



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

CARGA DE LA PRUEBA EN EL DESPIDO LABORAL POR DISCRIMINACIÓN
EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.

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

Profesor Guía

Mgt. Wilson Guillermo Ortega Caicedo

Autora

Carla Daniela Ortiz González

Año
2017

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, 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.

Wilson Guillermo Ortega Caicedo
Magister en Derecho Laboral y Seguridad Social Internacional
C.C. 1712442670

DECLARACIÓN DEL PROFESOR CORRECTOR

Declaro haber revisado este trabajo, dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.

Jean Christophe Lievain
Master en Derecho Empresarial
C.C 1726146382

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.

Carla Daniela Ortiz González
C.C. 1717055709

AGRADECIMIENTOS

Agradezco en primer lugar a Dios, que es mi fortaleza.

A mis padres, hermanas, a toda mi familia y amigos que siempre han estado apoyándome y animándome para lograr esta meta tan importante.

A mi tutor, Dr. Guillermo Ortega, por brindarme su apoyo y compartir su conocimiento conmigo.

DEDICATORIA

Dedico este trabajo a mis padres y hermanas por brindarme su apoyo incondicional, por ser mi ejemplo a seguir y enseñarme a no rendirme.

A mis sobrinos quienes son los que me motivan para ser cada día mejor.

RESUMEN

Este ensayo tiene por finalidad analizar la problemática que surge al momento de probar la discriminación en demandas laborales. Por cuanto, una conducta discriminatoria puede estar oculta en actos aparentemente legales. Por este motivo se torna difícil para el actor comprobar dicha conducta y encontrar los medios de prueba adecuados. Por esta razón, es importante analizar cómo se debería asumir la carga de la prueba en el caso de despido por discriminación en la legislación ecuatoriana.

ABSTRACT

This essay aims to analyze the problems that arise when testing discrimination in labor demands. Since a discriminatory conduct may be hidden in apparently legal acts and for this reason it becomes difficult for the actor to verify such conduct and therefore find the appropriate means of proof. For this reason, it is important to analyze how the burden of proof should be assumed in the case of dismissal for discrimination in Ecuadorian legislation.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. CAPÍTULO I: LA DISCRIMINACIÓN	3
1.1 Definición de discriminación.....	3
1.2 El derecho a la no discriminación.....	7
1.3 Sanciones por discriminación en la Legislación Ecuatoriana ...	9
2. CAPÍTULO II: TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO LABORAL POR PARTE DEL EMPLEADOR.....	14
2.1 Despido intempestivo.....	16
2.2 Despido Ineficaz.....	17
2.3 Despido por discriminación.....	20
2.3.1. Elementos constitutivos del despido por discriminación.....	23
3. CAPÍTULO III: LA PRUEBA	26
3.1. Subjetividad de la prueba en materia de despido por discriminación.....	27
3.1.1. Discriminación directa e indirecta.....	28
3.1.2. ¿Cómo probar la discriminación en un proceso laboral?.....	29
3.2 Inversión de la carga de la prueba.....	32
3.2.1 La carga de la prueba.....	32
3.2.2. Tipos de reglas sobre la carga probatoria.....	34
3.2.3. Inversión de la carga de la prueba en el despido por discriminación.....	36
4. CONCLUSIONES.....	40
REFERENCIAS.....	43

INTRODUCCIÓN

La discriminación constituye un problema social en el mundo entero que se ha venido desarrollando a través de la historia debido a diferentes aspectos que van desde la discriminación racial como el Apartheid en Sudáfrica hasta discriminación por condición social que aún existe remanentes en la actualidad. En este caso en concreto se trata la discriminación en general como causa para terminar un vínculo laboral. De esta forma es preciso analizar las medidas que se han tomado frente a esto.

En el Ecuador es un problema que afecta a varios grupos de atención prioritaria. Es por esta razón, que el Estado ecuatoriano ha implantado sanciones por este tipo de conducta. De igual modo, ha implementado figuras jurídicas beneficiosas en diferentes ámbitos. Es así en el laboral con la última reforma del Código del Trabajo se instaura el despido por discriminación, que busca evitar que en la relación laboral haya conductas discriminatorias que vulneren derechos establecidos en la constitución.

El presente ensayo tiene por objetivo responder a la siguiente pregunta ¿Cómo se debe asumir la carga de la prueba en el caso de despido por discriminación en la legislación ecuatoriana? Para poder responder esta interrogante, se analizará casos concretos de legislación comparada tanto de Argentina, España entre otros países que han optado diferentes medidas para asumir la carga probatoria en este tipo de casos.

Para poder entender sobre la carga probatoria del despido por discriminación, en el presente trabajado se ha tratado de abordar diferentes temas, como punto de partida se definirá la discriminación ya que es un problema social alrededor del mundo. Es por este motivo que los Estados y organizaciones internacionales han unido esfuerzos para eliminarla.

Por otro lado, se analizará los derechos fundamentales de igualdad y la no discriminación que nacen en la Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano en 1789, que son de gran importancia en el presente análisis. Entonces, al ser la discriminación uno de los fenómenos sociales que genera la

mayor injusticia en el mundo, los Estados buscan sancionar este tipo de comportamiento implementando leyes tanto civiles como penales para hacer cumplir los principios de igualdad y no discriminación para que las personas sin distinción alguna puedan tener las mismas oportunidades.

También, el presente trabajo busca abordar las diferentes clases de terminación unilateral de contratos laborales por parte del empleador. Que permitirán entender cómo se configura un despido tanto intempestivo y las razones para que sea considerado un despido nulo o ineficaz, a fin de complementar y entender sobre el despido por discriminación que ha sido adoptado recientemente por la legislación ecuatoriana. Del mismo modo, se analizará los elementos que constituyen un despido por discriminación basado en legislación de diferentes países.

Para poder resolver el problema que nace al probar el despido por discriminación, se abordará sobre la subjetividad que tiene la prueba en estos casos. Puesto que, un acto discriminatorio puede presentarse de forma directa u oculta en un acto aparentemente legal.

Finalmente, el propósito principal en el desarrollo de este ensayo es analizar la inversión de la carga de la prueba en el caso de despido por discriminación, ya que es una alternativa de solución sobre la dificultad que existe al momento de probar la discriminación.

1. CAPÍTULO I : LA DISCRIMINACIÓN

La discriminación es un problema social que se ha venido desarrollando a través del tiempo y se ha presentado desde las primeras civilizaciones (Lanas, 2010, p1). La discriminación se ha convertido en uno de los problemas más serios y de repercusión directa en la sociedad. Por esta razón, la mayoría de los países y Organizaciones Internacionales han tratado de eliminarla creando normativa que sancione este tipo de comportamiento por cuanto vulnera derechos fundamentales tales como la libertad, dignidad e igualdad, etc.

En Ecuador la discriminación está prohibida así lo establece la Constitución de la República y en otros cuerpos normativos, por ejemplo, en el Código de Trabajo. Con esto el Estado ecuatoriano intenta combatir con fenómeno social que ha creado la mayor injusticia en el mundo.

1.1 Definición de discriminación.

La palabra discriminación conlleva ciertas dificultades al momento de su definición, pero es de uso común en el lenguaje cotidiano, por ello es necesario revisar y contrastar varias definiciones de autores y Organizaciones para un mejor entendimiento.

La palabra discriminación es definida de acuerdo al Diccionario de la lengua española como:

"Seleccionar excluyendo." o "Dar trato desigual a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, de sexo, etc."
(Diccionario de la Real Academia de la Lengua, 2016)

Es decir, al discriminar, una persona se siente con el derecho de tratar de manera desigual a otra por cualquier razón no fundamentada e injustificada por el solo hecho de tener características, creencias, o gustos diferentes a la sociedad que los rodea.

Por otro lado, el autor J Rodríguez (2007) en el libro Discriminación, igualdad diferencia política, define a la discriminación como:

“una conducta, culturalmente fundada, y sistemática y socialmente extendida, de desprecio contra una persona o grupo de personas sobre la base de un prejuicio negativo o un estigma relacionado con una desventaja inmerecida, y que tiene por efecto (intencional o no) dañar sus derechos y libertades fundamentales.” (Jesús Rodríguez Cepeda, 2007 p67)

De acuerdo a la definición expuesta se considera que la discriminación es un problema social, que nace por las prácticas y pensamientos sociales hacia un grupo de personas en situación de vulnerabilidad que tiene como resultado la violación de sus derechos y principios fundamentales.

La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, es el principal órgano normativo intergubernamental que estudia los problemas referentes con los derechos humanos. Esta institución afirma que la discriminación consiste en:

“dar un trato distinto a las personas que, en esencia son iguales y gozan de los mismos derechos; ese trato distinto genera una desventaja o restringe un derecho a quien lo recibe” (Comisión de derechos Humanos, 2010, p6)

Varias Organizaciones Internacionales han procurado hacer conciencia sobre la discriminación para que de esta manera disminuya el trato distinto entre personas, observando el derecho a ser tratados de manera igual, lo cual evidencia el respeto de los derechos fundamentales.

De igual forma la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de la ONU define a la discriminación racial como:

"toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades

fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública." (Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial)

En el ámbito laboral, se entiende por discriminación de acuerdo al Convenio 111 de la Organización Internacional de Trabajo relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación por discriminación (1958) "cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación" (Convenio 111, 1958).

Este Convenio de la OIT relativo a la discriminación en materia de empleo ratificado por Ecuador, manifiesta que tanto el Estado como los particulares no deben tener ninguna forma de distinción, preferencia o exclusión por características inherentes de cada persona ya sean físicas o sociales. Además, promueve la existencia de la igualdad de trato y de oportunidades y que no se generen diferenciaciones no fundamentadas entre personas.

La discriminación no es un problema social que ha surgido en este siglo, es un fenómeno que se ha venido arrastrando desde las primeras civilizaciones y ha sido perjudicial para la humanidad como siendo la esclavitud uno de los casos más inhumanos de discriminación que se ha dado en la historia.

