temor e inseguridad en el empleo, surgen efectos negativos, tanto en la esfera del trabajador como en el ámbito de la producción y la pérdida del empleo constituye sin duda un grave daño, para quienes solo cuentan con su salario o sueldo para cubrir sus necesidades propias y de su familia (Quiloango, 2014, p. 58). La estabilidad laboral, además de ayudar al trabajador también vela por los intereses de los empleadores. La estabilidad laboral ayuda a que el trabajador se sienta seguro al tener una fuente de desarrollo personal y familiar, lo que le incentiva a seguir preparándose y mejorando, generando mayores beneficios para el empleador. Por otra parte, la estabilidad en el empleo garantiza una eficacia en la producción, una normalidad en el proceso de esa producción, una especialización o perfeccionamiento en las actividades que realizan los trabajadores, de tal manera que es un factor importante para el desarrollo socioeconómico de los pueblos y para el propio beneficio de los empleadores

(Jaramillo, 1977, p. 11). El empleador, además de obtener un mejor ambiente laboral, cuenta con trabajadores que tienen la experiencia y tecnificación de las actividades que desarrollan, es decir, conocen el sistema lo que les vuelve más eficaces y con un rango de error menor.

La legislación laboral ecuatoriana, establece mecanismos legales que permiten la terminación de la relación laboral por causales establecidas en el Código del Trabajo, por ejemplo, el visto bueno. Es decir, el empleador puede desvincular al trabajador siempre y cuando exista causa justa. Si el trabajador cumple con sus obligaciones y se capacita para mejorar, no existe razón para que no pueda seguir trabajando. El Código de Trabajo indica que el despido intempestivo se produce cuando el empleador, de forma unilateral, sin la existencia de causal legal alguna, o aun existiendo causal no sigue el procedimiento establecido en la ley, y termina unilateralmente la relación laboral (Código del Trabajo, 2005). En el caso de que el empleador quiera terminar de forma unilateral sin la existencia de causa legal puede desvincular al trabajador pagando una indemnización. Es decir, la estabilidad laboral no viola la autonomía y arbitrariedad del empleador, pero la limita.

El Estado de derecho social en el cual se desenvuelve el país, debe establecer una protección jurídica que garantice al trabajador su permanencia en el empleo y por ende una mejor calidad de vida. En razón de que el despido Intempestivo rompe la estabilidad laboral, trae consigo consecuencias jurídicas, familiares económicos, y sociales; es por ello, que el legislador lo sanciona.

La liquidación en el caso de despido intempestivo corresponde al pago proporcional de los haberes de los derechos adquiridos como: décimo tercero, décimo cuarto, vacaciones, etc. También, se pagará la indemnización por despido intempestivo, el Código de Trabajo establece que:

> El empleador que despidiere intempestivamente al trabajador será condenado a indemnizarlo, de conformidad con el tiempo de servicio (…)

> El cálculo de estas indemnizaciones se hará en base de la remuneración que hubiere estado percibiendo el trabajador al momento del despido, sin perjuicio de pagar las bonificaciones a las que se alude en el caso del artículo 185 de este Código (Código del Trabajo, 2005, Art. 188).

La indemnización por despido actúa de dos formas diferentes; primero, protege al trabajador para que su estabilidad laboral no se vea afectada. Segundo, en el caso de existir un despido, la indemnización es el resarcimiento que recibe el trabajador en consecuencia del daño causado al violar su estabilidad. Este resarcimiento le permite al trabajador poder enfrentar este imprevisto y solventar sus necesidades.

"La estabilidad es una aspiración permanente del trabajador, mayor aun [sic] del trabajador no capacitado, que constituye un elevado porcentaje de la población económicamente activa del Ecuador" (Trujillo, 2008, p. 237). La Ley Orgánica de Discapacidades dota de una estabilidad especial a las personas con discapacidad:

> Artículo 51.- Estabilidad laboral. – Las personas con discapacidad, deficiencia o condición discapacitante gozarán de estabilidad especial en el trabajo. En el caso de despido injustificado de una persona con discapacidad o de quien tuviere a su cargo la manutención de la persona con discapacidad, deberá ser indemnizada con un valor equivalente a dieciocho (18) meses de la mejor remuneración, adicionalmente de la indemnización legal correspondiente. Las personas que adquieran una discapacidad en su vida laboral, por caso fortuito o por enfermedad sobreviniente, tienen derecho a su rehabilitación, readaptación, capacitación, reubicación o reinserción, de conformidad con la Ley. (Ley Orgánica de Discapacidades, 2012, Art. 7)

Siendo esta una medida tan extrema en cuanto al valor de la indemnización, en lugar de proteger a las personas con discapacidad, en la práctica, hace que

nadie quiera contratar a más personas con discapacidad de las que la Ley ordena. El riesgo que el empleador corre en el caso no poder cumplir con la estabilidad laboral es extremadamente alto.

Para que el empleador pueda cumplir con sus obligaciones, es necesario que tenga conocimiento de la discapacidad de su trabajador o su condición discapacitante, antes y durante la relación laboral. De conformidad con el principio de libre contracción, el empleador tiene derecho de saber con quién contrata y en las condiciones que genera una relación laboral. Esto no es motivo de discriminación, por el contrario, de esta forma el empleador podrá garantizar el derecho de estabilidad de personas con discapacidad. El empleador podría buscar alternativas de solución en lugar de un despido intempestivo. Por ejemplo, podría cambiarle de funciones al trabajador con discapacidad, previa aceptación, donde pueda desempeñar mejor sus capacidades.

