

La prueba en demandas laborales por discriminación

*Elisa Lanas Medina**

RESUMEN

Resulta muy complicado iniciar una demanda o acción por discriminación en el ámbito laboral, debido principalmente a que dicha conducta se encuentra generalmente encubierta, además porque es el empleador el que tiene en su poder los medios de prueba. Por tales motivos, es de vital importancia mejorar los mecanismos de prueba en demandas o acciones por discriminación en material laboral, para así garantizar efectivamente el derecho a la igualdad de trato que se encuentra contemplado en la Constitución de la República del Ecuador y en instrumentos internacionales suscritos por nuestro país.

PALABRAS CLAVE: igualdad, discriminación, acción de protección, carga de la prueba.

SUMMARY

It is very difficult to start a claim or action for discrimination in the workplace, primarily because such conduct is generally covert, and also because it is the employer who is in possession of the evidence. For these reasons, it is vital to improve the mechanisms of proof in claims or actions in the labor field, thus effectively guaranteeing the right to equal treatment that is referred in the Constitution of the Republic of Ecuador and in international instruments signed by this country.

KEY WORDS: equality, discrimination, protective action, burden of proof.

FORO

* Abogada y doctora en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito; doctora en Derecho, con mención en Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad de Valencia. Docente del Área de Derecho de la UASB, Sede Ecuador.

INTRODUCCIÓN

La discriminación por sexo, raza, ciudadanía, discapacidad, religión, opción sexual u otros motivos es un problema serio y delicado que la mayoría de Estados democráticos en el mundo han tratado de eliminar, o por lo menos reducir por medio de planes y políticas públicas, legislación y jurisprudencia. Especial atención merece el intento por establecer iguales condiciones en el lugar de trabajo. Pese a este esfuerzo, la persona que ha sido víctima de discriminación tiene por delante un tortuoso camino para intentar que su derecho a la igualdad sea respetado, o por lo menos para exigir la indemnización correspondiente por los efectos nocivos que tal o tales conductas produjeron en su vida. Una de las más grandes dificultades es la de probar dicho comportamiento, puesto que en la mayoría de los casos está escondido detrás de otros motivos.

Probar discriminación es siempre complicado, y en ocasiones casi imposible. Frente a esto, un demandante de discriminación en alguno de los países de la Unión Europea tiene el beneficio de contar con normas comunitarias que facilitan este tipo de trámites,¹ las que han sido desarrolladas en algunos casos por legislaciones internas y en otros por la jurisprudencia de los más altos tribunales de cada país. Este es el caso de España, que desde la entrada en vigencia de la normativa comunitaria aplicó a través de las decisiones de sus tribunales de justicia las disposiciones de igualdad de trato, y hoy se encuentra discutiendo en los órganos legislativos un Proyecto de Ley para la Igualdad de Trato y la no Discriminación.

En nuestro entorno se encuentra presentado con fecha 18 de noviembre de 2010 en la Asamblea Nacional el Proyecto de Ley de igualdad entre las mujeres y hombres y personas de diversa condición sexogenérica, preparado por la Comisión de

1. La Unión Europea tiene legislación considerable y de larga duración en materia de discriminación. Así, la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que es la refundición de las siguientes directivas: la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción de profesionales, y a las condiciones de trabajo, y la Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social, han sido modificadas de forma sustancial. La Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos, y la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo. Por otro lado, la Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio de 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico [<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:180:0022:0026:ES:PDF>].

Transición del Consejo Nacional de Igualdad de Género; este es un importante esfuerzo en el enfrentamiento contra la discriminación.

Los esfuerzos por enfrentar la discriminación laboral tienen que cubrir varios frentes, principalmente están la prevención y educación, que posiblemente constituyan acciones más efectivas que la sanción; no obstante, esta última se hace necesaria para intentar frenar las actitudes que hoy por hoy afectan al derecho a la igualdad de las y los ecuatorianos. En ese sentido, la legislación nacional va abriendo cauces procesales para enfrentar la discriminación; no obstante, la especial atención que debe otorgarse a la carga de la prueba en estos procesos es vital para lograr efectivos resultados en este tema.

DISCRIMINACIÓN LABORAL EN LA LEGISLACIÓN

La mayoría de sistemas legales en el mundo garantizan la no discriminación e iguales oportunidades en el trabajo. Ecuador tiene normas específicas al respecto. Así, el inciso cuarto del art. 329 de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CE), establece que “[l]os procesos de selección, contratación y promoción laboral se basarán en requisitos de habilidades, destrezas, formación, méritos y capacidades. Se prohíbe el uso de criterios e instrumentos discriminatorios que afecten la privacidad, la dignidad e integridad de las personas”.

Esta disposición es la concreción en materia laboral del principio recogido en el art. 11 de la Carta Magna, que determina la igualdad y el mismo goce de derechos, deberes y oportunidades para todas las personas, con la correspondiente prohibición de actos de discriminación que respondan a factores como “etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología filiación política, pasado judicial, condición socioeconómica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física”, u otra diferencia no atribuible a causas objetivas y razonables (inc. 2, art. 11.2, CE).

En el ámbito internacional, Ecuador ha suscrito dos convenios de la OIT en materia de discriminación. El primero de ellos es el Convenio 100 sobre Igualdad de Remuneración, adoptado en 1951 y ratificado por Ecuador el 11 de marzo de 1957; el segundo es el Convenio 111 sobre la Discriminación (empleo y ocupación), ratificado por Ecuador el 10 de julio de 1962, que en su art. 1 define el término *discriminación* de la siguiente manera:

a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;

b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.²

El mismo artículo aclara que las diferencias basadas en requisitos solicitados para un determinado puesto de trabajo no han de ser consideradas como discriminación.

En aplicación a los instrumentos arriba mencionados, el Código del Trabajo ecuatoriano (en adelante CT) prohíbe la discriminación al tratar de la remuneración y sus garantías, en los siguientes términos:

Art. 79. *Igualdad de remuneración.* A trabajo igual corresponde igual remuneración, sin discriminación en razón de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma, religión, filiación política, posición económica, orientación sexual, estado de salud, discapacidad, o diferencia de cualquier otra índole; mas, la especialización y práctica en la ejecución del trabajo se tendrán en cuenta para los efectos de la remuneración.