De las definiciones antes citadas, se puede acotar que todas las personas sin distinción alguna debe recibir un trato igualitario, no únicamente ante la ley sino en relaciones cotidianas entre ellas. Así lo establece la Constitución en el artículo 3 numeral uno, "Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la constitución y en los instrumentos internacionales" (Constitución de la República del Ecuador, 2008). Por tanto, se debe cumplir el principio de igualdad que se encuentra recogido en varios cuerpos normativos.

El principio de igualdad va de la mano con el derecho a la no discriminación para que estos dos derechos sean cumplidos el legislador se ha visto obligado a interponer acciones que logren una igualdad legal, esto es que toda persona tendrá el mismo trato jurídico.

Así, para el eficaz cumplimiento del artículo 11 numeral 2 de la Constitución. El artículo 65 de la carta fundamental ecuatoriana, señala que el Estado podrá adoptar medidas de acción afirmativa, esta figura consiste en dar un trato diferente o hacer una discriminación positiva a grupos determinados que tradicionalmente han sido marginados para que de esta manera puedan gozar de sus derechos y equiparse con las demás personas. (Juárez, 2011).

De este modo se puede garantizar la participación de sectores minoritarios que durante el transcurso del tiempo han sido discriminados. Esto quiere decir, que el Estado podrá establecer políticas públicas que tengan como objetivo dar un trato preferencial o hacer una diferencia de manera positiva, a un determinado grupo social que sea vulnerable a discriminación para que de esta manera se logre la igualdad.

La acción afirmativa da como resultado la igualdad material. Dicho de otra manera, al momento de que el Estado elabora normas favorables o de trato preferencial beneficia a los grupos de atención prioritaria y eleva su posición social. (Carmona, 2004, p1)

Con las políticas públicas según Carlos Blancas (2007) lo que se busca es que se establezcan

“diferencias de trato, con el objeto de favorecer a determinados grupos sociales tradicionalmente marginados o postergados en el goce de los derechos fundamentales y oportunidades a unos y a otras, a fin de equipararse con las demás personas” (Blancas,2007, p146)

De acuerdo a la definición antes citada, se puede acotar que en el Ecuador se han insertado políticas públicas y sanciones en contra de la discriminación. Estableciendo que cualquier persona que profiera un trato desigual a otra será

considerada como discriminación. Puesto que, este tipo de comportamiento genera daños morales, psicológicos e incluso físicos, que no sólo puede llegar a dañar al individuo que es discriminado. Sino también, a la sociedad ya que la discriminación puede crear divisiones sociales.

La Comisión de Derechos humanos (2010, p.6) expresa que cualquier persona puede ser discriminada por el solo hecho de tener alguna característica física o social no aceptada, o formar parte de algún grupo no aceptado por la sociedad.

Las personas que discriminan realizan alguna distinción injustificada, y dan un trato de desigual a las personas por diferentes causas ya sea por su origen étnico, religión, edad, género, orientación sexual, opiniones, condiciones de salud, estado civil, discapacidades, preferencias políticas u otras causas. Por consiguiente, esto da como resultado un daño y restringen el goce de los derechos humanos que cada uno poseemos.

Se puede decir que la discriminación es un problema que se vive en todo el mundo, la sociedad ha creado varios estereotipos que las personas tratan de imitar para ser aceptados. De igual forma, puede haber un trato discriminatorio o distinciones por razones de color de piel, origen, sus creencias religiosas, edad, nivel de estudios, género, preferencia sexual o una infinidad de razones, debido a que cada ser humano tiene la capacidad de generar estereotipos o prejuicios y discriminar a otra por cualquier característica ya sea social, físico, político o cultural.

1.2 El derecho a la no discriminación.

El derecho a la no discriminación, es un derecho universal uno de los más importantes y tiene correlación con el principio de igualdad. Este es un derecho fundamental del ser humano que tiene como objetivo eliminar la discriminación para tener una sociedad equitativa y justa. La discriminación es un problema social que perjudica a la sociedad en general que como se mencionó anteriormente no solo causa daño a un individuo, sino puede llegar a dividir hasta naciones.

Este derecho, como lo explica la Comisión de Derechos Humanos (2012), forma parte del principio de igualdad que fue definido en la Declaración de los Derechos del Hombre que nace como resultado de la Revolución Francesa en 1789. Esta declaración ha sido el pilar fundamental para las legislaciones actuales. (Blanco, R. 2007 p.54)

En la Declaración de los Derechos del Hombre, en el artículo 1 señala que: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común.” (Declaración de los derechos del Hombre, 1789). De esta forma se entiende que todo ser humano es igual y se prohíbe toda clase de distinción o discriminación de cualquier tipo entre personas.

Existen varios convenios internacionales que han adoptado el derecho a la no discriminación. En la Declaración Universal de Derechos Humanos, se establece que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, por lo que no es posible que ningún ser humano sea tratado con distinción o sea excluido sin que haya un fundamento razonable.

El derecho a la no discriminación es propio de cada persona, pero como explica Jesús Rodríguez (2007) la sociedad piensa que este derecho se ha creado para grupos minoritarios que en la historia han sido discriminados como es el caso de las mujeres, afroamericanos, personas con discapacidad etc.

Pero en realidad este derecho es universal que debe ser respetado y aplicado al ser considerado como la parte vertebral de la defensa de los derechos humanos. (Sánchez. M, Hernández. L, Silva. G, 2007, p164)

Aunque en varias legislaciones no se especifica qué grupo puede ser más vulnerable o requiere de una protección especial para que no haya discriminación. Otras legislaciones han visto como un punto importante establecer qué grupo puede ser más vulnerable a la discriminación. Según Jesús Rodríguez (2007, p73) en México consideran que el grupo que debe tener mayor atención, son las personas con VIH-SIDA y los trabajadores migrantes.

En Ecuador la legislación ha tratado de establecer claramente los grupos de atención prioritaria que deben tener más protección, como son las mujeres embarazadas, personas con discapacidades, personas portadoras de VIH. La más reciente reforma que ha promovido el principio de no discriminación, se da con la aprobación de la Ley Orgánica para la Justicia Laboral la cual ha implementado la prohibición del despido por discriminación, que no sólo protege a grupos de atención prioritaria, sino a todos los ciudadanos para que de esta manera sean respetados sus derechos fundamentales.

La no discriminación es un principio acogido por varios ordenamientos jurídicos alrededor del mundo, con el fin de que no se altere la igualdad de oportunidades en cualquier ámbito. En el caso ecuatoriano el derecho a la no discriminación se encuentra consagrado en la Constitución de la República en el artículo 11 que determina “la igualdad y el goce de los derechos deberes y oportunidades de las personas, con la correspondiente prohibición de actos de discriminación...” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

El derecho a la no discriminación es una de las normas principales, tanto de los tratados internacionales como las constituciones de los Estados, su característica principal es que todas las personas puedan ejercer sus derechos basados en la igualdad y que estos derechos no sean violentados. (Comisión de Derechos Humanos, 2012, p15)

Cada legislación trata de buscar un medio coercitivo para que el derecho de no discriminación sea respetado y aplicado, ya sea por el Estado o por particulares.

1.3 Sanciones por discriminación en la Legislación Ecuatoriana

Ecuador en su Constitución reconoce los derechos fundamentales de cada ser humano y garantiza el cumplimiento de estos. La carta fundamental tiene varias disposiciones que garantizan los derechos fundamentales como la libertad, la igualdad y de igual forma prohíbe la discriminación.

La Constitución vigente desde el 2008, en su artículo 3 establece como un deber primordial del Estado garantizar sin discriminación alguna el goce de los

derechos establecidos tanto en el propio texto constitucional como en los Instrumentos Internacionales, estos derechos son de directa e inmediata aplicación. Además, los derechos son justiciables así lo establece la carta magna en el artículo 11 numeral tres la misma disposición explica que ninguna persona podrá violar los derechos de otra alegando la falta de norma jurídica. (Constitución del Ecuador, 2008)

En el artículo 11 numeral 2 de la Constitución, se señala que todas las personas son iguales y tienen los mismos derechos, deberes y oportunidades, igualmente explica que:

“Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Se añade también que la ley sancionará todo tipo de discriminación.

Es por este motivo que el Estado ha promovido el ejercicio del derecho de igualdad y no discriminación pero para el cumplimiento de este derecho, se ha visto obligado a implantar determinadas sanciones.

En el Código Orgánico Integral Penal, en la sección quinta trata sobre los delitos del derecho a la igualdad. En el artículo 176 establece que:

“La persona que salvo los casos previstos como políticas de acción afirmativa propague practique o incite a toda distinción, restricción, exclusión o preferencia en razón de nacionalidad, etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género u orientación sexual, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, condición

socioeconómica, condición migratoria, discapacidad o estado de salud con el objetivo de anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de derechos en condiciones de igualdad, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.” (Código Orgánico Integral Penal, 2014)

Quien realice distinciones o exclusiones no fundamentadas hacia otra por razones de raza, edad, generó u otros motivos establecidos tanto en la Constitución como en el Código Orgánico Integral Penal, tendrán una sanción de pena privativa de libertad de uno a tres años, además si esta infracción es realizada por algún servidor público la pena privativa aumenta de tres a cinco años.

También se ha implementado el tipo penal denominado como actos de odio, establecido en el artículo 177:

“La persona que cometa actos de violencia física o psicológica de odio, contra una o más personas en razón de su nacionalidad, etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género u orientación sexual, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, condición socioeconómica, condición migratoria, discapacidad, estado de salud o portar VIH, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.”

El Estado busca eliminar la discriminación aplicando sanciones además implementando políticas públicas de acción afirmativa para que de esta manera se construya una sociedad en la que se pueda ejercer derechos de manera igualitaria, y equitativa, además que las personas tengan acceso sin distinción alguna a la educación, salud, trabajo etc. Como se ha explicado en párrafos anteriores de acuerdo a la Constitución todas las personas tenemos derecho a ser tratados de manera igualitaria y sin discriminación.