El empleador no siempre sabe a qué atenerse por existir normativa que se contradice, además de criterios diferentes vertidos en fallos judiciales emitidos por la Corte Constitucional y la Corte Nacional, cuando se ha buscado establecer a partir de qué momento el trabajador con discapacidad o condición discapacitante adquiere estos beneficios de ley, creándose de esta forma inestabilidad jurídica.

3. CAPITULO III. LA DETERMINACIÓN DEL MOMENTO PARA LA ADQUISICIÓN DE DERECHOS Y BENEFICIOS COMO TRABAJADOR CON DISCAPACIDAD

En el presente apartado se demostrará la inexistencia de normas claras y precisas para determinar el caso en concreto en que un trabajador con discapacidad tiene derecho a recibir indemnizaciones complementarias por su condición. La seguridad jurídica tiene como principal objetivo brindar certeza a los ciudadanos de las normas y mecanismos que el ordenamiento jurídico

prevé para ciertos actos o hechos. Sin embargo, la falta de norma precisa acerca del momento en que el trabajador con discapacidad adquiere derechos indemnizatorios por su condición, genera inseguridad jurídica para los empleadores.

Este vacío ha causado que los jueces emitan sentencias en base a su criterio de manera subjetiva, generando contradicciones en los fallos. Como se demostrará a continuación, en el escenario en el que el empleador no tenía conocimiento de la discapacidad del trabajador al momento de terminar de manera unilateral la relación laboral. La controversia se genera al determinar a partir de qué momento se configura el derecho de una persona con discapacidad para recibir la indemnización correspondiente a 18 meses de su mejor remuneración. No se sabe sí se adquieren los beneficios como persona con discapacidad desde que se originó la condición o con la calificación del Ministerio de Salud Pública o la acreditación de la Cédula de Identidad.

3.1. Análisis jurisprudencial

Conforme se ha analizado en el presente trabajo, el Estado ecuatoriano tiene la obligación de contar con un sistema de protección rápido, sencillo y efectivo que ampare a todas las personas, especialmente a los grupos vulnerables y que permita la reparación al daño producido por la violación de los derechos (Constitución de la República del Ecuador, 2008). Esto incluye tener jueces con la capacidad de analizar y resolver los conflictos mediante sentencia debidamente motivada. Para esto, los juzgadores deben cumplir con la razonabilidad, lógica y comprensibilidad, superando su subjetividad para resolver de acuerdo con la realidad procesal. Estos son los límites a la potestad judicial para actuar con independencia e imparcialidad, evitando la discreción judicial y los abusos de autoridad (Orbe, 2019, p. 12).

La interpretación sistemática establece al ordenamiento jurídico como un solo cuerpo. No obstante, el vacío legal ha causado que las resoluciones de los

juzgadores, basadas en la sana crítica, contengan una evidente contradicción. Conforme se evidenciará en el fallo de la Corte Constitucional del caso 0664-14-EP, que se contradice con el fallo de la Corte Nacional en el caso 1926-2015-26118.

El fallo de la Corte Constitucional antes mencionado, concluye que la condición de discapacidad no puede depender de un trámite administrativo. Mientras que, el fallo de la Corte Nacional resuelve que la calificación de “condición discapacitante”, es necesaria para acceder a los beneficios que confiere la Ley de Discapacidades.

3.1.1. Fallo de la Corte Constitucional en el caso 0664-14-EP

Siendo la Corte Constitucional el máximo órgano de control, de interpretación constitucional y de administración de justicia, tiene la obligación de velar por los derechos constitucionales, no solo en su dimensión subjetiva, sino también en su dimensión objetiva. Todo esto a través de sus análisis y sus respectivas resoluciones y fallos que crean precedentes jurisprudenciales.

La particularidad de la Corte Constitucional radica en que tiene un poder normativo que provoca la subordinación de la justicia ordinaria en diversos aspectos. Es decir, sus sentencias, su jurisprudencia, son vinculantes y, por lo tanto, de obligatoria observación y cumplimiento por parte de jueces inferiores. “Es vinculante no solo para las partes que intervinieron en un proceso jurídico, sino que la vinculación será una necesidad de igual trato para casos posteriores con similares características” (Pita, 2015, p. 78).

Con fecha 03 de enero de 2018, la Corte Constitucional hace el siguiente análisis sobre las personas con discapacidad, en la acción de protección presentada por la señora Zurkuya Elizabeth Robalino Flores, contra la entidad Agencia Nacional de Regulación y Control de Transporte Terrestre, Transito y Seguridad Vial:

> En este punto, es importante considerar que la condición de discapacidad es un hecho que no está supeditado al reconocimiento que el Estado hace de dicha condición. Es decir, el que una persona, al momento en que se produjo el acto presuntamente vulneratorio de sus derechos constitucionales, no haya efectuado el trámite ante la autoridad competente para que su condición sea reconocida y, por tanto, no exista la "prueba documental" requerida por la judicatura no implica que su discapacidad no exista. La interpretación contraria infringiría la Constitución, pues supeditaría la titularidad del derecho constitucional al cumplimiento de un trámite administrativo, y no a la fuente primigenia del mismo, que es la dignidad humana. Claro está, la calificación del grado de discapacidad por parte de la autoridad administrativa genera seguridad al juzgador respecto de la alegación; sin embargo, la falta de aporte de esta como prueba en el proceso no destruye por sí sola la presunción de veracidad de su afirmación (Corte Constitucional Caso 0664-14-EP, 2018, p. 21).

