



UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA INDOAMÉRICA
DIRECCIÓN DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO CONSTITUCIONAL

TEMA:

“PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES CON DISCAPACIDAD. ANÁLISIS DE LA COMPRA DE RENUNCIA CON INDEMNIZACIÓN EN EL SECTOR PÚBLICO, CONFORME A LA SENTENCIA No. 172-18-SEP-CC”.

Trabajo de titulación, modalidad estudio de caso, previo a la obtención del título de Magíster en Derecho, Mención Derecho Constitucional.

Autor(a): Domínguez Arcos María Alexandra

Tutor(a): Mgs. Milton Enrique Rocha Pullopaxi

QUITO – ECUADOR

2022

**AUTORIZACIÓN POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA,
REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL
TRABAJO DE TITULACIÓN**

Yo, María Alexandra Domínguez Arcos, declaro ser autora del Trabajo de Titulación con el nombre “Principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad. Análisis de la compra de renuncia con indemnización en el sector público, conforme a la Sentencia No 172-18-SEP-CC”, como requisito para optar al grado de Magíster en Derecho, Mención Derecho Constitucional y autorizo al Sistema de Bibliotecas de la Universidad Tecnológica Indoamérica, para que con fines netamente académicos divulgue esta obra a través del Repositorio Digital Institucional (RDI- UTI).

Los usuarios del RDI-UTI podrán consultar el contenido de este trabajo en las redes de información del país y del exterior, con las cuales la Universidad tenga convenios. La Universidad Tecnológica Indoamérica no se hace responsable por el plagio o copia del contenido parcial o total de este trabajo.

Del mismo modo, acepto que los derechos de autor, morales y patrimoniales, sobre esta obra, serán compartidos entre mi persona y la Universidad Tecnológica Indoamérica, y que no tramitaré la publicación de esta obra en ningún otro medio, sin autorización expresa de la misma. En caso de que exista el potencial de generación de beneficios económicos o patentes, producto de este trabajo, acepto que se deberán firmar convenios específicos adicionales, donde se acuerden los términos de adjudicación de dichos beneficios.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Quito, a los 14 días del mes de enero de 2022, firmo conforme:

Autor: María Alexandra Domínguez Arcos

Firma:

Número de Cédula: 010313405-2

Dirección: Pichincha, Quito, Tumbaco

Correo electrónico: gatita2701@hotmail.com

Teléfono: 0989597700

APROBACIÓN DEL TUTOR

En mi calidad de Tutor del Trabajo de Titulación “Principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad. Análisis de la compra de renuncia con indemnización en el sector público, conforme a la Sentencia No 172-18-SEP-CC” presentado por María Alexandra Domínguez Arcos para optar por el Título Magíster en Derecho, Mención Derecho Constitucional.

CERTIFICO

Que dicho trabajo de titulación ha sido revisado en todas sus partes y considero que reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la presentación pública y evaluación por parte del Tribunal Examinador que se designe.

Quito, 14 de enero de 2022.

.....
Mgs. Milton Enrique Rocha Pullopaxi
C.I. 1720076668

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD

Quien suscribe, declaro que los contenidos y los resultados obtenidos en el presente trabajo de titulación, como requerimiento previo para la obtención del Título de Magíster en Derecho, Mención Derecho Constitucional, son absolutamente originales, auténticos, personales y de exclusiva responsabilidad legal y académica del autor.

Quito, 14 de enero de 2022.

.....
María Alexandra Domínguez Arcos
C.I. 010313405-2

APROBACIÓN TRIBUNAL

El trabajo de titulación, ha sido revisado, aprobado y autorizado su impresión y empastado, sobre el Tema: PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES CON DISCAPACIDAD. ANÁLISIS DE LA COMPRA DE RENUNCIA CON INDEMNIZACIÓN EN EL SECTOR PÚBLICO, CONFORME A LA SENTENCIA NO 172-18-SEP-CC, previo a la obtención del Título de Magíster en Derecho, Mención Derecho Constitucional, reúne los requisitos de fondo y forma para que el maestrante pueda presentarse a la sustentación del trabajo de titulación.