Otra sanción también la establece el Código de la Niñez y adolescencia en el artículo 41 numeral 4:

“Medidas que impliquen exclusión o discriminación por causa de una condición personal del estudiante, de sus progenitores, representantes legales o de quienes lo tengan bajo su cuidado. Se incluyen en esta prohibición las medidas discriminatorias por causa de embarazo o maternidad de una adolescente. A ningún niño, niña o adolescente se le podrá negar la matrícula o expulsar debido a la condición de sus padres.” (Código de la Niñez y Adolescencia, 2003)

En el caso de establecimientos educativos, los docentes cometan prácticas discriminatorias tendrán sanciones de orden administrativo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar.

En el área laboral se han ratificado varios Convenios Internacionales, como el Convenio sobre el desempleo de 1962, Convenio sobre los métodos para la fijación de salarios 1928, Convenio sobre los Contratos de trabajo 1947, Convenio sobre los trabajadores migrante 1949, Convenio sobre la sindicalización y de negociación colectiva 1949, Convenio sobre la protección de maternidad 1952, y el Convenio 111 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación de la Organización Internacional del Trabajo (1958) el cual tiene por objetivo que las personas tengan acceso a un trabajo digno y justo sin ningún tipo de discriminación por las razones señaladas el artículo 1 del mencionado convenio o del artículo 11 numeral dos de nuestra Constitución. El Código Laboral tiene correlación con los convenios ratificados por Ecuador. Es por esta razón que la normativa laboral protege a grupos de atención prioritaria como mujeres embarazadas, personas con discapacidad, adolescentes para que de esta manera puedan tener las mismas oportunidades a más de que en caso de despido tengan el derecho a una indemnización justa.

Con la aprobación de la Ley Orgánica para la Justicia Laboral, se implementaron varias reformas que buscan sancionar la discriminación, así tenemos a las injurias discriminatorias, despido ineficaz y el despido por discriminación.

En el artículo 173, se explican las causas por las cuales el trabajador puede dar por terminado su relación laboral, en el numeral 1 se establece que el trabajador podrá dar por terminado el contrato de trabajo por injurias graves hechas por su empleador. Con la aprobación de la Ley Orgánica para la Justicia Laboral se introdujo la figura de injuria discriminatoria, en este caso si el empleador manifiesta una injuria discriminatoria hacia el trabajador, este podrá dar por terminado el contrato previo trámite de visto bueno y tendrá el derecho de exigir las indemnizaciones de acuerdo a la ley.

Siendo esta la circunstancia, el empleador deberá cancelar la indemnización establecida por despido intempestivo y una indemnización adicional prevista en el artículo 195.3 del mismo Código que trata sobre el despido por discriminación.

Otra figura insertada por la Ley para la Justicia Laboral es propiamente el despido por discriminación, que se encuentra establecida en el artículo 195.3 del Código Laboral:

“En cualquier caso de despido por discriminación, sea por afectar al trabajador debido a su condición de adulto mayor u orientación sexual, entre otros casos, fuera de los previstos para la ineficacia del despido, el trabajador tendrá derecho a la indemnización adicional a que se refiere este artículo, sin que le sea aplicable el derecho al reintegro.” (Código de Trabajo, 2005)

Esta figura no sólo protege a los grupos de atención prioritaria mencionados anteriormente, sino a todo trabajador que sea despedido por alguna causa discriminatoria, ya sea por su condición de adulto mayor, orientación sexual u otros casos que de acuerdo a nuestra Constitución en el artículo.11 numeral 2 serían también por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física.

Si se llega a configurar el despido por discriminación el empleador tendrá la obligación de pagar una indemnización adicional que será equivalente al valor de un año de remuneración que venía percibiendo, además, del valor correspondiente por despido intempestivo (Código de trabajo, 2005)

2. CAPÍTULO II: TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO LABORAL POR PARTE DEL EMPLEADOR

Un contrato de trabajo es el acuerdo en el cual una persona natural se obliga con otra persona natural o jurídica para realizar una tarea encomendada bajo subordinación a cambio de una remuneración. De conformidad a nuestro Código Laboral el contrato individual de trabajo es “el convenio en virtud del cual una persona se compromete para con otra u otras a prestar sus servicios lícitos y personales, bajo su dependencia, por una remuneración fijada por el convenio, la ley, el contrato colectivo o la costumbre.” (Código de Trabajo, 2005)

Como todo contrato, el laboral es un acuerdo de las partes en que generan obligaciones mutuas, así el trabajador se compromete a cumplir con la tarea encomendada y el empleador a pagar la remuneración fijada.

El despido es un acto por el cual se da por terminada la relación laboral. En la legislación ecuatoriana existen varios tipos de terminación unilateral de contratos laborales como lo es el despido intempestivo, ineficaz, por discriminación, visto bueno y desahucio. Para dar por terminada la relación laboral por parte del empleador este puede hacerlo de manera injustificada o invocando causales previstas en la ley para configurar un visto bueno.

El despido es un acto unilateral que puede darse por razones justificadas por la ley o de manera injustificada vulnerando así derechos del trabajador. Para Néstor de Buen Lozano (2012) considera que el despido es “catalogado por la ley como una forma de rescisión, esto es, un acto unilateral a virtud del cual el patrón da por terminando la relación laboral invocando una causa grave de

incumplimiento imputable para el trabajador” (De Buen Lozano, 2012, p 80). El contrato de trabajo puede darse por terminado por cualquiera de las dos partes, ya sea por acuerdo común o de manera unilateral. Con la terminación del contrato se da por disuelto el vínculo contractual de las partes.

Para Thayer y Novoa la terminación del contrato es un fenómeno jurídico en el cual el contrato laboral perece, y por ende la relación laboral queda disuelta y las partes dejan de tener obligaciones ya sean jurídicas, patrimoniales, ético-jurídicas o personales entre sí (Thayer, W. Novoa, P. 2009, p28).

El contrato de trabajo se puede dar por terminado por las causas previstas en el artículo 169 del Código de Trabajo, las mismas que se indican a continuación

- Por las causas legalmente previstas en el contrato;
- Por acuerdo de las partes;
- Por la conclusión de la obra, período de labor o servicios objeto del contrato;
- Por muerte o incapacidad del empleador o extinción de la persona jurídica contratante, si no hubiere representante legal o sucesor que continúe la empresa o negocio;
- Por muerte del trabajador o incapacidad permanente y total para el trabajo;
- Por caso fortuito o fuerza mayor que imposibiliten el trabajo, como incendio,

Terremoto, tempestad, explosión, plagas del campo, guerra y, en general, cualquier otro acontecimiento extraordinario que los contratantes no pudieron prever o que previsto, no lo pudieron evitar;

- Por voluntad del empleador en los casos del artículo 172 de este Código;
- Por voluntad del trabajador según el artículo 173 de este Código; y,

- Por desahucio presentado por el trabajador. (Código del Trabajo, 2005)

El contrato laboral como se explicó en líneas anteriores se puede dar por terminado por el empleador de forma intempestiva, ineficaz o por discriminación. Por estas razones se extingue el vínculo contractual, pero en este caso el empleador se ve obligado a pagar indemnizaciones a su trabajador, toda vez que vulnera el principio de estabilidad laboral.

2.1 Despido intempestivo.

El despido intempestivo es un caso de terminación de contrato laboral de manera unilateral por parte del empleador, las sanciones por despido intempestivo se encuentran establecidas en la legislación ecuatoriana. El despido intempestivo se configura cuando el empleador da por concluida la relación laboral de manera unilateral e injustificada. Como consecuencia la ley sanciona al empleador y lo obliga a pagar una indemnización a su trabajador para que de cierto modo el daño causado y la vulneración de los principios constitucionales sean resarcidos.

Colón Bustamante afirma que el despido intempestivo es:

“La terminación de las relaciones laborales de manera intempestiva, súbita, violenta, sin previo aviso y no respetando las causas legales previstas en el Código de trabajo, produce sanciones de carácter económica para el empleador; valores que sirven para compensar a la parte afectada que siempre es el trabajador por haberse violado los principios de estabilidad y continuidad laboral” (Bustamante, 2014, p358)

Dicho de otra manera, el despido es la terminación del contrato de trabajo, realizada por el empleador de manera injustificada violando el principio de estabilidad laboral establecido en la Constitución en el artículo 332, y por este motivo el empleador es obligado a cancelar una indemnización de acuerdo a la ley.

El autor de Mario de la Cueva (2011) explica que la estabilidad laboral es un

principio “que otorga carácter permanente a la relación de trabajo y hace depender su disolución únicamente de la voluntad del trabajador y solo excepcionalmente del patrono” (De la cueva, 2011, p219)

El principio de estabilidad laboral se enfoca en proporcionar certeza al trabajador respecto a su persistencia en el lugar de trabajo, si da cumplimiento a todas las obligaciones encomendadas.

Para Julio Mayorga (2008) el despido intempestivo es:

“Cuando el empleador da por terminado el contrato de trabajo y separa al trabajador, sin que para ello tenga causa legal que lo ampare, o cuando existiendo causa legal no observa el procedimiento establecido en el Código del Trabajo para despedir al trabajador, decimos que la terminación es ilegal y el despido es intempestivo. “(Mayorga, 2008, p102)

En otras palabras, el despido intempestivo va en contra de lo establecido en la Constitución del Ecuador, toda vez que vulnera el principio de estabilidad, porque el empleador sin razón alguna da por terminado el contrato laboral o si teniendo razones justificadas no cumple con los procedimientos establecidos en la ley como es el visto bueno determinado en el Código Laboral en el artículo 172. Este despido injustificado por parte del empleador es sancionado con una indemnización de conformidad con las reglas previstas en el artículo 188 del Código de Trabajo.

2.2 Despido Ineficaz.

El despido ineficaz es una nueva figura jurídica implementada por la Ley Orgánica para la Justicia Laboral e integrada en el Código laboral, con el objetivo de velar el cumplimiento de lo establecido en la carta fundamental como es el derecho de estabilidad laboral y la protección de ciertos grupos vulnerables, como mujeres embarazadas, discapacitados, dirigentes sindicales, adultos mayores etc.