Aparte de la disposición transcrita, se han dictado normas en Ecuador, tendentes a frenar la discriminación sobre todo de mujeres y de personas con discapacidad en el ámbito laboral, como la Ley de Amparo Laboral³ que pretendía una mayor incorporación de mujeres al mundo laboral por medio de la fijación de cuotas; pero dicho intento resultó infructuoso porque no se respetaron los mínimos establecidos y posteriormente la norma fue reformada, eliminándose los porcentajes. Por su parte, la Ley sobre Discapacidades y su respectivo reglamento incorporan también disposiciones en materia de trabajo, tendentes a mejorar la cantidad y calidad de empleo para las personas con discapacidad.

Pese a los esfuerzos realizados por iniciativas privadas y por el Estado, el momento actual trae nuevas exigencias en materia de respeto a las diferencias y no discriminación. En ese sentido, el Proyecto de Ley de igualdad entre las mujeres y hombres y personas de diversa condición sexogenérica⁴ incorpora conceptos que son con-

2. Art. 1 del Convenio 111 de la OIT. Disponible en [<http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C111>].

3. R.O. 124, de 6 de febrero de 1997. Reformada con fecha 18 de febrero de 2000.

4. Presentado a consideración de la Asamblea Nacional el 18 de noviembre de 2010. Disponible en [<http://docu->

cordantes con las definiciones que disposiciones internacionales⁵ tienen en esta materia, y divide a la discriminación en directa e indirecta, en los siguientes términos:

Art. 8. Definición de discriminación directa o indirecta

Para efectos de esta ley se considera discriminación directa por razón de sexo o de género la situación en que un acto, omisión o patrón sociocultural establezca explícitamente, en una circunstancia comparable o de igual valor, un trato desfavorable para una persona o grupo de personas de un sexo o un género respecto a otra persona o grupo de personas.

Se considera discriminación indirecta por razón de sexo o de género la situación en que un acto, omisión o patrón sociocultural aparentemente neutro tenga por resultado poner a personas de un sexo o de un género en desventaja particular con respecto a personas o grupo de personas.

El mencionado Proyecto de Ley aporta más elementos para configurar la discriminación, y en ese sentido, señala en su art. 9 que sin importar si dicha injustificada diferenciación es temporal o permanente, aislada, sistemática o generalizada, debe ser combatida o sancionada si hubiera producido efectos nocivos en la vida de quien la ha sufrido.

El mismo artículo determina también que los actos que se señalan a continuación constituyen discriminación:

- a) El trato igual cuando hay que reconocer, proteger y valorar la diferencia.
- b) El trato diferente cuando hay que tratar igual.
- c) El acoso, entendiéndose por tal cualquier conducta realizada en función del sexo, género o ambas condiciones, con el objeto o el resultado de atentar contra su dignidad o de crear un entorno intimidatorio, hostil, humillante, ofensivo o segregador.
- d) Cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.
- e) Se considerará discriminatorio en cualquier ámbito la violencia de género.

mentacion.asambleanacional.gov.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/8954a944-d69f-4457-8196-3feab7c56b1/Ley%20de%20Igualdad%20entre%20las%20Mujeres%20y%20Hombres%20y%20Personas%20de%20Diversa%20Condic%C3%B3n%20Sexo%20Gen%C3%A9rica].

5. En ese sentido, la Convención sobre eliminación de toda discriminación contra la mujer (conocida como CEDAW), ratificada por Ecuador y publicada en el R.O. Suplemento 153 de 25 de noviembre de 2005; la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, ratificada por Ecuador y publicada en el R.O. 556 de 1 de abril de 2005; y pese a no ser aplicable, la normativa comunitaria europea que es la que hace la distinción entre discriminación directa e indirecta.

En ese orden, el art. 10 del Proyecto de Ley señala los comportamientos con respecto a los cuales se ha de presumir discriminación, presunción que genera en quien es acusado de discriminar la obligación de probar que no hubo tal intención.

1. Cuando se distinga, restrinja, excluya o prefiera en razón del sexo o condición sexogenérica de una persona.
2. Cuando recaiga principalmente en mujeres, o personas de diversa condición sexogenérica, una situación de desventaja y/o exclusión.
3. Cuando haga una diferenciación explícita entre mujeres y hombres, o personas de diversa condición sexogenérica, que limite el goce de un derecho humano.
4. Cuando cree un privilegio en función del sexo, o la condición sexogenérica de una persona, que limite el goce de sus derechos.⁶

No obstante la valoración muy positiva de la incorporación de conceptos modernos y garantías para el cumplimiento del derecho a la igualdad y no discriminación en el Proyecto de Ley de igualdad entre las mujeres y hombres y personas de diversa condición sexogenérica, es importante hacer notar que la discriminación no afecta solo a las mujeres, sino que existen muchos otros colectivos que la sufren, aunque es absolutamente cierto que los efectos perniciosos de conductas y prácticas discriminatorias afectan gravemente a la sociedad y su conjunto cuando se refieren a las mujeres, no solo porque representamos más de la mitad de la población, sino porque las consecuencias se ven multiplicadas en nuestras vidas y en las de quienes dependen de nosotras.

En ese sentido, soy más proclive a pensar que la definición y enfrentamiento de la discriminación en la legislación ecuatoriana debería incluir a todos los grupos humanos que han sido víctimas, que mantienen tal condición en la actualidad o que potencialmente pueden serlo, que a manera ejemplificativa podrían ser los contemplados en el art. 11.2, inc. 2, de la CE.

En esa línea, el anteproyecto español de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación, establece en su art. 2 el ámbito subjetivo de aplicación de la ley por medio de la prohibición de discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, enfermedad, lengua o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.⁷

6. Art. 10 del Proyecto de Ley de igualdad entre las mujeres y hombres y personas de diversa condición sexogenérica.

7. La excepción que se prevé a la regla general de no discriminación está prevista por razones de edad cuando así venga autorizado por norma con rango de ley, o cuando resulten de decisiones generales de las administraciones públicas destinadas a proteger a los menores de edad, a los mayores o a grupos de población necesitados de acciones específicas para mejorar sus condiciones de vida o favorecer su incorporación al trabajo o a distintos bienes y servicios esenciales.