3.1.1.1. Consideraciones y fundamentos de la Corte Constitucional

Con fecha 09 de enero de 2014, la señora Zurkuya Elizabeth Robalino Flores, presenta una acción de protección contra la Agencia Nacional de Regulación y Control de Transporte Terrestre, Transito y Seguridad Vial, la Directora Ejecutiva y la Directora Provincial de Pastaza de la Agencia Nacional de Transporte Terrestre, Transito y Seguridad Vial.

El argumento principal de la actora es ser víctima de discriminación y vulneración de derechos por parte de sus jefes por ser una persona con 50% de discapacidad. La actora alega que se le dispuso a realizar trabajos excesivos, imposibles de cumplir, haciendo caso omiso de su estado de salud. Además, argumenta que sus superiores han olvidado el trato preferencial que debe recibir una persona con disminución de sus capacidades, con el fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad, terminando su contrato laboral.

El Juez Segundo de la Familia, Mujer Niñez y Adolescencia de Pastaza, resolvió dar paso a la acción, declarando la vulneración de derechos y discriminación por su condición de discapacitada. Conjuntamente, como medida de reparación, ordenó el reintegro al lugar de trabajo que venía desempeñando en la agencia como técnica de archivo.

La parte demandada, basándose en los derechos de impugnación consagrados en la Constitución ecuatoriana, interpuso recurso de apelación ante la Corte Provincial. Más tarde, con fecha 14 de marzo de 2014, el juez de apelación revocó la sentencia de primer nivel al no haberse justificado los actos discriminatorios. Al haber agotado todos los recursos ordinarios y extraordinarios, con fecha 09 de abril de 2014, la señora Zurkaya Elizabeth Robalino Flores presentó una acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia dictada por los jueces.

Finalmente, la Corte resuelve que se incurrió en la vulneración de derechos constitucionales. Además, analiza de manera objetiva la acción extraordinaria de protección. Dentro de su motivación concluye que la dignidad de las personas con discapacidad no puede depender de meros trámites administrativos.

3.1.1.2. Análisis de la Corte Constitucional

Con los antecedentes expuestos, sin lugar a duda el derecho al trabajo es considerado un derecho fundamental como lo establece la propia Constitución. El Estado, con el fin de que se respete este derecho, a través de normativa secundaria, ha desarrollado garantías laborales como la estabilidad. Es así como los grupos vulnerables como las personas con discapacidad mantienen una protección especial de estabilidad laboral. Esto significa que la terminación unilateral de la relación laboral conlleva una indemnización especial siempre y cuando la entidad competente califique al trabajador con un discapacidad de al menos el 30%.

La Corte Constitucional hace una errónea interpretación respecto de la adquisición de los derechos de las personas con discapacidad al establecer que “la condición de discapacidad es un hecho que no está supeditado al reconocimiento que el Estado hace de dicha condición” (Corte Constitucional Caso 0664-14-EP, 2018, p. 40).

El Estado, a través del Reglamento a la LOD, ha determinado las condiciones que se requieren para el reconocimiento de derechos. Las personas con discapacidad, para la adquisición estos derechos, deberán tener una discapacidad del 30% o mayor, debidamente calificada por la entidad competente. El fin de desarrollar estas políticas priorizadas y diferenciadas es lograr equiparar la balanza de condiciones para las personas con discapacidad. Por este motivo, la calificación es más que un trámite administrativo, ya que no todas las personas pueden acceder a estos beneficios, incluso si efectivamente realizan el trámite para la calificación. Esto se evidencia en los casos de quienes tienen un porcentaje de discapacidad menor del que genera beneficios legales. Si todos llegaran a beneficiarse de estas políticas, disminuirían los recursos que una persona con el 30% de discapacidad necesita para poder tener una vida digna. Esto, sin contar que se desnaturalizaría la razón de existencia de normas preferenciales. En lugar de garantizar el equilibrio, se crearía más desigualdad.

Continuando con el análisis, la Corte Constitucional en el caso de la señora Reyna, con respecto de las personas con discapacidad establece:

> Una persona, al momento en que se produjo el acto presuntamente vulneratorio de sus derechos constitucionales, no haya efectuado el trámite ante la autoridad competente para que su condición sea reconocida y, por tanto, no exista la "prueba documental" requerida por la judicatura no implica que su discapacidad no exista (Corte Constitucional Caso 0664-14-EP, 2018, p. 50).

No solo es necesario que la discapacidad exista, requiere de un documento emitido por expertos sobre el tema que lo acredite. Un empleador no puede cumplir con sus obligaciones de garantizar la inclusión y el desarrollo de las personas con discapacidad o con condición discapacitante si no tiene conocimiento al respecto. Por lo tanto, no podríamos hablar de un acto violatorio de derechos si en la relación laboral nunca se ejerció la actividad laboral en calidad de persona con discapacidad, es decir nunca confluyeron las calidades de trabajador y discapacitado. De igual forma, en caso de que exista un carnet o una certificación de discapacidad y se le oculte al empleador, sería un acto de mala fe y violaría el principio de libre contracción por parte del empleador.