Montalvo considera que, el despido ineficaz se da cuando el empleador da por terminado el vínculo laboral de manera unilateral, pero dicho despido no tiene validez es decir es ineficaz ya que vulnera garantías que protegen eventualmente a los trabajadores. (Montalvo, L. 2016. P2)

El despido ineficaz, es un tipo de despido intempestivo por cuanto el empleador da por terminado el contrato laboral de manera unilateral sin causa justa. Pero la ley lo considera ineficaz o nulo porque dicho despido recae sobre personas que están protegidas eventualmente como las mujeres embarazadas y dirigentes sindicales.

Las mujeres embarazadas son consideradas como uno de los grupos de atención prioritaria de la sociedad. Las mujeres han sido discriminadas no sólo por su género, sino fundamentalmente por su condición. Es por este motivo que las legislaciones han tratado de protegerlas en diferentes ámbitos es así en el laboral.

La normativa ecuatoriana en el ámbito laboral ha implementado el despido ineficaz establecido en el artículo 195.1 del Código Laboral donde se señala que se declarará ineficaz, “el despido intempestivo de trabajadoras en estado de gravidez o asociado a su condición de gestación o maternidad basados en el principio de inamovilidad” (Código Laboral, 2005).

El principio de inamovilidad laboral, es un mecanismo utilizado por el Estado para evitar que haya un despido injustificado. El embarazo comienza desde el momento de la fecundación del óvulo hasta el alumbramiento. Antes de la reforma y aprobación de la Ley para la justicia laboral, el Código Laboral también prohibía el despido de mujeres embarazadas, pero sólo durante el embarazo.

En la actualidad la ley es más drástica y no sanciona únicamente el despido intempestivo realizado durante el embarazo, sino también cuando está asociado a su condición de gestación o maternidad. (Andrés, 2015 p. 27).

En las reformas efectuadas en el mes de marzo del 2016 a través de la Ley Orgánica para la promoción del trabajo juvenil regulación excepcional de la jornada de trabajo, cesantía y seguro de desempleo, considera despido ineficaz cuando: “el padre o la madre accedan a la licencia o permiso sin remuneración para el cuidado de los hijos hasta por nueve meses adicionales del permiso por maternidad o paternidad, una vez concluido la licencia el trabajador tendrá el derecho de reintegrarse, pero si por este hecho fuesen despedidos se considera despido ineficaz” (Código de Trabajo, 2005).

Otro motivo por el cual la ley considera como ineficaz a un despido intempestivo, sería el caso de un miembro de la directiva sindical que se encuentre en cumplimiento de sus funciones.

La Constitución del Ecuador, en el artículo 31 literal h señala que los trabajadores tienen la libertad de asociación sindical, al igual que el Código de Trabajo en el artículo 440 también garantiza la libertad de asociación y señala que tanto los trabajadores como los empleadores tienen el derecho a constituir asociaciones ya sean profesionales o sindicatos. (Código Laboral, 2005)

En el artículo 187 del Código del Trabajo se establece que se considerará como despido ineficaz, al despido intempestivo de trabajadores que sean parte de la directiva de la organización de trabajadores. Esta garantía se hará extensiva durante el tiempo que el trabajador ejerza sus funciones y un año más.

Si el juez declara la ineficacia, el trabajador tendrá derecho a reintegrarse en su lugar de trabajo. Además, que el empleador estará obligado a cancelar las remuneraciones pendientes con el 10% de recargo. Si por algún motivo el trabajador no continuaría prestando sus servicios, recibirá una indemnización equivalente a un año de remuneración que venía percibiendo y aquellas correspondientes al despido intempestivo. (Código de Trabajo, 2005)

En la legislación de la República del Perú también se ha insertado el despido ineficaz denominado como despido nulo. Este tiene como objetivo sancionar el incumplimiento de los derechos establecidos en la Constitución, ya que el despido nulo provoca la lesión de derechos fundamentales de los trabajadores. Con el despido ineficaz el legislador ha buscado mecanismos de reparación como lo son la indemnización y el derecho a reintegrarse en su lugar de trabajo. (Fernández, 2015, p.4)

En España, una de las causales para configurarse el despido nulo es cuando el empleador da un trato diferente o excluye a un trabajador. A diferencia de la legislación ecuatoriana, la legislación española sanciona este tipo de comportamiento, haciendo que el empleador cancele una indemnización y además el trabajador pueda reintegrarse a su lugar de trabajo.

Es decir, el despido ineficaz es una garantía para los trabajadores eventualmente protegidos. Esta figura jurídica busca que los derechos fundamentales de los trabajadores no sean vulnerados. Además, de establecer mecanismos de reparación como el reintegro y las respectivas indemnizaciones.

2.3 Despido por discriminación.

El despido por discriminación, también es una de las figuras más recientes adoptadas en la legislación ecuatoriana para promover la igualdad y la no discriminación. Con estas políticas públicas el Estado busca el pleno goce de los derechos fundamentales y además la estabilidad laboral de acuerdo al artículo 332 de la Constitución de la República del Ecuador.

Néstor de Buen Lozano explica que el despido es un mal, ya que rompe con el principio de estabilidad en el empleo. Además, señala que el despido destruye el derecho de trabajo. (De Buen Lozano, 2012, p 81)

Si bien, el despido trasgrede principios constitucionales. Al configurarse un

despido por discriminación no únicamente vulnera el principio de estabilidad laboral, sino también el principio de igualdad y el de no discriminación que nuestra Constitución consagra.

La discriminación como se mencionó anteriormente es una actitud injusta o una conducta culturalmente fundada que da un trato desigual a personas por diferentes motivos como la raza, edad, género, orientación sexual, creencias políticas o religiosas u otros motivos.

Los cuerpos normativos alrededor del mundo se han visto con la necesidad de crear ciertas normas de carácter coercitivo para eliminar este tipo de comportamiento. Es así, en el ámbito laboral la legislación ecuatoriana ha ratificado varios convenios y tratados internacionales referentes a la discriminación laboral que buscan que todas las personas tengan la oportunidad de acceder a un puesto de trabajo sin ningún tipo de discriminación.

En este contexto, el artículo 195.3 del Código de trabajo implementa una sanción al empleador que incurra en cualquier tipo de comportamiento discriminatorio hacia sus trabajadores por su “condición de adulto mayor u orientación sexual entre otros casos” (Código del Trabajo, 2005).

La ley señala que se podrá considerar despido por discriminación el ejecutado contra una persona por su condición de adulto mayor, orientación sexual entre otros casos. De esta manera deja a consideración al desarrollo posterior los motivos por los cuales se podría configurar un despido de esta naturaleza. En correlación a nuestra carta fundamental el artículo 11 numeral 2 anteriormente citado, se encuentra precisada diversas condiciones por las cuales nadie puede ser discriminado.

Es decir, la ley no limita los motivos o razones por los cuales un trabajador puede considerar que exista discriminación. Por esta razón, cada persona podría interpretar diferentes motivos de discriminación.

Si se llegaría a configurar un despido discriminatorio, el empleador que haya despedido a su trabajador por este motivo tendrá la obligación de cancelar una indemnización equivalente al valor de un año de la remuneración que percibía hasta antes del despido del trabajador y la indemnización general correspondiente a despido intempestivo.

En el caso de despido por discriminación, a diferencia del despido ineficaz, el trabajador no tendrá derecho a reintegrarse en su lugar de trabajo. Es decir, tanto el despido por discriminación como el ineficaz son diferentes, pero buscan el cumplimiento estricto de principios fundamentales consagrados en el ordenamiento vigente.

Esto difiere de lo que sucede en otros países, ya que si bien es cierto la legislación ecuatoriana sanciona el despido por discriminación esta no garantiza el derecho al reintegro. En el caso de España y Perú consideran que la discriminación es una causal de despido nulo (ineficaz), ya que al despedir por discriminación se vulneran derechos fundamentales reconocidos a cada persona y establecen mecanismos de resarcimiento del daño como indemnizaciones y el derecho al reintegro.

Gustavo Quispe (2009) afirma que el despido nulo es “aquel que tiene como causa la afectación de determinados derechos fundamentales del trabajador establecidos taxativamente en la ley” (Quispe, 2009, p58). Es decir que la discriminación es un fenómeno que afecta al goce o ejercicio de los derechos fundamentales, por lo cual esta debería ser una causal de despido ineficaz mas no una figura distinta como lo es en la legislación ecuatoriana.

Para terminar, el despido por discriminación es una figura jurídica que garantiza el principio de igualdad y no discriminación que busca sancionar a los empleadores, que, por motivos de etnia, edad, género u otros motivos despidan a sus trabajadores, obligándolos a resarcir el daño con una indemnización, pero esta figura no garantiza el derecho al reintegro como el despido ineficaz.

2.3.1. Elementos constitutivos del despido por discriminación.

Una vez explicado el despido por discriminación, es importante precisar cuáles son los elementos que constituyen un despido por discriminación. Para que de esta manera se torne más fácil diferenciar la violación a los derechos fundamentales y que la prueba de un despido por discriminación pueda ser acreditada por el juzgador de manera objetiva y razonable.

Analizando legislación comparada, se puede verificar que la normativa chilena establece los elementos constitutivos de un ilícito laboral. Se refiere a ilícito laboral siendo éste en el que se efectúan actos discriminatorios.

De acuerdo al ordenamiento chileno número 3704/134, los elementos que constituyen la discriminación son:

1. Una diferenciación (distinciones, exclusiones o preferencias);
2. Que dicha diferenciación se base en motivos de raza, color, sexo, edad, estado civil, sindicación, religión, opinión política, nacionalidad, ascendencia nacional u origen social; o cualquier otra motivación que no se base en la capacidad o idoneidad personal;
3. Que se produzca como resultado una desigualdad de trato (anulación o alteración de la igualdad de oportunidades) (Ordenamiento N°3704/134, 2004).

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano los elementos constitutivos por discriminación no se encuentran establecidos como tal, a diferencia de la legislación chilena.