En la relación laboral, las conductas de discriminación más comunes se verifican en supuestos en que, por ejemplo, una persona acude en búsqueda de empleo y no es contratada, no porque no reúna los requisitos de la oferta laboral sino por su apariencia, género, edad, etc., siempre que estos elementos no sean determinantes para el trabajo que realizaría. Otro supuesto es el de un trabajador que cree ser merecedor de una promoción o ascenso, pero no lo obtiene por razones que no encuentran explicación en sus habilidades y experiencia laboral. También son lamentablemente muy comunes los casos de despido por motivos sindicales, embarazo, enfermedad u otros no relacionados con la función que se desempeña en la empresa. Finalmente, merece la pena mencionar la disparidad que existe en la percepción de remuneración, motivada generalmente por razón de sexo.

Frente a conductas discriminatorias, el Estado ecuatoriano ha promovido paulatinamente normas, políticas, planes y acciones encaminados a evitarlas, frenarlas o castigarlas. A continuación, una revisión de los principales mecanismos que se activan a través de acciones de los propios afectados.

GARANTÍAS DE PROTECCIÓN CONTRA LA DISCRIMINACIÓN LABORAL

La importancia que un país concede a un derecho específico puede ser apreciada de diferentes formas. Una de ellas es cuán fácil o difícil es para una persona o grupo obtener el respeto o la restitución de un derecho garantizado por la legislación nacional, por medio de una demanda o acción ante el sistema judicial respectivo.

En opinión del tratadista español Ignacio García-Perrote,⁸ el Derecho del trabajo –con el paso del tiempo– se fue consolidando como una ciencia independiente del Derecho civil de donde nació, por medio de la creación de valores y principios propios; en ese sentido, los pilares básicos de dicha consolidación fueron los siguientes: en primer lugar, se conformó un proceso especializado (el proceso laboral), con rasgos y características propias. En segundo lugar, se dotó a los hechos apreciados por los órganos de fiscalización y control del incumplimiento de sus normas (la inspección del trabajo) de presunción de certeza y veracidad, lo que no solo tiene consecuencia en el seno del proceso administrativo, sino, aunque en menor medida, también en el proceso laboral. En tercer lugar, y a la vista de las dificultades de prueba que tenían los trabajadores para beneficiarse de normas que buscaban su tutela y protección en situaciones de “desgracia”, se incorporó a los textos sustantivos ciertas

8. Ignacio García-Perrote, “Prueba y proceso laboral”, en *Derecho privado y Constitución*, No. 4, Madrid, 1994, p. 168.

reglas con importantísimas consecuencias en materia probatoria –las llamadas presunciones legales *iuris tantum*–.

En ese sentido, el principio de *igualdad procesal* ha de ser entendido en conexión con la naturaleza del ordenamiento laboral, que se caracteriza por un sentido compensador e igualador de las desigualdades que subyacen a las posiciones del trabajador y empleador, que tiene su fundamento no solo en la distinta condición económica de ambos sujetos, sino en su respectiva posición en la propia y especial relación jurídica que los vincula. En definitiva, el principio de igualdad, sin perder su significación, adquiere especiales matices en el proceso laboral, para lograr la igualdad sustancial.⁹

En atención a ello, progresivamente se ha ido incrementando la separación entre el proceso laboral y el civil, hasta el punto de poder afirmar que la supletoriedad de este es más teórica que real;¹⁰ queda pendiente, no obstante, la imperiosa necesidad en el país de contar con un Código de Procedimiento Laboral propio y separado del código sustantivo de la materia.

En el proceso laboral ecuatoriano, desde la reforma incorporada por la Ley 2003-13 publicada en el R.O. 146 de 13 de agosto de 2003, las demandas relativas a la relación laboral siguen un trámite que no tiene similar en materia civil, puesto que entre las principales diferencias presenta la de sustanciarse en gran medida por vía oral, con particularidades como las que rige la concentración de la actividad procesal, se asegura la libre valoración de la prueba por el órgano judicial,¹¹ se reconoce el papel más activo y de dirección material al juez laboral,¹² y se observa una importante modificación del principio dispositivo.¹³

9. Ignacio García-Perrote, “Prueba y proceso laboral”, p. 170.

10. Art. 6, CT. Leyes supletorias CT. En todo lo que no estuviere expresamente prescrito en este Código, se aplicarán las disposiciones de los códigos Civil y de Procedimiento Civil.

11. Art. 593. Criterio judicial y juramento deferido CT. En general, en esta clase de juicios el juez y los tribunales apreciarán las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica, debiendo deferir al juramento del trabajador cuantas veces este necesite probar el tiempo de servicios y la remuneración percibida, siempre que del proceso no aparezca otra prueba al respecto, capaz y suficiente para comprobar tales particularidades.

12. Art. 585, inc. 5, CT. El juez también tendrá plenos poderes y amplias facultades para exigir que se cumpla con todo lo atinente al procedimiento oral, incluso en lo relativo a las actuaciones de las partes y los principios señalados en la Constitución Política de la República, especialmente el de lealtad procesal.

13. Art. 577, CT. *Solicitud y práctica de pruebas*. En la misma audiencia las partes solicitarán la práctica de pruebas como la inspección judicial, exhibición de documentos, peritajes y cualquier prueba que las partes estimen pertinentes, en cuyo caso el juez señalará en la misma audiencia el día y hora para la práctica de esas diligencias, que deberán realizarse dentro del término improrrogable de veinte días. Quien solicite la práctica de estas pruebas deberá fundamentar su pedido en forma verbal o escrita ante el juez en la misma audiencia. Para su realización habrá un solo señalamiento, salvo fuerza mayor o caso fortuito debidamente calificados por el juez de la causa. *En juez de oficio, podrá ordenar la realización de pruebas que estime procedentes para establecer la*

Como sostiene el profesor laboralista español¹⁴ –válido para el proceso laboral ecuatoriano–, es preciso mantener estrechas relaciones entre el juez laboral y los elementos de convicción (partes, testigos, peritos, etc.), lo que permite desarrollar una “atmósfera adecuada” para un sistema de valoración judicial “crítica” de las pruebas. Esto significa, por otro lado, que el proceso oral se sustancie en una audiencia definitiva precedida por diligencias controladas y cercanas en el tiempo¹⁵ con el objetivo de no perder los beneficios de la relación directa entre el juez y los elementos de prueba.