Quito, 14 de enero de 2022.

.....
Christian Rolando Masapanta Gallegos
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL

.....
Diana Gabriela D´Ambrocio Camacho
VOCAL

.....
Milton Enrique Rocha Pullopaxi
VOCAL

DEDICATORIA

A mis padres, por haberme inculcado los valores y principios para ser una mujer de bien; a mi esposo Thomas, a mis hijos Mateo, María José y Gabriel, por darme la dicha de compartir a su lado esta experiencia de ser una mejor persona y profesional, su apoyo es fundamental para alcanzar todas las metas propuestas en mi vida.

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Indoamérica y su planta docente, toda vez que han realizado un trabajo magnífico en la formación profesional de la suscribiente.

ÍNDICE DE CONTENIDO

AUTORIZACIÓN POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TRABAJO DE TITULACIÓN	ii
APROBACIÓN DEL TUTOR	iii
DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD.....	iv
APROBACIÓN TRIBUNAL	v
RESUMEN EJECUTIVO.....	x
ABSTRACT.....	xi
INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I	5
1.1. Principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes.....	5
1.1.1. Concepto.....	6
1.1.2. Definición	7
1.1.3. Elementos	8
1.1.4. Dimensiones o espectro de aplicación.....	12
1.1.5. Principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes en un Estado de Derecho y en el Estado Constitucional de Derechos	17
1.1.6. Principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes con discapacidad	20
1.2. Derecho al trabajo y a la estabilidad laboral de las personas que tienen a su cargo niños, niñas y adolescentes con discapacidad.....	33
1.2.1. Trabajo.....	34
1.2.2. Derecho del Trabajo	35
1.2.3. Principios relevantes del derecho laboral	36
1.2.4. Relaciones jurídicas del trabajo.....	38

1.3. Normatividad.....	46
1.3.1. Normativa nacional.....	46
1.3.2. Normativa Internacional.....	55
CAPÍTULO II: ANÁLISIS JURÍDICO DEL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES CON DISCAPACIDAD Y EL DERECHO AL TRABAJO DE LAS PERSONAS A CARGO DE SU CUIDADO A PARTIR DE LA SENTENCIA NO. 172-18-SEP-CC DE LA CORTE CONSTITUCIONAL ECUATORIANA.	
2.1. Comentario crítico del caso No. 172-18-SEP-CC, de la Corte Constitucional.....	64
2.1.1. Antecedentes del caso concreto.....	66
2.1.2. Decisiones de primera y segunda instancia.....	68
2.1.3. Procedimiento de la Corte Constitucional en el Ecuador.....	69
2.1.4. Problemas jurídicos planteados ante la Corte Constitucional ecuatoriana.....	71
2.1.5. Argumentos de la Corte Constitucional en relación del principio superior de niñas, niños y adolescentes con discapacidad y el derecho al trabajo de las personas a cargo de su cuidado.....	77
2.1.6. Medidas de reparación dispuestas por la Corte Constitucional.....	79
2.2. Jurisprudencia vinculante observada por la Corte Constitucional en la Sentencia No. 001-16-PJO-CC, dentro del caso No. 0530-10-JP.....	81
2.3. Propuesta crítica a la sentencia constitucional.....	82
CONCLUSIONES.....	85
BIBLIOGRAFÍA.....	88

UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA INDOAMÉRICA
DIRECCIÓN DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO CONSTITUCIONAL

TEMA: PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES CON DISCAPACIDAD. ANÁLISIS DE LA COMPRA DE RENUNCIA CON INDEMNIZACIÓN EN EL SECTOR PÚBLICO, CONFORME A LA SENTENCIA N°. 172-18-SEP-CC