Frente a la problemática de determinar derechos de estabilidad a una persona con discapacidad, si la discapacidad del actor fue evidente durante la relación laboral, se podría discutir que, si bien la certificación es un requisito indispensable, la notoriedad de la condición de discapacidad prevaleciere sobre la certificación. Siendo así, la certificación sería una mera formalidad. Sin embargo, incluso sí la discapacidad fuere notoria, se debe tener en consideración que nada asegura que la persona tenga el porcentaje mínimo o que se encuentre únicamente en rehabilitación de una operación que no necesariamente se califica como discapacidad o condición discapacitante.

Finalmente, la Corte Constitucional concluye su análisis diciendo que, en el caso de que se requiera de la calificación de la entidad competente se ¨infringiría la Constitución, pues supeditaría la titularidad del derecho constitucional al cumplimiento de un trámite administrativo, y no a la fuente primigenia del mismo, que es la dignidad humana” (Corte Constitucional Caso 0664-14-EP, 2018, p. 55).

La certificación es la certeza de una condición que genera un estatus diferente a una persona que se le ha calificado como vulnerable. Esto responde a que se encontraría en un estado de indefensión y, por ello, los jueces tienen la

obligación de velar por la constante, uniforme y fiel aplicación de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, y demás normas jurídicas.

3.1.2. Fallo de la Corte Nacional en el caso 1926-2015-26118

Sí bien es cierto que la Corte Constitucional es el máximo órgano de interpretación y sus fallos son vinculantes, y por tanto, de obligatoria observación para los jueces inferiores; las sentencias de la Corte Nacional también son precedentes en las materias relacionadas con el ordenamiento jurídico de rango legal, es decir son vinculantes y de obligatoria observación por los jueces de su nivel o menor.

Con fecha 30 de julio de 2017, la señora Reyna Negrete Enríquez presenta recurso de casación. La Corte Nacional hace el siguiente análisis respecto de las personas con discapacidad y el momento en cual adquieren los beneficios de ley, partiendo de la premisa que las meras expectativas no son derechos por lo tanto no generan obligaciones:

> […] la calificación de incapacidad parcial de la ex trabajadora, Reyna Negrete Enríquez, fue declarada inicialmente mediante Resolución No. 0154-2013-C.V.I Guayas, de 21 de marzo de 2013, por parte de la Comisión Provincial de Valuación de Incapacidades Guayas, autoridad del Sistema Nacional de Salud competente; esto es, con posterioridad al momento en que se produjo su separación de la empresa empleadora y el respectivo despido intempestivo; sin que tampoco exista ninguna otra certificación por la que conste que esta misma persona, antes de haber sido declarada con “incapacidad parcial permanente”, haya también tenido la calificación de “condición discapacitante”, necesarios para acceder a los beneficios que confiere la Ley de Discapacidades. En consecuencia, al momento en que se terminó la relación laboral por despido intempestivo, la actora no había sido calificada y registrada ni

como discapacitada ni tampoco en condición discapacitante; circunstancias que le habrían permitido acceder a los beneficios que confiere la Ley Orgánica de Discapacidades (Corte Nacional Caso No. 1926-2015-26118, 2015, p. 8).

3.1.2.1. Análisis del recurso de casación de la Corte Nacional

Reyna Tamara Negrete Enríquez, a partir del 29 de marzo del 2011 ingresó a prestar sus servicios lícitos y personales como Asesora Comercial en la empresa Equivida Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. –Equivida–. Con fecha 17 de abril de 2012, la trabajadora realizaba sus actividades laborales hasta el momento de sufrir una caída sobre su rodilla, accidente que notificó al día siguiente a la compañía y continúo laborando. Este evento degeneró en una cirugía en la rodilla. Para ello, la actora obtuvo un permiso médico desde el 23 de mayo de 2012 hasta el 18 de septiembre de 2012, fecha en que se reintegró a laborar.

Con fecha 25 de septiembre de 2012, la compañía le notificó verbalmente la terminación de la relación laboral, mismo día que la Ley Orgánica de Discapacidades entró en vigencia. Equivida emitió el acta de finiquito y la trabajadora se negó a firmarla. Para ese momento, la discapacidad de la trabajadora estaba siendo atendida en el Seguro Social, sin embargo, aún no había sido declarada discapacitada para ejercer los beneficios que la ley le otorga. Con fecha 21 de marzo de 2013, el órgano encargado calificó el grado de incapacidad y declaró la incapacidad parcial y permanente de la actora. Después de dos años, con fecha 05 de marzo de 2015 se emitió su carné de discapacidad, y se le otorgó el certificado de discapacidad del Ministerio de Salud Pública.

La señora Reyna Tamara Negrete Enríquez presenta una demanda contra Equivida por el pago de haberes laborales. Principalmente, la actora reclama la indemnización contemplada en el artículo 51 de la Ley Orgánica de

Discapacidades, en razón de que se vio violentado su derecho de estabilidad laboral. Conforme se ha analizado en el presente trabajo, esto corresponde a la indemnización por despido injustificado de una persona con discapacidad, equivalente a dieciocho meses de su mejor remuneración.

El Juez de primera instancia, con la facultad que la ley le otorga resuelve:

> [… habiéndose emitido] informes, carné de persona discapacitada y certificado de discapacidad, con fechas posteriores a la fecha en que ocurrió el despido intempestivo de la actora, en consecuencia, resulta improcedente el pago de la indemnización contemplada en el Art. 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades reclamada por la accionante (Sentencia Unidad Judicial de Trabajo, 2016, p. 3).