Ahora bien, pese a las sustanciales modificaciones establecidas al proceso laboral, quizá el elemento que menos ha sufrido variación tiene que ver con la carga de la prueba que, como se verá en su momento, con algunas alteraciones, sigue las reglas contenidas en los arts. 113 y siguientes del Código de Procedimiento Civil (CPC); esto es –sucintamente– que quien alega debe probar sus afirmaciones.

Tratándose de discriminación, el Código del Trabajo ecuatoriano no establece un procedimiento específico, algo que sí hacen legislaciones como la española; el nuestro únicamente prevé mayores indemnizaciones en los supuestos de despido intempestivo cuando se hubiere verificado la separación del trabajador o trabajadora, encontrándose este en alguna de las siguientes circunstancias objetivas: embarazo de la trabajadora (art. 154, CT),¹⁶ enfermedad o incapacidad (art. 179, CT), o actividad sindical de negociación colectiva o constitución de sindicato (arts. 233 y 452, CT). En estos supuestos, la legislación determina de forma directa que el despido declarado intempestivo acredita además un pago mayor debido a que se asume su motivación en causas relacionadas con la condición personal de quien fue despedido. Este criterio, más que responder a valoraciones antidiscriminatorias, puede tener su razón, en los dos primeros casos a la especial vulnerabilidad de los trabajadores despedidos, y en el tercero a la protección especial que en determinado momento concedió a los derechos laborales colectivos.

Por su parte, el Código Penal, tras la reforma incorporada mediante ley publicada en el suplemento al R.O. 555 de 24 de marzo de 2009, incluye un capítulo dedicado a los delitos de odio, y en uno de los artículos incorporados establece una sanción de

verdad de los hechos materia del juicio y el juez tendrá plenas facultades para cooperar con los litigantes para que estos puedan conseguir y actuar las pruebas que soliciten... (la cursiva es mía).

14. Ignacio García-Perrote, “Prueba y proceso laboral”, p. 174.

15. Esta aseveración debe ser matizada ante la realidad de los juzgados de Trabajo de las ciudades grandes del Ecuador, donde debido al elevado número de causas que ingresan, entre la aceptación a trámite de la demanda y el señalamiento de la audiencia preliminar pueden mediar varios meses, y entre esta y la audiencia definitiva otros tantos más.

16. En ese sentido, la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Social y Laboral de 7 de noviembre de 1994.

prisión de uno a tres años para aquel que, en ejercicio de actividades profesionales, mercantiles o empresariales, niegue a una persona un servicio o una prestación a la que tenga derecho, o excluya a una persona, niegue, vulnere o restrinja los derechos consagrados en la Constitución, por razón del color de su piel, su raza, religión, origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad sexual, edad, estado civil o discapacidad.

De manera más específica y aplicable a la relación laboral, el mismo Código Penal, en su art. 511-A,¹⁷ sanciona con prisión de seis meses a dos años a quien solicite favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente, religiosa o similar, con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima, o a su familia, un mal relacionado con las legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito de dicha relación.

Ahora bien, cómo enfrentar acciones u omisiones discriminatorias que se produzcan o no en el ámbito laboral y que no tengan contenido sexual, o que teniéndolo, la víctima no quiera acudir a la vía penal en búsqueda de protección. A este respecto, la CE, siguiendo los criterios actuales en materia de protección de los derechos reconocidos constitucionalmente, garantiza en su art. 86 a los particulares que pueden ser personas, grupos, comunidades, pueblos o nacionalidades, la posibilidad de presentar acciones jurisdiccionales cuando consideren que uno o varios de los derechos constitucionales les están siendo conculcados.

En el artículo 88, la Constitución ecuatoriana establece la acción de protección contra actos u omisiones de autoridades públicas no judiciales, contra políticas públicas y contra decisiones de personas particulares, siempre y cuando se cumplan determinadas circunstancias. Una de las precondiciones que habilita el inicio de la acción de protección es haber sido víctima de actos de discriminación.¹⁸

Para la acción de protección, igual que para el resto de garantías constitucionales, se previó un procedimiento rápido y de importante intermediación entre las partes, que si bien exige un trámite que se encuentra determinado en la misma Constitución y en la ley de desarrollo, tiene como principal objetivo el de atender de forma eficaz y satisfactoria las demandas de vulneración de derechos presentadas, y en ese sentido

17. Artículo agregado por Ley No. 105, publicada en el R.O. 365 de 21 de julio de 1998, y posteriormente sustituido por Ley No. 2, publicada en el R.O. 45 de 23 de junio de 2005.

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

requiere muchas menos formalidades que otros procesos. Así, el mismo art. 86 de la Carta Fundamental establece que una vez presentada la acción, el juez que la conozca deberá convocar inmediatamente a una audiencia pública y queda habilitado para ordenar la práctica de pruebas y designar comisiones para obtenerlas en cualquier estado de la causa.

En desarrollo de la disposición constitucional, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece entre los artículos 39 y 42 el objeto, los requisitos, procedencia y legitimación pasiva, y la improcedencia de la acción de protección.

La acción de protección¹⁹ tiene por objeto el amparo directo y oportuno de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos que no estén amparados por las otras garantías constitucionales.

Para poder presentar una acción de protección es preciso que concurren tres requisitos. A saber, que exista una violación a un derecho constitucional, es decir que dicho derecho que se cree vulnerado se encuentre reconocido por la Carta Magna; que la supuesta violación provenga de autoridad pública o de un particular, bajo las condiciones establecidas para este supuesto; y, finalmente, que no exista otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho supuestamente violado.²⁰ Sobre este particular, y por cuanto la norma constitucional no ha establecido tal restricción, no es preciso que se agoten previamente instancias administrativas o judiciales para acudir a la jurisdicción constitucional en búsqueda de tutela.