La Constitución del Ecuador nos brinda una definición de discriminación donde se encuentran determinados de manera muy similar los elementos que constituirían un acto discriminatorio. Como es la exclusión de personas por distintas razones que anteriormente las hemos mencionado, y como resultado se produce un trato desigual.

Pérez Gil (2007), manifiesta que el juzgador deberá valorar la prueba de tal manera que le conduzca a estimar una pretensión de conducta discriminatoria, que sea razonable. Por lo cual, es importante determinar qué es lo que debe acreditarse en un despido por discriminación (Pérez, 2007, p6).

El mismo autor señala que para estimar una pretensión que invoque una discriminación, el órgano sentenciador acreditará la discriminación con tres elementos que se encuentran determinados en la legislación española 3/2007:

1. “La existencia de una diferencia de tratamiento que genera o ha generado un perjuicio para los intereses o expectativas de un sujeto. Esto es, que el sujeto A es tratado de manera diferente a X, Y, Z, etc. y ello le origina una lesión que considera antijurídica (Ley Orgánica 3/2007)
2. “La existencia de una situación de distinción de carácter objetivo que toma por base alguna cualidad ligada al sexo, entendida en el sentido del art. 3 de la Ley 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Esto es, que el sujeto A es objetivamente diferente a X, Y, Z, etc. en virtud de una cualidad vinculada a su condición de varón o de mujer (especialmente en este caso las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil) “(Ley Orgánica 3/2007).
3. “Una relación causal entre la situación de distinción y la diferenciación en el trato generadora del perjuicio lo cual, en definitiva, constituirá el soporte de la existencia de una conducta discriminatoria y condicionará el sentido de la resolución judicial” (Ley Orgánica 3/2007).

Organización European Training es una agencia de la Unión Europea que tiene como objeto ayudar a países en transición y hacer reformas en sistemas de educación y mercado laboral de los países miembros. Esta organización explica que los elementos que constituyen la discriminación son los siguientes:

1. Acciones calificadas como discriminatorias, tales como distinción,

- exclusión, restricción y preferencia (European Training, s.f).
2. Causas de discriminación: características personales tales como raza, color, linaje, origen nacional/étnico, género, edad, integridad física, etc. (European Training, s.f).
 3. Propósitos y/o consecuencias de la discriminación, que tienen por objeto o efecto impedir a las víctimas el ejercicio y/o goce de sus derechos humanos y libertades fundamentales. (European Training, s.f).

Se podría concluir, tomando en cuenta lo anteriormente citado que, los elementos constitutivos de la discriminación básicamente se componen primero por la conducta diferenciadora o preferente de una persona a otra, la discriminación como se explicó en párrafos anteriores puede ser evidente o no, por lo tanto, es un tanto complicado determinar que ha existido una conducta discriminatoria.

El segundo elemento constitutivo es la causa por la cual se discrimina es decir los motivos que llevan a una persona a excluir o dar un trato diferenciado a otra persona ya sea por motivos de raza, sexo, orientación sexual, ideología política, etc. Este elemento podría ser más fácil de acreditar ya que existen circunstancias objetivas o evidentes como mujeres embarazadas, personas portadoras de VIH, dirigentes sindicales, personas con discapacidades, etc. que de alguna manera estas circunstancias motivan al empleador a despedir de manera injustificada.

El tercero es el trato diferenciado que vulnera o impide que los individuos gocen o ejerciten sus derechos. Por ejemplo, cuando un empleador hace un trato diferenciado entre hombres y mujeres está vulnerando el principio de igualdad.

Entonces, basados en nuestra normativa el actor debe probar lo que afirma, ya que no basta una simple alegación. Por lo tanto, el actor debe tratar que las pruebas que presente sean admisibles por ende que tengan los elementos constitutivos tanto del despido como de la discriminación que serían casi imposibles de reunir.

3. CAPÍTULO III: LA PRUEBA

Las pruebas son elementos fundamentales para poder demostrar la veracidad de una afirmación o de un hecho. En el Código Orgánico General de procesos en el artículo 158 explica cuál es la finalidad de la prueba: “La prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos” (COGEP, 2015).

En otras palabras, las pruebas son necesarias en un proceso judicial para que de esta manera el juzgador pueda establecer si los hechos son existentes o no y tenga elementos suficientes para resolver la causa. Las pruebas presentadas deben ser admisibles, es decir, deben reunir ciertos requisitos establecidos en la ley como la pertinencia, utilidad y conducencia.

De acuerdo a Pablo Talavera (2009) la prueba pertinente es aquella que tiene vinculación y hace referencia al hecho que constituye objeto del proceso. También, la prueba debe ser útil es decir debe ser adecuada para poder probar un hecho. De igual manera, la prueba para que sea admitida debe ser conducente, esto es una cuestión de derecho en donde el juez determina si el medio de prueba utilizado, presentado o solicitado es apto para poder probar el hecho. (Talavera, 2009, p54-57)

La prueba será improcedente cuando se hayan obtenido violando la Constitución o la ley. Además, el juzgador podrá declarar que la prueba carece de eficacia probatoria cuando haya sido conseguida por medio de fuerza, dolo, simulación o soborno. (COGEP, 2015).

La prueba deberá ser apreciada de acuerdo al artículo 164 del Código Orgánico General de proceso con las reglas de la sana crítica. La sana crítica es un razonamiento lógico, equitativo y de experiencia. Es decir, el juzgador deberá basarse en el sentido de la lógica y la razón para poder valorar una prueba (Barrios, s.f, p8)

En materia laboral, la prueba se practica de acuerdo a lo dispuesto en el Código General de procesos, en este ámbito con la aprobación de la Ley

Orgánica para la Justicia laboral y la introducción del despido por discriminación, surge un problema al momento de probar que ha existido una conducta discriminatoria por parte del empleador hacia su trabajador.

El Código Orgánico General de Procesos en el artículo 169 establece que el actor será el encargado de probar sus afirmaciones. Es decir, el trabajador estará obligado a demostrar en primera instancia que se ha producido despido intempestivo y que ha existido discriminación hacia él.

La dificultad estriba en que la conducta discriminatoria puede presentarse de manera directa o indirecta. Es decir, que en muchos casos la conducta discriminatoria no es observable empíricamente y no se muestra como tal.

Es por esta razón, es que la carga de la prueba en casos de despido por discriminación debería recaer sobre el empleador para que de esta manera pueda establecer que las causas del despido fueron diferentes a razones discriminatorias.

3.1. Subjetividad de la prueba en materia de despido por discriminación.

La discriminación es un problema social, que se origina por estereotipos o prejuicios. Los estereotipos “son una imagen o idea comúnmente aceptada” y los prejuicios son una forma de juzgar a la gente antes de conocerla y se emite comentarios desfavorables (Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2012, p7-8).

La sociedad crea este tipo de estereotipos y prejuicios sin un análisis objetivo y concreto, es decir crea criterios de selección de acuerdo a su opinión o patrones socio culturales. (Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2012, p7)

La discriminación es una conducta social, que se aprende rápido y se puede convertir en una práctica cotidiana. Es progresiva ya que las personas pueden ser discriminadas por diferentes causas que no se encuentran limitadas. Por

cuanto, cada persona puede crear diferentes estereotipos o perjuicios. Dicho de otra manera, las formas de discriminación evolucionan y las personas crean nuevas formas o modalidades de discriminación. (Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2012, p7)

3.1.1. Discriminación directa e indirecta.

La discriminación de acuerdo a la Comisión de derechos humanos puede presentarse de diferentes formas, como discriminación de hecho, discriminación de derecho, discriminación directa, discriminación indirecta. Para Michel Mine la discriminación directa “puede ser intencional y explícita con respecto al motivo prohibido” (Mine, 2003, p5) en otras palabras se da una discriminación directa cuando una persona excluye o da un trato diferenciado a otra de manera evidente, en donde es notorio que los derechos fundamentales están siendo violados.

La discriminación indirecta se produce cuando las conductas no son explícitas es decir están ocultas detrás de otras figuras jurídicas. Cuando se produce un trato discriminatorio que no es evidente en el ámbito laboral, el juzgador deberá examinar la igualdad del trato sobre las decisiones tomadas por el empleador. Para que de esta manera se pueda sacar a la luz las discriminaciones ocultas en actos aparentemente lícitos. (Mine, 2003, p7).

En la legislación española se encuentran recogidas las definiciones tanto de discriminación directa e indirecta, en la Ley 9/2003 para la Igualdad Efectiva de las Mujeres y Hombres y en el artículo 4 de la Ley del Estatuto de los trabajadores, en la cual se establece que los trabajadores “no podrán ser discriminados directa o indirectamente, para el empleo o una vez empleados por razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua, dentro del Estado español” (Ley del Estatuto de los Trabajadores, 1994).

Dicho de otra manera, la discriminación directa se da cuando una persona efectúa un trato desigual o discriminatorio a otra, por razones de sexo, edad u otros motivos, pero dicha conducta es evidente o existe una circunstancia objetiva que permite establecer que ha existido una conducta discriminatoria, por ejemplo, una mujer embarazada, personas con discapacidad.

En cambio, la discriminación indirecta, se da cuando el empleador despidе a su trabajador alegando criterios neutros o aparéntemente por razones que no son manifiestamente discriminatorias.

En la Legislación ecuatoriana como se mencionó anteriormente existe una figura denominada injurias discriminatorias. La cual se configura cuando el empleador emita un agravio de carácter discriminatorio hacia su trabajador. El trabajador por esta razón podrá dar por terminado el contrato laboral y recibir sus respectivas indemnizaciones tanto las generales como la especial determinada en el artículo 195.3 del Código de Trabajo.

En esta figura se puede evidenciar de manera clara la existencia de discriminación ya que es de forma directa. Porque, el empleador manifiesta la conducta discriminatoria, en este caso la manera de probar el hecho en un proceso judicial sería mucho más sencilla con respecto al despido por discriminación.

3.1.2. ¿Cómo probar la discriminación en un proceso laboral?