AUTOR: María Alexandra Domínguez Arcos

TUTOR: Mgs. Milton Rocha

RESUMEN EJECUTIVO

El presente trabajo de investigación tiene como finalidad identificar en qué medida afecta la inestabilidad laboral dentro del marco del sector público, cuando un trabajador se encuentra en calidad de padre o madre y que tiene bajo su cargo un hijo con discapacidad, a fin de analizar desde la reivindicación jurídica el derecho de la estabilidad laboral en el sector público, para ello, se revisará la Sentencia No. 172-18-SEP-CC, emitida por la Corte Constitucional del Ecuador, en la que se resolvió declarar la vulneración de los derechos reconocidos en los artículos 33, 35 y 76 numeral 7 literal 1) de la Constitución de la República. Mediante la utilización del método deductivo, esta investigación parte desde una perspectiva amplia del principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes con discapacidad y se va desarrollado hasta llegar a la determinación primordial de la compra de renuncia con indemnización en el sector público dentro de la jurisprudencia constitucional. En este contexto, es menester indicar que el presente trabajo se enmarca en la importancia de establecer un modelo constitucional garantista, en el que los operadores de justicia de todos los niveles, conozcan la diferencia entre acuerdo, un decreto, una norma, y las mismas frente a la supremacía constitucional, a fin de que se constituya como una guía clara que posibilite aplicar normas generales en casos específicos garantizando los derechos marcados en la Constitución del Ecuador, generando así, como resultado esperado un sistema legislativo que no limite las leyes de estabilidad laboral a una mera modalidad de contrato cuando se trate de una persona con discapacidad o su sustituto, pues se debe considerar como tema central la situación de vulnerabilidad del trabajador, y para ello se debe garantizar el derecho a la estabilidad del mismo, e incluso se debe buscar su reubicación en un puesto de características similares garantizando su bienestar.

DESCRIPTORES: compra de renuncia con indemnización, derecho al trabajo, estabilidad laboral reforzada, discapacidad, interés superior.

INDOAMÉRICA TECHNOLOGICAL UNIVERSITY
POSTGRADUATE ADDRESS
MASTER'S DEGREE IN LAW, MENTION IN CONSTITUTIONAL LAW

AUTHOR: María Alexandra Domínguez Arcos

GUARDIAN: Mgs. Milton Rocha

ABSTRACT

It aims to identify to what extent it affects labor instability within the public sector framework when a worker is a parent and is responsible for a child with disabilities to analyze the legal claim of the labor right stability in the public sector. For this, the Ruling No. 172-18-SEP-CC, issued by the Constitutional Court of Ecuador, will be reviewed, which resolved to declare the violation of the rights recognized in Articles 33, 35, and 76 numeral seven literal 1) of the Constitution of Ecuador. 172-18-SEP-CC, issued by the Constitutional Court of Ecuador, was resolved to declare the violation of the rights recognized in articles 33, 35, and 76 numeral seven literal 1) of the Constitution of the Republic. This research starts from a broad perspective of the principle of the best interest of children and adolescents with disabilities through the deductive method. It develops until the primary determination of the waiver purchase with compensation in the public sector within the constitutional jurisprudence. Additionally, it is necessary to indicate that this research is framed in the importance of establishing a constitutional guarantee model. The justice operators at all levels know the difference between an agreement, decree, and rule, and in front of constitutional supremacy. In order to be constituted as a clear guide that makes it possible to apply general rules in specific cases guaranteeing the rights marked in the Constitution of Ecuador. Thus generating, as an expected result, a legislative system that does not limit the labor stability laws to a

KEYWORDS: disability, substitute workers, girls

INTRODUCCIÓN

Dentro del contexto histórico de los derechos humanos, los niños, niñas, adolescentes y personas con discapacidad, han sido considerados como sujetos vulnerables, sin embargo, por varias décadas en el sistema jurídico ecuatoriano no se denotaba el establecimiento de derechos que protejan el desarrollo integral de este grupo de atención prioritario, existiendo grandes vacíos jurídicos. Esta situación empezó a cambiar a mediados del siglo pasado, gracias al interés que se desarrolló en diversas instituciones y organizaciones de alcance internacional, que preocupados por la situación de este grupo, empezaron a pensar en ellos como sujetos con derechos, esto repercutió en el ámbito jurídico interno del país, en donde se le otorgó reconocimiento, protección y defensa de los derechos a este grupo vulnerable.