La acción de protección procede contra políticas públicas nacionales o locales y con respecto a actos u omisiones provenientes de autoridades públicas no judiciales, prestadores de servicios públicos y personas naturales o jurídicas del sector privado, siempre que ocurra al menos una de las siguientes circunstancias:

- a) Presten servicios públicos impropios o de interés público;
- b) presten servicios públicos por delegación o concesión;
- c) provoque daño grave;
- d) la persona afectada se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo.

19. Al respecto, un interesante estudio sobre la acción de protección en Pablo Alarcón, “Residualidad: elemento generador de la ordinarización de la acción de protección”, en Claudia Escobar, edit., *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010, pp. 559-605.

20. Art. 40 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

e) todo acto discriminatorio cometido por cualquier persona.²¹

Como se puede ver del texto transcrito, una de las circunstancias que habilitan la presentación de una acción de protección son las conductas de cualquier persona que pueda percibirse como discriminatoria. No obstante la gravedad que individualmente contiene el acto discriminatorio, una acción de protección en el ámbito laboral también podría acusar como circunstancia configuradora la del estado de subordinación en que se encuentra el trabajador frente al empleador.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece unos *filtros* o limitaciones para la presentación de estas acciones, con el propósito de frenar una masiva utilización de esta garantía en pretensiones menos importantes que bien pueden seguir otros procedimientos; en ese sentido, el art. 42 de la ley determina la inadmisibilidad de la acción en los siguientes casos:

1. Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales.
2. Cuando los actos hayan sido revocados o extinguidos, salvo que de tales actos se deriven daños susceptibles de reparación.
3. Cuando en la demanda exclusivamente se impugne la constitucionalidad o legalidad del acto u omisión, que no conlleven la violación de derechos.
4. Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz.
5. Cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho.
6. Cuando se trate de providencias judiciales.
7. Cuando el acto u omisión emane del Consejo Nacional Electoral y pueda ser impugnado ante el Tribunal Contencioso Electoral.

A la vista de los antecedentes constitucionales y legales expuestos, cabe admitir la acción de protección como un mecanismo constitucional que puede interponerse frente a actos u omisiones que tengan un componente discriminatorio dentro de la relación laboral, sin necesidad de que para ello se hayan agotado las instancias administrativas y judiciales correspondientes.

Este criterio se ve corroborado en el Proyecto de Ley de igualdad entre las mujeres y hombres y personas de diversa condición sexogenérica, que al hablar de la garantía jurisdiccional de derecho a igualdad y no discriminación (art. 40) establece que cualquier persona está habilitada para proponer las acciones previstas en la

21. Art. 41 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley, en caso de violación a este derecho.

El art. 41 del mismo Proyecto de Ley completa el enunciado anterior por medio de la facultad que concede a cualquier persona para acudir a los tribunales para demandar la protección efectiva del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres y personas de diversa condición sexogenérica de acuerdo con lo establecido en la Constitución, incluso, tras la terminación de la relación en la que supuestamente se ha producido la discriminación, señalando además que la capacidad y legitimación para intervenir en los procesos civiles, penales y contencioso-administrativos que versen sobre la defensa de este derecho corresponden a las personas naturales y jurídicas con interés legítimo, determinadas en las leyes reguladoras de estos procesos y al Consejo Nacional de las Mujeres y de la Igualdad de Género, con la única excepción de las denuncias por acoso sexual y acoso por razón de sexo, que deberán ser necesariamente presentadas por la víctima del acoso.

Pese a que la disposición comentada no lo señala expresamente, serían aplicables en casos de discriminación en el ámbito laboral las reglas de legitimación válidas para el proceso civil, salvo la excepción contenida en el art. 381, inc. 3, del CT, relativa a la representación que tienen los padres de trabajadores menores de edad en juicio.

El art. 42 del Proyecto de Ley contempla la posibilidad de que una persona se encuentre ejerciendo una acción de protección y llegue a su conocimiento que existe otra acción con dimensión colectiva o grupal sobre la misma pretensión, en cuyo caso podrá suspender su demanda individual para unirse a la grupal; y de ser rechazada esta última por errores de forma, la individual podría reactivarse.

Hay que decir, no obstante, que no es común que en casos de discriminación laboral la víctima encuentre un grupo de personas demandando al mismo empleador por la misma causa; en estos casos los hechos son aislados, o siendo sistemáticos no son percibidos por las víctimas de la misma manera, o incluso siendo conscientes de la conducta discriminatoria, los trabajadores en ocasiones prefieren callar para no quedarse sin empleo. Es más frecuente que demandas de discriminación laboral se presenten de manera individual y una vez terminada la relación. En cualquier caso, de darse varias conductas discriminatorias en el ámbito laboral por parte del mismo sujeto activo, bien podrían acogerse los demandantes individuales a este artículo y adherirse en determinado momento a la causa conjunta.

DISTRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

La efectividad judicial de cualquier derecho es una cuestión íntimamente relacionada con su prueba. Quien ostenta un derecho tiende, consciente de lo expuesto, a garantizar esa prueba. Por ello, la distribución de la carga de la prueba se realiza, conforme a criterios de normalidad, considerando a quién le interesa la prueba de cada uno de los hechos jurídicos litigiosos.²²

En el proceso laboral suele entenderse que la distribución de la carga de la prueba se aviene a la regla común enunciada en el art. 113²³ y siguientes del CPC, en el sentido de imponer al demandante la carga de probar los hechos constitutivos del derecho que reclama y al demandado la de probar los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes.²⁴

Pese a ello, ciertas reglas, sobre todo las relativas a la participación del juez y a la valoración que este puede hacer de la prueba aportada, se han ido flexibilizando y admitiendo una actitud proactiva por parte del juzgador;²⁵ sin embargo, cuando el objetivo es acreditar actos u omisiones discriminatorios, las reglas existentes resultan, a menudo, insuficientes.