Una vez explicado el origen y las manifestaciones de la discriminación nos centraremos en la forma de probar la discriminación en un proceso laboral. Como se mencionó anteriormente en el caso ecuatoriano, el Código Orgánico General de Procesos en el artículo 169 establece que la parte actora será la encargada de probar los hechos constitutivos del derecho que reclama. Es decir, el demandante deberá probar lo que alega.

El juez es el encargado de analizar las pruebas emitidas. Este podrá interpretarlas aplicando las reglas de la sana crítica, pero al momento de acreditar pruebas sobre discriminación las normas existentes en la legislación

ecuatoriana pueden resultar poco útiles. Puesto que, en el tema del despido por discriminación los mecanismos de prueba no se encuentran establecidos de forma clara.

Por consiguiente, si se da un despido por discriminación de forma indirecta no se podría probar el hecho, ya que como bien se explicó en párrafos anteriores la discriminación indirecta es una conducta oculta en hechos aparentemente lícitos.

Al no encontrarse determinadas las formas de demostrar cuándo se configura un despido intempestivo, para el juzgador se torna difícil poder acreditar las pruebas. En el caso de despido por discriminación directa, es decir que haya sido evidente el trato desfavorable, el encargado de la prueba en este caso el trabajador podrá presentar al juez testigos. Estos podrán declarar que efectivamente pudieron constatar que el empleador incurrió en una violación de derechos fundamentales y como consecuencia que se configuró el despido.

Otra forma de probar una discriminación directa, podría ser con declaración de parte conocida anteriormente como confesión judicial del empleador. Aunque este mecanismo de prueba en este tipo de caso resultaría ineficaz. Por la razón de que, las conductas discriminatorias pueden ser ocultas. Como lo sostiene Eliza Lanás, la discriminación se suele encubrir en actos u omisiones que aparentemente son lícitas. (Lanas, 2010, p83).

Si bien es cierto en el ámbito laboral el Estado han insertado políticas que buscan ayudar al trabajador cuando exista duda sobre disposiciones legales, reglamentarias, o contractuales en materia laboral (Código del Trabajo, 2005).

Una de las políticas que busca ayudar al trabajador se encuentra establecida en el Art. 7 del Código del Trabajo. Esta es una regla, en la cual los funcionarios judiciales y administrativos tienen la obligación de que en caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales se aplique lo más favorable para el trabajador o más conocido como el principio pro operario.

Pero, esto no es suficiente al momento de probar un despido por discriminación, ya que como se ha explicado, el término de discriminación es muy amplio. Por ende, una conducta discriminatoria puede encubrirse con otros actos y esto hace imposible que se pueda probar una conducta discriminatoria, como señala Ignacio García:

“las decisiones empresariales discriminatorias y lesivas de los derechos fundamentales del trabajador, que nunca se presentarán como tales, salvo supuestos extremos, sino enmascaradas y ocultas en medidas aparentemente lícitas y legítimas” (García, 1994, p217).

Cuando se presente una discriminación indirecta, los medios de prueba podrían ser de poca utilidad. Por cuanto, si la conducta discriminatoria por parte del empleador no se muestra evidentemente, nadie podrá dar testimonio de dicha conducta, el trabajador no tendría pruebas materiales, documentales o testimoniales que certifiquen que ha existido violación a sus derechos.

Desde esta óptica, los medios de pruebas podrían resultarían poco útiles, no tanto para determinar el despido, pero si para establecer que ha existido discriminación hacia una persona.

Eugenia Khedayán ha afirmado que:

“La experiencia ha demostrado que al trabajador le resulta muy difícil probar la discriminación, pues en ningún caso el empleador reconoce su intención y los medios de prueba no se encuentran a su alcance; sea porque le resulta en exceso dificultoso acceder a ellos (los únicos testigos son sus compañeros de labor, los cuales no desearán arriesgar su puesto)” (Khedayán, 2011, p201).

En este tipo de casos de discriminación la prueba pericial podría resultar beneficiosa y eficaz. Puesto que, al realizar una evaluación psicológica se podría determinar que efectivamente ha existido una conducta discriminatoria.

De acuerdo a lo explicado, se concluye que la prueba en un proceso por despido discriminatorio es subjetiva. Por qué el actor es el encargado de probar lo que alega. Al ser la discriminación una conducta subjetiva y variable en cada ser humano dicha conducta puede ser interpretada de la manera más favorable para él demandante. Al ser un elemento subjetivo este puede ser utilizado de tal manera que constituya un abuso del derecho.

Además, si el actor lograría emitir pruebas que sean admisibles y evidencien la discriminación indirecta que es casi imposible, el juez deberá apreciar la prueba basadas en la regla de la sana crítica, de acuerdo a su experiencia, lógica, ética etc. Es decir, basado en su criterio y de esta manera el demandado (empleador) podría verse afectado.

Como lo señala Álvaro Araya:

“aplicación de la sana crítica puede conducir a que el juez arribe a una convicción con elementos probatorios más bien precarios y a veces fragmentarios, ello no quiere decir que la sola existencia de un despido de una persona de avanzada edad vaya a ser sinónimo de discriminación, pues de esa manera se estaría cercenando de una forma injustificada el derecho del empleador, también amparado constitucionalmente, de dirigir su empresa” (Araya, 2012, p8)

De acuerdo con el autor, el trabajador puede considerar varios motivos por los cuales se cree está siendo discriminado de manera errónea. Pero este problema surge en el momento en que la ley no establece parámetros para determinar la discriminación. Y por este motivo se pueden ver violentados los derechos del empleador.

3.2 Inversión de la carga de la prueba.

3.2.1 La carga de la prueba

Para abordar esta temática, es necesario entender acerca de la carga de la

prueba, al respecto Pedro Cañón (2009) señala que:

“La carga de la prueba implica que, obligadamente, debe probarse el supuesto de hecho o el conjunto de hechos que lo conforman, sin que se a relevante determinar quién aportó la prueba o de dónde provino aquella; por el contrario, cuando falta la prueba o, no está probado el supuesto de hecho sobrevienen las consecuencias que dicha ausencia conlleva (Cañón, 2009, p85).

En relación a la definición citada, la carga de la prueba es una figura procesal obligatoria que tiene como fin que los hechos o actos sean probados para que de esta manera el juzgador tenga los elementos suficientes para poder fundamentar su decisión.

En el caso ecuatoriano, la carga de la prueba recae sobre el actor. Es decir, sobre la persona que alega o reclama un derecho de acuerdo al artículo 169 del Código Orgánico General de procesos. El actor es el encargado de probar sus afirmaciones, y el juez en acreditar dichas pruebas.

Devis Echandia señala que la prueba judicial es el conjunto de razones o motivos que comprueban los hechos que las partes suministran al Juez. Entonces probar es aportar al proceso los medios o tipos de prueba que se encuentren establecidos en la ley. Por lo tanto, la carga de la prueba establece lo que cada parte quiere probar. (Echandia, 1981, p29)

Echandia (1981) explica que la carga de la prueba, no determina quién debe probar cada hecho, sino únicamente quién tiene interés jurídico para probar los hechos (Echandia, 1981, p427).

En el caso del despido por discriminación en la legislación ecuatoriana, al tener el trabajador la carga de la prueba, se torna complicado para la víctima poder reunir los elementos probatorios. Por este motivo de acuerdo a la protección que busca dar el Estado al trabajador, por la desigualdad de las partes que genera en un proceso laboral.

La solución para este problema sobre el despido injustificado por discriminación sería que la carga de la prueba se invierta, es decir que el empleador este obligado a explicar los motivos de manera razonable que le llevaron a despedir a su trabajador.

3.2.2. Tipos de reglas sobre la carga probatoria.

De acuerdo con la doctrina tanto española como argentina explicada por Eugenia Kedayán, existen dos tipos de reglas sobre la carga de la prueba que son denominados como presunciones hominis y la carga dinámica de la prueba.

Las presunciones son medios de pruebas circunstanciales o indirectas de acuerdo a Mario Casarino:

“Se define la prueba por presunciones como aquella que emplea ciertos antecedentes o circunstancias conocidos para inferir de ellos, sea por obra del legislador o del juez, un hecho desconocido y controvertido en el pleito” (Casarino, 2009, 117)

De acuerdo a Khedayán (2011), las presunciones judiciales están compuestas por tres elementos, un hecho base, un hecho presunto y una inferencia entre ellas. Entonces una vez creada la presunción judicial basada en indicios esta se puede romper o destruir por la contraprueba o prueba en contrario.

Es decir, cuando se aplican las presunciones hominis, no quiere decir que la carga de la prueba se invierta de acuerdo a Eugenia Khedayán. Ya que al actor o demandante no se le exonera la obligación de comprobar sus afirmaciones, sino que la prueba pueda ser practicada con menores exigencias, pero que tenga un grado de convicción para que el juez pueda acreditar dichas pruebas.

La Legislación española, en su ley de procedimiento laboral en el artículo 96 establece que “en aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, corresponderá al demandado la aportación de una

justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad” (Ley 62/2003).

Con esto lo que busca la legislación española, es ayudar al trabajador que ha sido víctima de discriminación, haciendo que sólo acredite los indicios, “que generan una razonable sospecha, apariencia o presunción” (Khedayán, 2011, p205) de un acto discriminatorio.

Por otro lado, la carga dinámica de la prueba ha sido aplicada cuando el juez ha tenido conflictos para dar soluciones a casos por falta de prueba. De acuerdo a Ayllen Gill la carga dinámica de la prueba busca resolver “los estados de indefensión que se producen por la aplicación estricta de las reglas sobre la carga de la prueba” (Gill, 2010, p 73).