La parte actora interpone el recurso de apelación dictada por el juez de primera instancia. La Corte Provincial confirmó el fallo de la primera instancia y resolvió lo siguiente:

> […] cuando obtuvo su calificación como persona con discapacidad (5 de marzo de 2015 según copia del cané de fojas 89), ya no era trabajadora de la empresa demandada en donde nunca ejerció su actividad laboral en calidad de persona con discapacidad, es decir nunca confluyeron las calidades de trabajadora y discapacitada en la actora, por tanto pretender la aplicación de la estabilidad por discapacidad después de la terminación de la relación laboral, resulta atentatorio al principio fundamental a la seguridad jurídica que vela por la existencia de derechos y normas expresas previas para su aplicación, en este mismo orden lo dispone el artículo 7 del Código Civil al mencionar a la irretroactividad de la ley como uno de sus principales efectos, en consecuencia se niega a la actora la indemnización por estabilidad para personas con discapacidad (Corte Provincial No. 1926-2015-26118, 2015, p. 8).

La actora presentó un recurso de casación a la sentencia dictada por la Corte Provincial de Justicia de Guayas, alegando errónea interpretación a las disposiciones de la Ley Orgánica de Discapacidades. Establece que su empleador tenía conocimiento de su discapacidad, y que en razón de que la actora no tenía carnet y al haber entrado en vigencia ese día la estabilidad laboral especial para las personas con discapacidad, el empleador, le despide para no pagarle la indemnización correspondiente por ley. Por lo tanto, la Corte Provincial concluye que al haber entrado ese día en vigencia la ley y al no haber obtenido la calificación, no goza el derecho de protección.

El Tribunal de la Sala Especializada de lo Laboral, cumpliendo con su obligación constitucional de motivación, después de haber analizado el presente caso no casa la sentencia, y resuelve que la actora no accede a los beneficios de ley.

3.1.2.2. Análisis de la Corte Nacional

En el presente caso, si bien la actora mantiene un carnet de discapacidad conforme se desprende del expediente, éste fue otorgado el 05 de marzo de 2015. Es decir, casi tres años después de que fue despedida, pues la terminación unilateral se llevó a cabo el 25 de septiembre de 2012. Este evento nos lleva a concluir definitivamente que la compañía Equivida Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. jamás conoció de la discapacidad adquirida por la ex trabajadora Reyna Tamara Negrete Enríquez. De la lectura de los hechos, la actora aduce en esta instancia que estaba siendo tratada como persona con condición discapacitante devenida por el accidente de 17 de abril de 2012. Sin embargo, no existe certificado emitido por el equipo calificador especializado. Tampoco se logra probar que se comunicó al empleador el inicio del proceso de calificación de discapacidad, por lo tanto, no se puede concluir que el empleador tenía conocimiento y ese fue el motivo del despido. Es por eso que la Corte Nacional en su fallo dicta:

> (…) la relación laboral entre la actora y la empresa demandada, concluyó, mediante despido intempestivo, el 25 de septiembre de 2012, en tanto que la calificación de incapacidad parcial de la ex trabajadora, Reyna Negrete Enríquez, fue declarada el 21 de marzo de 2013, por parte de la autoridad del Sistema Nacional de Salud competente; esto es, con posterioridad al momento en que se produjo su separación de la empresa empleadora y el respectivo despido intempestivo; sin que tampoco exista ninguna otra certificación por la que conste que esta misma persona, antes de haber sido declarada con "incapacidad parcial permanente", haya también tenido la calificación de "condición discapacitante", necesarios para acceder a los beneficios que confiere la Ley de Discapacidades. (…) circunstancias que le habrían permitido acceder a los beneficios que confiere la Ley Orgánica de Discapacidades, concretamente, a la indemnización de 18 meses de remuneración por despido intempestivo prevista en el artículo 51 de la citada Ley (Corte Nacional Caso No. 1926-2015-26118, 2015, p. 10).

Como ha quedado claro, bajo la normativa vigente, es indispensable que, para beneficiarse de la garantía especial de estabilidad laboral, debe acreditarse la calificación de la discapacidad antes del despido intempestivo. En el caso, no se obtuvo certificación de condición discapacitante ni calificación de discapacidad.

Al respecto, la Corte Nacional acota que la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 47 reconoce a las personas con discapacidad una serie de derechos y que la LOD tiene como objetivo garantizar los derechos de las personas con discapacidad, concluyendo lo siguiente:

> […] Fundamentalmente, para acceder a los derechos y beneficios que confiere la Ley Orgánica de Discapacidades, es necesario que la persona, previamente, haya sido calificada y registrada, ya sea como discapacitada o en condición discapacitante, por la autoridad sanitaria competente del

> Sistema Nacional de Salud, acorde a lo que disponen los artículos 9, 10, 11 y 12 de esa Ley. Establecidos estos elementos (Corte Nacional Caso No. 1926-2015-26118, 2015, p. 12).

El hecho de que la señora Reyna se encontraba en reposo y tratamiento médico de ninguna manera podía generar derecho alguno a la actora. La petición únicamente constituye el inicio de un proceso que podría o no culminar con la emisión de un certificado con el cual recién nace el derecho, conforme lo ha establecido la normativa vigente. De ninguna manera realizar la recuperación de la lesión de la rodilla genera un derecho y aún más, cuando la compañía no tuvo conocimiento que la actora buscaba ser calificada como persona con discapacidad. El hecho que la trabajadora se encontraba en una situación de enfermedad no podría llevar a concluir al juzgador que cumple los requisitos de discapacidad, que pudieren otorgar derechos de estabilidad.