En efecto, si bien la norma laboral contempla una regla general dirigida a los funcionarios judiciales y administrativos, encaminada a favorecer al trabajador en caso

22. José Fernando Lousada, “La prueba de la discriminación y del acoso sexual y moral en el proceso laboral”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, No. 7, España, 2005, p. 321. Para una completa revisión sobre las reglas aplicables en general a la carga de la prueba y sus alcances, véase Hernando Devis Echandía, *Compendio de pruebas judiciales*, tomo I, Santa Fe (Argentina), 1984, pp. 227-272.

23. Art. 113, CPC. Es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio, y que ha negado el reo.

El demandado no está obligado a producir pruebas, si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa. El reo deberá probar su negativa, si contiene afirmación explícita o implícita sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada...

24. En ese sentido, la sentencia de casación No. 209, publicada en el R.O. 606 de 5 de junio de 2009, que en la parte pertinente señala textualmente: “...la demandada no se ha conformado con la aseveración del actor de que su vinculación es laboral, redarguyendo que esta es civil, por lo que le correspondía cumplir con la necesidad práctica de probar o sea de cumplir con la carga y que es lo que produce en materia laboral la reversión de la prueba a favor del trabajador y a cargo de la demandada, puesto que no se han aceptado los asertos del libelo inicial, razones que conducen a aprobar también en esta parte el criterio de la Corte Superior de Esmeraldas...”.

25. En ese sentido, las siguientes sentencias: expediente de casación 394, resolución publicada en el suplemento al R.O. 561 de 1 de abril de 2009; sentencia de la Corte Nacional de Justicia, Primera Sala de lo Laboral y Social, en el juicio deducido por María Ríos contra Ivonne Levoyer, publicada en la *Gaceta Judicial*, año CIX-CX, serie XVIII, No. 6, p. 2237, 28 de enero de 2009; y sentencia de la Corte Nacional de Justicia, Primera Sala de lo Laboral y Social, en el juicio seguido por María Chicaiza contra el Banco Ecuatoriano de la Vivienda, publicada en la *Gaceta Judicial*, año CVIII, serie XVIII, No. 5, p. 1997, 13 de septiembre de 2007.

de duda sobre el alcance de disposiciones legales, reglamentarias o contractuales,²⁶ y otras específicas en materia de prueba dentro del juicio laboral, por las que se faculta al juez a aceptar el juramento deferido del trabajador a efectos de probar el tiempo de trabajo y la remuneración percibida cuando no exista acuerdo entre las partes y no se presente otra prueba,²⁷ a colaborar con las partes en la obtención de pruebas vitales para el proceso que no estén en su poder,²⁸ e incluso a aceptar y valorar la prueba con criterios de equidad;²⁹ la carga de probar sigue siendo del demandante que generalmente es el trabajador.

Las dificultades que trae probar en juicio laboral la existencia de discriminación, se encuentran por una parte en el carácter manifiestamente escondido de las conductas discriminatorias, las que se suelen encubrir en actos y omisiones aparentemente lícitas o por lo menos no discriminatorias, lo que hace muy difícil, si no imposible, la comprobación del móvil o de la finalidad discriminatoria. Como se ha destacado en la doctrina comparada, dichas conductas “nunca se presentarán como tales, salvo supuestos extremos, sino enmascaradas y ocultas”.³⁰

Por otro lado, el entorno probatorio adverso que debe enfrentar el trabajador que demanda tutela de su derecho fundamental a no ser discriminado “sobre la base de la constatación de un mayor poder del empresario sobre la prueba, derivado de su acusada proximidad y dominio sobre las fuentes probatorias, que desnivela profundamente las facilidades de una y otra con respecto a la prueba de los hechos que avalan la pretensión del trabajador”.³¹

26. Art. 7, CT. Aplicación favorable al trabajador. En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, los funcionarios judiciales y administrativos las aplicarán en el sentido más favorable a los trabajadores.

27. Art. 593, CT. Criterio judicial y juramento deferido. En general, en esta clase de juicios, el juez y los tribunales apreciarán las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica, debiendo deferir al juramento del trabajador cuantas veces este necesite probar el tiempo de servicios y la remuneración percibida, siempre que del proceso no aparezca otra prueba al respecto, capaz y suficiente para comprobar tales particulares.

28. *Ibid.*, cita 9. Ignacio García-Perrote, “Prueba y proceso laboral”, en *Derecho privado y Constitución*, No. 4, Madrid, 1994, p. 168.

29. Art. 598. Datos que justifiquen el jornal o sueldo de la víctima. Si se tratare de demandas provenientes de riesgos del trabajo, el juez, de oficio o a solicitud de parte, en la providencia que ordene citar al demandado, mandará también que se agreguen todos los datos que justifiquen el jornal o sueldo mensual de la víctima del accidente o enfermedad profesional, y los informes a que se refieren los artículos 405, 406, 407 y 409 de este Código. Todos estos documentos se tendrán en cuenta para la conciliación en la audiencia, y en caso de no obtenerse, se apreciará el mérito de ellos sin necesidad de que sean reproducidos en el término de prueba.

Art. 600. Prueba de estado civil. El estado civil se probará de acuerdo con las prescripciones del derecho común, pero el juez tendrá la facultad de apreciar las circunstancias y tomar en cuenta cualquier clase de pruebas que, en su criterio, fueren suficientes.

30. Ignacio García-Perrote, “Prueba y proceso laboral”, p. 216.

31. Antonio Baylos, “La igualdad de las partes en el proceso laboral y la tutela judicial efectiva”, en *Revista del Colegio de Abogados de Concepción*, No. 5, Concepción, 1998, p. 46.

En efecto, en el proceso laboral, una de las partes de la relación jurídica procesal, el empleador, tiene una acusada proximidad y dominio sobre las fuentes de prueba, y por ello dispone de una mayor facilidad probatoria con respecto a los hechos de cuya acreditación depende el éxito de la pretensión del trabajador, mientras que este padece la contraria situación de dificultad para probar aquellos mismos hechos.