Cabe resaltar que su reivindicación se consagra en la Convención de los Derechos del Niño, que se ha convertido en uno de los instrumentos internacionales más importantes, “[...] siendo ratificada por 192 Estados, y representa uno de los pactos más significativos del *corpus iuris* en el Derecho Internacional” (Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada, 2014, p. 31). Su alcance llegó hasta la normativa jurídica del Ecuador, en donde los niños, niñas, adolescentes y las personas con discapacidad, se encuentran dentro del grupo de atención prioritaria, conforme lo establece el artículo 35 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), sin embargo, la inobservancia que prevalece en varias instituciones del Estado con respecto al cumplimiento de un trato justo, humano y equitativo no se cumple, por la falta de preparación de varios funcionarios públicos y por el desconocimiento de la normativa legal y constitucional vigente, esto ocasiona la vulneración de los derechos adquiridos por la normativa madre, en este sentido, se considera oportuno impulsar una reforma legal que permita generar un modelo de selección y capacitación para los aspirantes al sector público, privado y judicial.

Ante esta situación, varios estudios de carácter jurídico reflejan que en Ecuador existe una falta de preparación de funcionarios públicos y de ciertos funcionarios judiciales, que de forma indirecta y por desconocimiento vulneran los derechos de las personas, principalmente de los grupos de atención prioritaria, ante esto, la Corte Constitucional del Ecuador, ha demostrado que puede resolver casos en los cuales se han vulnerado los derechos de las personas. Por ejemplo, en la Sentencia No. 172-18-SEP-CC, la Corte resolvió “[...] declarar la vulneración de los derechos reconocidos en los artículos 33, 35 y 76 numeral 7 literal 1) de la Constitución de la República, y como garantía de no repetición, la Corte dispuso al Ministerio del Trabajo, realizar una amplia difusión del contenido de la sentencia entre las instituciones que conforman el sector público [...] en el caso de cesación de funciones por compra de renuncias con indemnización de personas con discapacidad o quienes tengan bajo su cuidado y responsabilidad a un hijo con discapacidad, (Sentencia No. 172-18-SEP-CC, 2018, p. 36), a fin de evitar la repetición de la vulneración de derechos de este grupo de atención prioritaria.

De ahí surge el interés por desarrollar un trabajo académico que permita analizar desde la reivindicación jurídica el derecho de la estabilidad laboral en el sector público de un padre o madre que tiene a su cargo un hijo con discapacidad, y que por ley posee el derecho de preservar este empleo, empero, cuando este derecho se ve vulnerado, es menester generar una condicionante que permita lograr que la Corte Constitucional resuelva dichos casos en términos adecuados, no después de cinco o seis años, dado que esa justicia, llega convertida por el paso del tiempo, en injusticia. Cabe resaltar que dentro de un modelo constitucional garantista es importante, que los jueces de todos los niveles, conozcan la diferencia entre acuerdo, un decreto, una norma, y las mismas frente a la supremacía constitucional, a fin de que con una guía clara puedan aplicar normas generales en casos específicos, garantizando así los derechos que se

encuentran consagrados en la Constitución, pues el trabajo está reconocido a nivel mundial, como un derecho inherente a cada ser humano, no en vano se han producido grandes batallas para el reconocimiento de los derechos laborales.

Por ello, la presente investigación, busca alcanzar una reflexión jurídica desde el análisis de la Sentencia No. 172-18-SEP-CC, en la que se evidencia que no basta con ofrecer un empleo y pagar una remuneración, sino que es primordial que el Estado garantice un ambiente digno, tranquilo y de bienestar para los empleados, por cuanto una persona trabaja con el fin de cubrir sus necesidades básicas, y por ello, se debe garantizar que dichas necesidades sean satisfechas con una remuneración justa y sobre todo, con una normativa que permita garantizar la no vulneración de derechos constitucionales.

De ahí que en el desarrollo de la presente investigación, se utilizaron fuentes de información indirectas de carácter formal como la sentencia No. 171-18-SEP-CC, de la Corte Constitucional, la Constitución del Ecuador, así como también normas y reglamentos internacionales que abordan el objeto de estudio. Además, resulta oportuno mencionar que el desarrollo del presente trabajo se realizó mediante la utilización del método inductivo, deductivo, y análisis del caso, en razón a la temática de investigación que se planteó a partir del análisis de las teorías, utilizándose una técnica empírica respecto del análisis de los documentos jurídicos encontrados que refieren a el principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes con discapacidad en relación con el derecho al trabajo de sus padres.