Por lo expuesto, no se podría considerar que la compañía vulneró derechos de la actora debido a su condición de discapacidad actual, pues a la fecha de la terminación de la relación laboral no existía la condición de discapacidad. Por esta razón, no le asiste derecho alguno a la actora a la indemnización especial de 18 remuneraciones que establece la Ley Orgánica de Discapacidades. Es por eso que la Corte decide no casar la sentencia.

3.2. **Contradicción entre los fallos**

Como se puede evidenciar del análisis realizado en el presente trabajo académico, existe inseguridad jurídica en el ordenamiento ecuatoriano y no existe unificación en las decisiones tomadas por los jueces. El principal problema radica en que la norma es obscura y contradictoria, creando como resultado un vacío jurídico, puesto que no se sabe a partir de qué momento se adquieren los beneficios como persona discapacitada.

Por un lado, la Ley Orgánica de Discapacidades establece que la cedula es el documento que acredita la discapacidad. Por otro lado, el Reglamento de la

Ley Orgánica de Discapacidades establece que la calificación del Ministerio de Salud acredita la discapacidad. Sin embargo, tanto la Ley Orgánica de Discapacidades como su Reglamento concuerdan de que debe existir un documento que acredite la discapacidad o condición discapacitante. Es así como el artículo 3 de esta norma establece la necesidad de reconocimiento y calificación de la condición: “Los beneficios que se concedan por la ley serán reconocidos mientras se mantenga vigente el certificado o documento que acredite la condición discapacitante” (Ley Orgánica de Discapacidades, 2015, Art. 3). Sin embargo, la normativa se contradice al momento de determinar cuál será el documento que acredite está condición discapacitante.

La LOD determina que los beneficios otorgados por ley serán reconocidos mientras se mantenga vigente el certificado que acredite la condición y más adelante en el mismo cuerpo legal expresamente determina los requisitos para acceder a los beneficios de la Ley Orgánica de Discapacidades:

> No se exigirá otro requisito además del documento que acredite la calificación de la discapacidad o la determinación de la deficiencia o condición discapacitante (Ley Orgánica de Discapacidades, 2015, Art 5).

Como ha quedado claro, bajo la normativa vigente, es indispensable que para beneficiarse de la garantía especial de estabilidad laboral, se acredite la condición de discapacidad, al momento en que se interrumpió unilateralmente la relación laboral.

Por lo expuesto, resulta absolutamente errado que los jueces pretendan generar derechos basándose en una desacertada conclusión de que: “[…] los derechos que la ley otorga a las personas discapacitadas no son derivados de la existencia de un Carné. Sino de la existencia misma de una discapacidad que ya estaba acreditada ante la autoridad […]” (Corte Constitucional Caso 0664-14-EP, 2018, p. 41). En el caso, no se está discutiendo de una mera formalidad. Por el contrario, la certificación es la certeza de una condición que

genera un estatus diferente a una persona que se le ha calificado como vulnerable. Siendo el Ecuador un Estado de Derechos, en el cual la seguridad jurídica está protegida en la Constitución de la República del Ecuador. Los jueces tienen la obligación de velar por la constante, uniforme y fiel aplicación de las normas jurídicas.

3.3. Seguridad Jurídica

La seguridad jurídica es elemento fundamental para que un Estado pueda tener armonía en la sociedad y estabilidad política, condición que a su vez favorece su desarrollo económico. La seguridad jurídica provoca la confianza social en un sistema con reglas claras, públicas y previsibles, donde los derechos de las personas no pueden verse afectados por decisiones arbitrarias desde cualquier especie de poder.

Si la normativa es obscura, contradictoria, carente de unificación, conlleva a las interpretaciones subjetivas, que a su vez fomentarán la conflictividad de conformidad con lo visto en el capítulo anterior. El profesor madrileño Manuel Ossorio y Florit considera que:

> La seguridad jurídica es condición esencial para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que las integran. Representa la garantía de la aplicación objetiva de la Ley, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de los gobernantes puedan causarles perjuicio (Ossorio, 1986, p. 41).

La seguridad jurídica es la certeza de una persona natural o jurídica, de que las normas y procedimientos legales bajo los cuales está ejerciendo sus actividades no serán alterados. Es decir, tanto el empleador como el trabajador con discapacidad, deben conocer las consecuencias que acarrearía cada uno de sus actos, para de esta forma tomar decisiones que no le puedan afectar.

Siendo la ley el único mecanismo de defensa frente las arbitrariedades del Estado.

El constitucionalista De Carrera establece que: “el principio de seguridad jurídica permite que el ciudadano sepa con certeza cuales son las normas existentes en el ordenamiento para poder organizar libremente su vida conforme a lo que establecen dichas normas” (De Carrera, 2013 p. 21).

Complementariamente, De Santo (2007) concibe a la seguridad jurídica como: “la condición esencial para la vida y desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que la integran, que, como es obvio, solamente se logra en los Estados de derecho” (p.410).

La Constitución de la República del Ecuador, consagra la seguridad jurídica no solo como un deber del ordenamiento ecuatoriano, sino como un derecho fundamental, que el Estado reconoce a todas las personas:

> El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 82).

En el Ecuador se han creado leyes para cada materia, que, a su vez desarrollan más normas. En el presente caso, nos referimos a la Ley Orgánica de Discapacidad y Reglamento de la Ley Orgánica de Discapacidad ha causado confusión al definir a partir de qué momento una persona con discapacidad, adquiere el derecho de recibir indemnización como persona con discapacidad. Sobre este tema existen disposiciones contradictorias, desperdigadas en diferentes cuerpos legales. La seguridad jurídica debe ser aplicada en la vida jurídica entera, desde las normas creadas por el poder legislativo hasta los mandatos del poder ejecutivo y judicial.