La dificultad que ha tenido y tiene probar determinados hechos explica, por ejemplo, que el ordenamiento jurídico haya atribuido un valor peculiar a la apreciación fáctica efectuada por el inspector del trabajo. Esta apreciación ha sido muy criticada por dejar abierta la puerta a la subjetividad, y ha funcionado y funciona principalmente en el procedimiento administrativo, y, en su caso, cuenta en el juicio laboral posterior como informe.³²

Respecto a los despidos intempestivos discriminatorios, aparte de las excepciones en los casos de embarazo, enfermedad o actividad sindical en que no es preciso demostrar que la separación se produjo por causas discriminatorias, sino únicamente que el empleador conocía de la existencia de una de las circunstancias señaladas, en el resto de supuestos la actividad probatoria es consustancial a la actuación procesal, siendo a la vez el “talón de Aquiles” de la garantía constitucional de no discriminación por la especial dificultad de su demostración.

Sobre este tema, a la vista de lo complejo que es probar actos de discriminación que provienen de particulares, y en atención a que el derecho a la no discriminación, además de estar garantizado por normas constitucionales forma parte del *iuscogens*, cuando el trabajador se siente discriminado de forma ilegítima, es necesario que se produzca una modificación de las reglas de la carga de la prueba.

Parte de la doctrina chilena que ha estudiado el tema,³³ ha señalado que no existe solo una técnica de aligeramiento probatorio, sino varias modalidades distintas que, sin embargo, sirven a un mismo objetivo: facilitar la posición probatoria por la vía de aligerar el esfuerzo probatorio del trabajador denunciante, atemperando, en algunos casos, los efectos del axioma central respecto de que corresponde probar un hecho a quien lo alega (carga de la prueba formal), o modificando, en otros, la circunstancia de que el costo por la falta de certeza plena en la acreditación de un hecho debe soportarlo aquel que lo afirma (carga de la prueba material).

32. Art. 589, CT. Informe del inspector del trabajo. Cuando el inspector hubiere conocido anteriormente del caso según el artículo 621 de este Código se tendrá por informe su resolución al conceder el visto bueno.

La falta de informe del inspector o de la citación de la demanda a este, no afecta a la validez del proceso.

33. José Luis Ugarte, “Tutela laboral de derechos fundamentales y carga de la prueba”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXIII, Valparaíso, II semestre de 2009, p. 218.

Sea que se opte por la flexibilización de la carga de la prueba formal o material, la doctrina es unánime en reconocer que este aligeramiento de la carga de la prueba para el demandante en casos de discriminación no puede conducir a defender una generalización de la inversión de la carga de la prueba en beneficio del trabajador, ni a eximirle o exonerarle de toda carga probatoria, bastando con que alegue pero sin necesidad de que pruebe, sino solo cuando los medios de prueba pertenezcan o estén en poder del empresario y el trabajador no tenga otra forma de probar los hechos de cuya prueba depende el éxito de la pretensión.

En estos casos, el trabajador tiene la obligación de aportar un “indicio razonable” de que el acto u omisión del empleador lesiona su derecho a la igualdad de trato, principio de prueba encaminado a dejar patente el motivo oculto de aquel; para ello no es suficiente una mera alegación, “sino que ha de acreditar la existencia de algún elemento que, sin servir para formar de una manera plena la convicción del tribunal sobre la existencia de actos u omisiones atentatorios contra el derecho fundamental, le induzca a una creencia racional sobre su posibilidad”.³⁴

A este respecto, será cada sistema legislativo y judicial el que deba definir el grado de intensidad en el indicio de prueba exigido al trabajador denunciante de discriminación. Incluso en el supuesto de no necesitarse datos que revelen una sospecha patente de vulneración del derecho fundamental, siempre habrá que superar un umbral mínimo de convencimiento, caso contrario, si se funda el reclamo en alegaciones meramente retóricas o falta la acreditación de elementos básicos para que la relación mínima entre el acto u omisión y la causa discriminatoria pueda distinguirse haciendo verosímil la inferencia, no se podrá pretender el desplazamiento del *onus probandi* al demandado.

Una vez configurado el cuadro indiciario requerido, es el empleador el que debe acreditar que su actuación tiene causas concretas que son totalmente diferentes a razones discriminatorias, así como que aquellas tuvieron la importancia suficiente como para adoptar la decisión, siendo este el único mecanismo para vencer la sospecha creada por los indicios. Por el lado del empleador se genera una auténtica carga probatoria que no quedará satisfecha con un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales, que a su vez deberá llevar al juzgador a la convicción de que tales causas han sido las únicas que motivaron la decisión empresarial. “En definitiva, el empleador debe probar que tales causas explican objetiva, razonable y pro-

34. Óscar Zas, “El despido discriminatorio”, en Juan Carlos Fernández Madrid, comp., *Revista Jurídica Argentina* tomo III, *Derecho del trabajo. Doctrinas esenciales 1936-2010*, Buenos Aires, La Ley, 2010, p. 416.

porcionalmente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquella ocultó la lesión del derecho del trabajador a no ser discriminado”.³⁵

Volviendo al proceso laboral ecuatoriano, como se mencionó en su momento, la demanda laboral que trae acusaciones de actos u omisiones discriminatorias no tiene un procedimiento diferente que el seguido para cualquier demanda proveniente de relaciones del trabajo de acuerdo a lo establecido en el art. 568, CT. A este respecto, es generalmente en las demandas por despido intempestivo donde pueden apreciarse, cada vez con un poco más de frecuencia, denuncias de discriminación. En ese sentido, y pese a que el Código de la materia no lo contempla expresamente, por medio de las reglas de mayor participación y de valoración equitativa de la prueba que concede al juez laboral, este podría imponer al empleador una mayor carga probatoria para desvirtuar dichas denuncias.

Como ya se mencionó en su momento, existen muchos otros supuestos que, sin llegar a configurar el despido del trabajador, pueden ser conductas calificadas como discriminatorias, piénsese en ascensos que no llegan a efectuarse pese a tener un trabajador los méritos para ello, o la simple diferencia de sueldos entre dos trabajadores igualmente cualificados que ejecutan la misma labor. Es más, no basta con que exista una relación laboral: puede incluso presentarse la posibilidad de que ante una oferta laboral, uno o varios de los candidatos estimen haber sido víctimas de discriminación; en esos supuestos y por cuanto la relación laboral no se ha verificado, es preciso buscar otra vía de reclamo por una presunta vulneración de derechos consagrados en la Constitución.