Jorge Peyrano (2004) sostiene que la carga dinámica de la prueba puede ser aplicada en los estrados judiciales cuando:

“en determinadas situaciones en las cuales no funcionan adecuada y valiosamente las previsiones legales que, como norma, reparten los esfuerzos probatorios. La misma importa un desplazamiento del onus probandi, según fueren las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquel puede recaer, verbigracia, en cabeza de quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas, más allá del emplazamiento como actor o demandado o de tratarse de hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos” (Peyrano, 2004, p19)

En esta afirmación se entiende claramente, que cuando se aplica la carga dinámica de la prueba, se desplaza la carga de la prueba a una de las partes que se encuentre en mejores condiciones o que tenga mayor facilidad para probar. De acuerdo a Gloria Pasten (2004), la parte que tenga la obligación de probar estando en mejores condiciones tiene que tener una conducta útil, diligente, para cumplir con los principios de efectiva colaboración y de buena fe. (Pasten, 2004, p221).

La carga dinámica de la prueba ha sido aplicada en varios casos de discriminación laboral, por ejemplo, en el caso argentino *Cresta vs Arcos Dorados S.A* en el cual se determinó que las cargas dinámicas no van en contra de las reglas generales de la carga de la prueba, ya que el trabajador víctima de la discriminación deberá probar los hechos o dar algún indicio razonable de carácter objetivo para que de esta manera el juez pueda acreditar y exigir al empleador que aporte elementos convincentes que demuestren las razones verdaderas del despido. (Caso *Cresta vs Arcos Dorados S.A*, 2005)

Las dos reglas antes explicadas de la carga de la prueba, consideran que no existe una verdadera inversión de la carga probatoria, pero desde el planteamiento inicialmente formulado si existiría una inversión de carga probatoria aplicando estas dos reglas. Ya que si bien es cierto, el trabajador debe entregar al juez indicios razonables de la existencia de la discriminación no está obligado a probar, como lo establece nuestra legislación. En cambio, el empleador se ve obligado a entregar elementos probatorios que convengan al juez que no ha existido discriminación no solo la mera negación de los hechos.

Aner Uriarte manifiesta que con la inversión de la carga de la prueba se busca dar solución al problema “que surge cuando uno de los litigantes se encuentra en una difícil situación probatoria lleva a flexibilizar las normas de aplicación general, con objeto de no causar indefensión a esa parte” (Uriarte, 2010, p103). Tanto las cargas dinámicas de la prueba como las presunciones hominis, tienen el mismo fin, facilitar al trabajador que ha sido víctima de discriminación para probar los hechos. Al igual que la inversión de la carga que se da cuando una de las partes está en una difícil situación probatoria.

3.2.3. Inversión de la carga de la prueba en el despido por discriminación.

Como se ha mencionada anteriormente a lo largo del presente ensayo, los actos de discriminación son complejos de probar. Razón por la cual, para el cumplimiento de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución es necesario modificar las reglas sobre la carga de la prueba en materia laboral

específicamente en despidos injustificados por razones de discriminación.

De acuerdo a la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, de Buenos aires, basada en la Comisión de Expertos considera que:

“la carga de la prueba tiene una importancia fundamental en toda discriminación alegada...De todas estas consideraciones se desprende que existen circunstancias en las cuales la carga de la prueba del motivo discriminatorio no debe corresponder a la víctima que alega una discriminación, y en todo caso la duda debe beneficiar a ésta” (Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la O.I.T., Estudio general de 1988 sobre Igualdad en el empleo y la ocupación)".

Con la inversión de la carga de la prueba en el caso de despido por discriminación laboral, se lograría un aligeramiento de la carga de la prueba para el actor en este caso la víctima de discriminación. Esto no quiere decir que el trabajador solo deberá alegar que fue discriminado sino también deberá tener la obligación de dar un indicio razonable y convincente.

Esta regla de inversión de la carga de la prueba tendría que ser regulada, ya que en ciertos casos el trabajador podrá reunir los elementos suficientes para probar que ha existido un acto discriminatorio por parte del empleador. Por este motivo la inversión se dará únicamente cuando los medios de prueba estén en el poder del empleador. (Lanas, 2010, p85).

Una vez que el trabajador haya establecido un indicio objetivo y razonable y que el juez lo haya aceptado. El empleador tendrá la obligación de mostrar las causas concretas que llevaron a despedir a su trabajador. Este será el único mecanismo para poder desintegrar los indicios dados por el trabajador, porque con la inversión de la carga no se busca que el empleador sólo niegue los hechos sino al igual que el trabajador deberá convencer al juez de manera objetiva, para que esté basado en la sana crítica emita su resolución.

Como lo señala el Juez Oscar Zas el empleador deberá “probar que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionalmente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquella ocultó la lesión del derecho del trabajador a no ser discriminado” (Lanas, 2010, p8).

4. CONCLUSIONES

El presente ensayo tuvo como objetivo analizar cómo se debe asumir la carga de la prueba en el despido por discriminación en la legislación ecuatoriana. Para demostrar esto se analizó la definición de discriminación. La discriminación es un fenómeno social muy serio que puede afectar a cualquier persona y por cualquier motivo. Alrededor del mundo, tanto los Estados como las Organizaciones Internacionales buscan hacer cumplir los derechos fundamentales, como el derecho a la igualdad y a no ser discriminados por ninguna razón.

El derecho a la no discriminación es un derecho fundamental de los seres humanos, el Ecuador en su Constitución establece que podrá adoptar acciones afirmativas beneficiosas para grupos de atención prioritaria. Esto quiere decir buscar la igualdad legal para que de esta forma los que se encuentren en desventaja puedan gozar de los mismos derechos si distinción alguna.

De igual modo por la violación de los derechos fundamentales como el de no discriminación, en el Ecuador se han implementado sanciones tanto civiles como penales. Es así en el ámbito laboral, se ha implementado una sanción por despido por discriminación que busca proteger a los trabajadores que sean despedido intempestivamente por sus empleadores por razones de sexo, edad, religión u otros motivos establecidos en la Constitución.

Es fundamental tener claro los tipos de terminación unilateral del contrato laboral por parte del empleador establecidos en nuestra legislación ecuatoriana. Un despido intempestivo es un acto injustificado por parte del empleador que no tiene causa legal y vulnera principios consagrados en la Constitución como el derecho de estabilidad laboral. Por este motivo es esencial que el afectado tenga derecho a que el daño sea resarcido. Y si teniendo causa legal el empleador no sigue los procedimientos establecidos en la ley como el visto bueno que es un proceso en el cual se da a conocer a la autoridad competente que el trabajador incurrió en una falta grave.

El despido ineficaz o también conocido en otros países como despido nulo, es un despido injustificado por parte del empleador. Pero este despido no tiene validez, porque dicho acto recae sobre personas eventualmente protegidas como mujeres embarazadas, o dirigentes sindicales. Al igual que el despido intempestivo, el ineficaz vulnera derechos y garantías establecidas en nuestra carta fundamental y para que sea resarcido el daño el trabajador tiene el derecho a reintegrarse a su lugar de trabajo y a recibir una indemnización especial.

Uno de temas importantes que se analizó en el presente trabajo es sobre el despido por discriminación, que es una figura jurídica implementada recientemente por nuestra legislación. Que tiene por objetivo proteger no solo a grupos de atención prioritaria sino para todo tipo de personas sin distinción alguna. Ya que el empleador que despidiese a un trabajador por razones de edad, sexo, orientación sexual u otros motivos establecidos en el Art.11 de nuestra constitución tendrá la obligación de cancelar una indemnización especial además de la indemnización general.

También, es trascendental saber cuáles son los elementos que constituyen un despido por discriminación. De acuerdo a varios autores y organizaciones se ha llegado a concluir que son tres. El primero es una conducta diferenciadora. La segunda razón la causa por la cual una persona discrimina ya sea por la edad, orientación sexual u otros motivos, este elemento de cierta manera sería más fácil de probar en consecuencia de que hay circunstancias objetivas o evidentes como mujeres embarazadas, personas con VIH, personas con capacidades diferentes. La tercera es un trato diferenciado, un ejemplo es, cuando se diferencia entre mujeres y hombres. Por lo tanto, el encargado de probar discriminación no solo deberá hacer una mera alegación sino entregar al juez estos elementos constitutivos que son imposibles de reunir.

Otra figura importante es sobre las injurias discriminatorias que se dan cuando el empleador realiza comentarios ofensivos que discriminan a su trabajador por diferentes motivos, esta es una clase de discriminación directa que es evidente

y se puede probar con facilidad.

La prueba en el caso de despido por discriminación es de carácter subjetivo, dado que la discriminación es una conducta que nace del fuero interno de cada ser humano y cada uno puede interpretarlo de diferente manera. La discriminación es difícil de probar, puede ser directa es decir se puede evidenciar claramente. También, puede ser indirecta esto quiere decir que no puede ser percibida a simple vista puesto que el que comete discriminación puede ocultar dicha conducta en actos aparentemente legales. Por ende, los medios de prueba resultarían en el caso de despido por discriminación ineficaces.

El último tema analizado y más relevante del presente trabajo es la inversión de la carga de la prueba. Existen dos reglas relevantes sobre este tema que son denominadas como presunciones hominis y cargas dinámicas, estas dos reglas según los autores no son una verdadera inversión de la carga, porque no van en contra de las reglas generales. Pero en cuanto a la aplicación de estas dos reglas si se da la inversión como tal, teniendo en cuenta que en este caso el empleador está obligado a probar y el trabajador solo a dar un indicio razonable y convincente.

Finalmente, con la incorporación del principio de inversión de la carga de la prueba en casos de despido por discriminación, podría surgir el inconveniente de que existan muchas demandas por este motivo sin fundamento razonable. Por la cual, debe quedar claro que al trabajador no se le eximirá de entregar indicios concretos, objetivos, razonables y creíbles para que solo de esta manera el demandado este obligado a probar los hechos.

De igual forma el empleador deberá realizar la prueba brindando una justificación de los hechos como lo Establece la legislación española debe ser de manera razonable y objetiva, sin que se quiera ocultar esta conducta y de esta forma el juez pueda dar su criterio basado en la sana crítica y resolver el caso de manera justa y sin que ninguna de las partes se vea afectada.