El análisis de los fallos tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Nacional demuestra la contradicción, generando incertidumbre para los ciudadanos que dependen de la directa protección de los Poderes Públicos, en razón de que sus decisiones no siempre son concordantes. Tanto el poder ejecutivo como el poder judicial resuelven los conflictos, analizando si ha existido o no la violación de los derechos, en base de los hechos presentados por las partes.

El civilista Antonio Hernández Gil establece: “la sentencia no constituye la verdad incuestionable, sino la solución impuesta, revestida de autoridad, dentro de la organización de la justicia” (Gil, 1975, p.100). La situación de controversia que es llevada ante el juez tiene argumentos y justificativos opuestos por las partes del proceso, por lo tanto, la sentencia es la conclusión del juez. Es la verdad que en aquel determinado momento ha podido alcanzar, no la verdad absoluta. Legaz (2002) sostiene que: “la arbitrariedad no afecta la justicia ni la seguridad; sin embargo, una disposición del poder que, sin base alguna en el orden jurídico establecido, altera los supuestos del mismo, viola la seguridad” (p. 57).

4. CONCLUSIONES

Al finalizar el desarrollo del presente análisis se puede concluir que el sistema normativo ecuatoriano, caracterizado por su visión garantista y proteccionista de derechos, ha ajustado su norma constitucional a la lucha por la igualdad y acceso a derechos de todas las personas. El ordenamiento consagra un régimen especial para un grupo de seres humanos que, por factores externos y/o internos han visto un menoscabo en su desarrollo físico, social, económico o cultural. En este escenario, corresponde al Estado la creación de derechos específicos de los grupos de atención prioritaria, con el fin de que se eliminen estos impedimentos y lograr una igualdad real en toda la sociedad. Por esto, las personas con discapacidad tienen acceso a los mecanismos de protección que la normativa privilegiada les otorga, cuando la entidad competente establece que tiene 30% de discapacidad o más.

Considerando que el trabajo es un derecho inherente a todas las personas, mediante el cual adquieren los recursos necesarios para tener una vida digna y que, además, es un deber social que permite el desarrollo de las personas y la sociedad, el Estado genera condiciones especiales con el fin de que las personas con discapacidad logren su correcto desarrollo integral, así como, su estabilidad laboral.

En caso de no cumplir con las obligaciones que se le impone para tutelar el acceso de oportunidades de las personas discapacitadas, la ley prevé una sanción para el empleador. Sin embargo, en caso de que el empleador no tenga conocimiento de la discapacidad del trabajador, antes de la contratación o durante la relación laboral, no se podría considerar como un acto violatorio de derechos por parte del empleador el no cumplir con las obligaciones establecidas por la ley para garantizar la inclusión y el desarrollo de las personas con discapacidad. Para que estos beneficios surtan efecto, es necesario que se ejerza la actividad laboral en calidad de persona con discapacidad.

En este trabajo se ha advertido la inconsistencia que existe entre la Ley Orgánica de Discapacidad y el Reglamento de la Ley Orgánica de Discapacidad respecto del acceso a beneficios legales por parte de personas con discapacidad. La LOD establece que pueden acceder a los beneficios a partir del registro de la discapacidad en la cedula de identidad, mientras que el Reglamento de la LOD determina que será a partir de la certificación o calificación del Ministerio del Salud.

Este vacío jurídico ha provocado que los jueces dicten sentencia en base a su interpretación, creando una fuerte contradicción entre fallos emitidos por la Corte Constitucional y por la Corte Nacional de Justicia. El análisis comparativo entre dos fallos realizado este trabajo, determina que la Corte Constitucional considera que la certificación por parte de una autoridad es un proceso declarativo de derecho, mientras que la Corte Nacional establece que es un proceso constitutivo. El criterio que aplica la Corte Constitucional es garantista, estableciendo que las personas con discapacidad no pueden depender de un mero trámite administrativo para acceder a los beneficios de ley. Por el otro lado, el criterio desarrollado por la Corte Nacional de Justicia determina que la persona con discapacidad adquiere los beneficios a partir de la calificación o certificación del Ministerio de Salud Pública, puesto que de otro modo, el empleador no tendría seguridad jurídica.

En base al análisis realizado de los fallos vertidos por las cortes máximas del país, considero importante señalar que, para evitar que estos situaciones generen conflictos, es importante que el trabajador notifique al empleador la obtención de la calificación o certificación de la condición discapacitante. Esto, en razón de que, aun tratándose de una discapacidad notoria, nada le garantiza al empleador que cumpla con el porcentaje mínimo de discapacidad o que sea una discapacidad permanente. Esto se debe hacer antes de la contratación o, en su defecto, durante la relación laboral, para de esta forma evitar criterios dispares como los que se ha evidenciado.

REFERENCIAS

Aguirre, E. S. (Junio de 2000). La vigencia de los derechos humanos en las personas de edad. Gaceta. México, año 10 num.119. Comision Nacional de los Derechos Humanos.

Busso. (2001). Vulnerabilidad Social: nociones e implicancias de políticas para Latinoamérica a inicios del siglo XXI. Las diferentes expresiones de la vulnerabilidad social en América Latina y el Caribe. Santiago de Chile.