Como ya se hizo notar, se encuentra abierta la acción de protección en contra de actos u omisiones que vulneren derechos fundamentales y que provengan de personas o instituciones del sector privado cuando se trate de conductas discriminatorias. En mi opinión, esta es una vía expedita para buscar una rápida solución al derecho conculcado.

El art. 86, CE, establece un procedimiento común que han de seguir las demandas de garantías jurisdiccionales que señala que una vez presentada la acción, el juez que la conozca convocará inmediatamente a una audiencia pública y queda autorizado para ordenar la práctica de pruebas y la designación de comisiones para obtenerlas.

Aplica el mismo artículo un principio de presunción en la valoración de la prueba, al determinar que “[s]e presumirán ciertos los fundamentos alegados por la persona accionante cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no suministre información”.

35. *Ibid.*, p. 417.

Esta presunción de validez opera en los supuestos en que, habiendo sido la entidad pública demandada, ordenada por el juez que conoce la causa para que aporte información con respecto al caso que se está conociendo, se hubiere negado a ello; esta negativa será tenida en su contra. En mi opinión, no se cuidó la redacción de esta disposición, lo que ha venido a perjudicar y limitar su sentido, pues si la idea era hacer corresponsable al accionado por el aporte de pruebas para esclarecer el caso, y por la correspondiente sanción en caso de no contar con su atención favorable, la disposición debió ampliar dicha exigencia a las personas particulares de las que habla el artículo 88, CE.

Por su parte, la disposición contenida en el inc. 4 del art. 16 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional es más explícita al establecer la presunción de verdad de los hechos afirmados en la acción cuando la entidad pública requerida no demuestre lo contrario o no aporte la información solicitada, siempre que de otros elementos de convicción no resulte una conclusión divergente. Además, la misma disposición viene a subsanar la omisión del constituyente, aplicando la misma presunción de verdad a las alegaciones de discriminación o de violaciones a los derechos del ambiente o de la naturaleza también a los supuestos en que el accionado es un particular.

A este respecto, el Proyecto de Ley de igualdad entre las mujeres y hombres y personas de diversa condición sexogenérica, establece en su art. 4 que tratándose de los procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad. Reconocen también el papel activo del juzgador, el que, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes.

En mi opinión, pese a significar un gran adelanto la incorporación del principio de inversión de carga de la prueba en demandas de discriminación que bien pueden suscitarse con ocasión o como consecuencia de una relación laboral, es importante que este principio no se convierta en una puerta abierta a las más disparatadas y sin asidero denuncias; sino que ha de significar una obligación primera para el demandante de presentar alegaciones de las que se deduzca la existencia de indicios fundados y concretos de discriminación, y a partir de allí, será de carga del demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

CONCLUSIONES

- La definición y enfrentamiento de la discriminación en la legislación ecuatoriana debe incluir a todos los grupos humanos que han sido víctimas, que mantienen tal condición en la actualidad y que potencialmente pueden seguir siéndolo, que a manera ejemplificativa podrían ser los contemplados en el art. 11.2, inc. 2, CE.
- Cabe admitir la acción de protección como un mecanismo constitucional que puede interponerse frente a actos u omisiones que tengan un componente discriminatorio dentro de la relación laboral, sin necesidad de que para ello se hayan agotado las instancias administrativas y judiciales correspondientes.
- Una de las circunstancias que habilitan la presentación de una acción de protección son las conductas de cualquier persona, que pueda percibirse como discriminatoria. No obstante la importancia que individualmente posee el acto discriminatorio, una acción de protección en el ámbito laboral también podría contener como circunstancia configuradora la del estado de subordinación en que se encuentra el trabajador frente al empleador.
- En el proceso laboral, generalmente en las demandas por despido intempestivo es donde pueden apreciarse denuncias por discriminación. En ese sentido, y pese a que el Código de la materia no lo contempla expresamente, por medio de las reglas de participación y de valoración que concede al juez laboral, este podría imponer al empleador una mayor carga probatoria para desvirtuar dichas denuncias.
- Pese a significar un gran adelanto la incorporación del principio de inversión de carga de la prueba en demandas de discriminación que bien pueden suscitarse con ocasión o como consecuencia de una relación laboral, es importante que este principio no se convierta en una puerta abierta a denuncias sin fundamento, sino que ha de significar una obligación primera para el demandante de presentar alegaciones de las que se deduzca la existencia de indicios fundados y concretos de discriminación, y a partir de allí, será de carga del demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Alarcón, Pablo, “Residualidad: elemento generador de la ordinarización de la acción de protección”, en Claudia Escobar, edit., *Teoría y práctica de la justicia constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2010.
- Baylos, Antonio, “La igualdad de las partes en el proceso laboral y la tutela judicial efectiva”, en *Revista del Colegio de Abogados de Concepción*, No. 5, Concepción, 1998.
- García-Perrote, Ignacio, “Prueba y proceso laboral”, en *Derecho privado y Constitución*, No. 4, Madrid, 1994.
- Lousada Arochena, José Fernando, “La prueba de la discriminación y del acoso sexual y moral en el proceso laboral”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, No. 7, dedicado a psicología del testimonio y prueba pericial, Madrid, 2005.
- Rueda, Paul, “Aspectos procesales de la discriminación laboral por enfermedad”, en Víctor Bazán, coord., *Derecho procesal constitucional americano y europeo*, tomo II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2010.
- Ugarte Cataldo, José Luis, “Tutela laboral de derechos fundamentales y carga de la prueba”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXIII, Valparaíso, II semestre de 2009.
- Zas, Óscar, “El despido discriminatorio”, en Juan Carlos Fernández Madrid, comp., *Revista Jurídica Argentina*, tomo III, *Derecho del trabajo. Doctrinas esenciales 1936-2010*, Buenos Aires, La Ley, 2010.

Fecha de recepción: 27 de abril de 2011
Fecha de aprobación: 25 de mayo de 2011