REFERENCIAS

- Andrés, L. (2015). Las mujeres y el derecho laboral ecuatoriano desde el enfoque de género. Una mirada a la ley orgánica para la justicia laboral y el reconocimiento del trabajo del hogar. *Cálamo*. (4), 18-31. Recuperado el 13 de Noviembre 2016 de: <http://derecho.udla.edu.ec/calamo/images/revistas-pdf/Calamo4/2dossierLydiaAndrs.pdf>
- Araya, A. (2012). La discriminación por edad en el ámbito laboral: Una mirada a la jurisprudencia. (s.l): *Novoa y Araya*.
- Blanco, R. (2007) *Discriminación en el Trabajo la maternidad y el acoso sexual*. Costa Rica: Colegio de Abogados.
- Bustamante, C. (2014). *El despido intempestivo*. Quito: Jurídica del Ecuador.
- Cañon, P. (2009). *Práctica de la prueba judicial*. Bogotá: Ecoe. Recuperado el 4 de Octubre 2016 de: https://app-vlex.com.bibliotecavirtual.udla.edu.ec/?r=true#WW/search/*/pedro+alejo+ca%C3%B1on+ramirez/WW/sources/4835.
- Carmona, E. (2004) El principio de igualdad material en la Constitución Europea. Trinidad: *Foro Constitucional Iberoamericano*. Recuperado el 23 de Noviembre 2016 de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1102413>
- Casarino, M. (2009). *Manual de derecho. Derecho procesal civil*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile. Recuperado el 2 de septiembre 2016 de: https://app-vlex.com.bibliotecavirtual.udla.edu.ec/?r=true#WW/search/*/mario+casarino/WW/sources/5477.
- Código de la Niñez y Adolescencia (2003). Registro oficial 737, suplemento 22 de mayo del 2016. Actualizado al 30 de septiembre del 2016.
- Código del Trabajo (2005). Registro oficial 167, suplemento de 22 de mayo del 2016. Actualizado al 30 de septiembre de 2016.
- Código Orgánico General de Procesos. (2015). Registro oficial 506, suplemento, 22 de mayo del 2015. Actualizado Diciembre del 2016.

- Código Orgánico Integral Penal (2014). Registro Oficial suplemento 180 de 10 de febrero de 2014, de 21 de julio de 2016. Actualizado al 30 de septiembre de 2016.
- Colón, B. (2014). *El despido intempestivo*. Quito: Jurídica del Ecuador.
- Comisión de derechos humanos México. (2012). *La discriminación y el derecho a la no discriminación*. México.D.F: C.D.H.
- Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (1988). Estudio general de 1988 sobre Igualdad en el empleo y la ocupación. Ginebra: O.I.T.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008 y Registro Oficial 490, Suplemento, de 13 de julio de 2011. Actualizado al 22 de septiembre del 2016.
- Corte Nacional de Trabajo Argentina Sala II. Cresta vs Arcos Dorados S.A. 2005-863. Sentencia 2005. Recuperado el 22 de Noviembre de 2016 de: <https://studylib.es/doc/4576404/la-carga-probatoria-de-la-discriminaci%C3%B3n-laboral-por-eugenia>
- De Buen Lozano, N. (2012). *Derecho del Trabajo*. México DF: Porrúa.
- De la Cueva, M. (2011). *El nuevo derecho mexicano del trabajo*. México DF: Porrúa.
- Declaración de los derechos del hombre. (1789). Texto final el 26 de agosto de 1789. Recuperado el 18 de Septiembre de 2016 de: <http://www.fmmeducacion.com./Historia/Document/1789derechos.htm>.
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua, (2016). La discriminación. Madrid: Espasa libros. Recuperado el 15 de septiembre 2016 de: <http://dle.rae.es/?id=DtHwzw2>.
- Discriminación en materia de empleo y ocupación (1962). Registro oficial 219, suplemento 30 de julio de 1962. Actualizado al 02 de octubre del 2016.
- Echandia, D. (1981). *Teoría general de la prueba*. Buenos Aires: Víctor de Zabala. Recuperado el 03 de enero 2017 en: <http://es.slideshare.net/rubenradaescobar/teoria-general-de-la-prueba-judicial-tomo-ii-hernando-devis-echandia>.

- Fernández, C. (2015). *El despido nulo y la lesión de los derechos constitucionales. Informes Laborales actualidad empresarial*. 6(335), 4-6. Recuperado el 20 de octubre 2016 en: https://s3-sa-east-1.amazonaws.com/mafirma-noticias2/2015-10-14/151014_46.pdf
- García, I. (1994). *Prueba y proceso laboral*. Madrid: ACARL . Recuperado el 18 de octubre 2016 de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1426774.pdf>.
- Gill, A. (2010). Cargas probatorias dinámicas una solución ante la dificultad probatoria. (s.l): *IusNovum*. 3. Recuperado el 5 de diciembre 2016 de: https://app-vlex-com.bibliotecavirtual.udla.edu.ec/?r=true#WW/search/content_type:4/carga+de+la+prueba+dinamica/vid/282799131.
- Juárez, M.(2009). *Acciones afirmativas*. México D.F: Consejo Nacional para prevenir la discriminación. Recuperado el 12 de enero 2017 de: http://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/AA_MSJ.pdf.
- Khedayán, E. (2011). La carga de la prueba de la discriminación laboral en el derecho argentino y la influencia de la jurisprudencia española. *Revista trabajo y seguridad social*. 4. Recuperado el 6 de diciembre 2016 de: https://app-vlex-com.bibliotecavirtual.udla.edu.ec/?r=true#WW/search/*/eugenia+khedayan/WW/vid/631513874.
- Lanas, E. (2010). La prueba en demandas laborales por discriminación. *Foro*, No14, (pp69-89). Recuperado el 20 de marzo 2016 de: <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2978/1/05-Lanas.pdf>
- Ley 11/1994 Estatuto de los trabajadores. (1994). Boletín Oficial del Estado 122, suplemento, 23 de mayo de 1994. Actualizado diciembre 2016.
- Ley 62-2003 Medidas fiscales, administrativas y del orden social. (2003). Boletín oficial del Estado 313. Suplemento, 31 diciembre del 2003. Actualizada 14 de diciembre 2016.
- Ley 9/2003 para la igualdad entre mujeres y hombres. (2003) Boletín oficial del Estado 110, suplemento, 8 de mayo de 2003. Actualizado 14 de diciembre 2016.

- Ley Orgánica de Justicia Laboral (2015). Registro Oficial 483, suplemento 20 de abril del 2015. Actualizado al 02 de octubre de 2016.
- Ley Orgánica para la promoción del trabajo juvenil, regulación excepcional de la jornada de trabajo, cesantía y seguro de desempleo. (2016). Registro oficial 720, suplemento, 28 de marzo del 2016. Actualizado 14 de Diciembre del 2016.
- Mayorga, J. (2008). *Doctrina, teoría, practica en materia laboral*. Cuenca: Carrión
- Mine, M. (2003). *Los conceptos de discriminación directa e indirecta*. Francia Recuperado el 17 de octubre 2016 de: www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/02_Key_concepts/2003_Mine_ES.pdf.
- Montalvo, A. (2016). El despido ineficaz, el despido por discriminación y otras figuras legales. (s.l): *Infocsi*. (2). Recuperado el 20 de noviembre 2016 de:http://www2.ucsg.edu.ec/infocsi/dmddocuments/empresa_ley.pdf
- ORD. 3704/134 Principio a la no discriminación. (2004). Publicado 11 de agosto de 2004. España. Recuperado el 02 de Octubre de 2016 de: <http://www.dt.gob.cl/legislacion/1611/w3-article-68527.html>.
- Organización de Naciones Unidas. (1965). Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial: Resolución 2106^a 21 de diciembre de 1965. Recuperado el 15 de Octubre del 2016 de <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>.
- Organización Internacional del Trabajo. (1958). Convenio 111 sobre la discriminación, empleo y ocupación 15 de junio de 1960. Recuperado el 20 de Septiembre de 2016 de http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312256:NO.
- Pasten, G. (2004). *Aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba en el Derecho del Trabajo, Doctrina Laboral y Previsional*. Buenos Aires: Errepar.
- Perez, J. (2008). Probar la discriminación. Una mirada a las normas sobre la carga de la prueba en la ley de igualdad. En Carpi, F. y Ortells, M.

- (Coords.), *Oralidad y escritura de un proceso eficiente* (pp 211-223). Valencia: ISBN. Recuperado el 7 de diciembre 2016 de: www.uv.es/coloquio/coloquio/comunicaciones/tp6per.pdf
- Peyrano, J. (2004). *Derecho procesal civil*. Lima: Ediciones jurídicas Lima. Recuperado el 22 de octubre 2016 de: https://app-vlex-com.bibliotecavirtual.udla.edu.ec/#WW/search/jurisdiction:ES+content_type:4+source:1982/peyrano/WW/vid/444447.
- Quispe, G. y Mesinas, F. (2009). *El despido en la jurisprudencia judicial y constitucional*. Lima: Ara.
- Rodríguez, J. (2007). ¿Qué es la discriminación y como combatirla. En Carbonell, M. Rodríguez. García, R. y Gutiérrez, R (Coords.), *Discriminación, igualdad y diferencia política*. México: Comisión de derechos humanos.
- Sánchez, M. Hernández, L. Silva, G. (2007). *Un acercamiento a la discriminación. De la teoría a la realidad en el estado de México*. México DF: Comisión de Derechos Humanos del Estado de México.
- Talavera, P. (2009). *La prueba*. Lima: AMAG. Recuperado 10 de enero 2017 de: http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/dere_pen_proce_penal/la_prueba_nuev_proc_penal.pdf
- Thayer, W. y Novoa, P. (2009). *Manual del derecho del trabajo*. (3ª. ed). Santiago de Chile: Jurídica de Chile.
- Uriarte, A. (2007). La inversión de la carga de la prueba. En Pico, J. y Abel, X. (Coords.), *Objeto y carga de la prueba*. (s.l): Bosh. Recuperado el 29 de noviembre 2016 de: <https://app-vlex-com.bibliotecavirtual.udla.edu.ec/#WW/sources/1982>.