Carrera, D. (9 de octubre de 2013). ¿Todo es interpetable? Obtenido de La vanguardia: https://www.lavanguardia.com/opinion/articulos/20131009/54390747208/todo-es-interpretable.html

Carta de la Organizacion de los Estados Americanos. (30 de abril de 1948). (A-41). Bogota: IX Conferencia Internacional Americana.

Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía, D. D.-C. (2001). informe de la reunión de expertos seminario internacional sobre las diferentes expresiones de la vulnerabilidad social en america latina y el caribe. Santiago de Chile .

Cepeda, V. (julio de 2014). La estabilidad laboral en el Ecuador, situación actual del trabajador en. Quito , Ecuador: Universidad Central del Ecuador Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales.

Clasificacion Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud. (2001). Organizacion Mundial de la Salud .

Código del Trabajo. (16 de diciembre de 2005). Registro Oficial Suplemente 167. Ecuador.

Código Orgánico General de Procesos (COGEP). (22 de mayo de 2015). Ecuador.

Consejo Nacional De Planificacion y Desarrollo-SENPLADES. (22 de Septiembre de 2018). Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021. Toda una vida. Ecuador.

Constitución de la República del Ecuador. (20 de Octubre de 2008). Montecristi, Manabí, Ecuador: Asamblea Constituyente.

Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad . (02 de marzo de 2004). Registro Oficial 283.

Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. (05 de Mayo de 2008). Registro Oficial 329. Organizacion de las Naciones Unidas.

Decisión del Acuerdo de Cartagena 584. (07 de 05 de 2004).

Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento. (18 de junio de 1998). Adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su octogésima sexta reunión, Ginebra.

Declaracion Universal de los Derechos Humanos. (10 de diciembre de 1948). Registro Auténtico 1948.

Díaz, W. (21 de julio de 2017). Director administrativo de la Asociación de Personas con Discapacidad ‘Unámonos. (E. M. Jonathan Veletanga, Entrevistador)

Espinosa, D. L. (2015). Grupos en situación de vulnerabilidad . Mexico: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Garzon Valdes, E. (2006). Tolerancia, dignidad y democracias. Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Lima Fondo Editorial, L. Lavado (ed). Nue-vos Tiempos. Nuevas Ideas.

Gil, H. (1975). El abogado y el razonamiento jurídico. Madrid: Sucesores de Rivadeneira.

González, Hernandez y Sanchez-Castañeda. (2010). La Pluralidad de los Grupos Vulnerables: Un Enfoque Interdisciplinario.

IX Conferencia Internacional Americana, dicto la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. (1948). Bogota, Colombia: Novena Conferencia Internacional Americana.

Ley Organica de Discapacidades. (25 de septiembre de 2012). Registro Oficial Suplemento 796. Ecuador .

Ley sobre Discapacidades. (06 de abril de 2001). Ecuador: Resgistro Oficial 301.

Marshall, D. (1997). Ciudadania y Capital Social. En Estudio Preliminar en Torno a Ciudadania y Clase Social (págs. 267-295). Reis (79).

Ministerio de Salud. (2018). Manual de Calificación de la discapacidad. Ecuador : Ministerio de Salud Pública.

Nogueira, J. M. (2012). Acceso a la Justicia y grupos vulnerables. Librería Editora Platense S.R.L.

Norma para Calificacion de Sustitutos de Personas con Discapacidad. (27 de septiembre de 2018). Acuerdo Ministerial. Ecuador: Registro Oficial 336.

Orbe, R. T. (s.f.). La accion de Proteccion como Garantia Constitucional de los Derechos Humanos. Obtenido de https://www.inredh.org/archivos/boletines/b_accion_proteccion.pdf

Ossorio, M. (1986). Diccionario de Ciencias Juridicas, Politicas y Sociales. Heliasta.

Oviedo, G. (1954). Elementos Del Derecho Social. Madrid, España: Distribuidores Exclusivos Para España y El Extranjero .

Pele, A. (s.f.). La dignidad humana: modelo contemporáneo. Revista Brasileira de Direito, 11(2): 7-17, jul.-dez. 2015- ISSNN 2238-0604.

Pita, V. B. (2015). El precedente constitucional. Quito: Corporacion Editora Nacional.

Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021. (22 de Septiembre de 2017). Toda una Vida. Quita, Ecuador : Republica del Ecuador Consejo Nacional de Planificacion .

Protocolo adicional sobre Derechos Humanos Protocolo San Salvador. (23 de abril de 1993). Registro Oficial 175. San Salvador.

Proyecto de acción mundial de la OMS sobre discapacidad 2014-2021: Mejor Salud para todas las personas con discapacidad. (2014). 67.a Asamblea Mundial de la Salud.

Quintero, M. D. (2011). La salud como derecho : Estudio comparado sobre grupos vulnerables. Obtenido de https://ebookcentral.proquest.com

Real Academia de la Lengua Española. (s.f.). Diccionario de la Lengua Española. 22a. ed. Madrid. Obtenido de www.rae.es.

Reglamento a la Ley Organica de Discapacidades. (27 de octubre de 2017). Decreto Ejecutivo 194. Ecuador: Registro Oficial Suplemento 109 .

Reglamento Calificacion y Acreditacion de Personas Con Discapacidad. (06 de septiembre de 2018). Acuerdo Ministerial 245. Ecuador: Registro Oficial Edicion Especial 533.

Westen, P. (1990). Sobre La Realización Entre La Igualdad Y La Distribución De Cargas Y Ventajas Entre los Individuos. Princenton University .