Se consideró oportuno, dentro de la presente investigación, dividir en dos capítulos que abarquen la temática planteada. En el primer capítulo se abordó de manera profunda las principales doctrinas teórico-jurídicas que refieren a el principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes, para ello se empezó desarrollando el concepto, la definición, los elementos,

las dimensiones o espectro de aplicación; el principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes como derecho; el principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes como principio de aplicación; el principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes como eje transversal o valor jurídico; el principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes en la dimensión probatoria y procesal; el principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes en un Estado de Derecho y en el Estado Constitucional de Derechos; y, el principio del interés superior de niños, niñas y adolescentes con discapacidad. Se analizó, además, el derecho al trabajo de las personas que tienen a su cargo niños, niñas y adolescentes con discapacidad, finalmente, se revisó la normativa nacional e internacional que aborda la temática planteada.

En el segundo capítulo se profundizó un análisis de carácter jurídico de la sentencia No. 172-18-SEP-CC, de la Corte Constitucional del Ecuador, partiendo desde el comentario crítico del referido caso, para ello se consideró pertinente desarrollar los principales antecedentes del caso concreto, las decisiones de primera y segunda instancia, el procedimiento de la Corte Constitucional del Ecuador, los problemas jurídicos planteados ante la Corte Constitucional, los argumentos de la Corte Constitucional en relación a la vulneración de los derechos reconocidos en los artículos 33, 35 y 76 numeral 7 literal 1) de la Constitución de la República del Ecuador (2008), las medidas de reparación dispuestas por la Corte, y finalmente, el análisis de la propuesta crítica a la sentencia constitucional, todo este desarrollo a fin de obtener las conclusiones y recomendaciones oportunas sobre la temática abordada en la presente investigación.

CAPITULO I

1.1.Principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes

El principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes, es un derecho consagrado en la Constitución de la República del Ecuador, así como también en los diferentes tratados internacionales de derechos humanos enfocados en temas de menores, como por ejemplo, la Convención sobre los Derechos del Niño, además, este principio está establecido en la normativa jurídica interna del país. Es importante determinar que el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, debe permitir a todas las autoridades que están en la obligación de aplicar este principio, a emplear sus criterios y respectivas valoraciones en el caso puesto a su conocimiento, sin que esto conlleve a generar una interpretación extensiva de lo que establezca la norma constitucional y legal, toda vez que se debe tener en cuenta lo que establece el artículo 76 numeral 1 de la Constitución del Ecuador, que refiere:

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. (CRE, 2008, art.76.1)

Como refiere la norma constitucional, se debe considerar la garantía básica de aplicación de las normas, en este sentido, el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, se basa en la aplicación de normas idóneas, que no conlleven a considerar hechos relevantes, que deben ser debidamente motivadas y que no exista violación normativa de precedentes sin justificación, es por ello, que se vuelve importante establecer la conceptualización de este principio.

1.1.1. Concepto

Para establecer un concepto claro del principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes, es necesario comprender qué es la niñez, para ello, Guillermo Cabanellas (2012), en su Diccionario Jurídico Elemental, señala que la niñez es: “[...] edad o periodo de la vida humana que comprende desde el nacimiento hasta los siete años, época en que comienza el uso de razón” (p. 32).

Una vez establecido este concepto, es importante señalar qué es la adolescencia, y para ello, la Organización Mundial de la Salud, ha definido a la adolescencia de la siguiente manera: “[...] el periodo de crecimiento y desarrollo humano que se produce después de la niñez y antes de la edad adulta, entre los 10 y los 19 años [...]” (OMS, 2015).

Como se puede observar, la niñez y la adolescencia se encuentran enfocadas en el desarrollo inicial del ser humano, en especial desde su nacimiento hasta su mayoría de edad, que en el Ecuador es a los 18 años, así como lo establece el artículo 21 del Código Civil:

Art. 21.- Llámase infante o niño el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón, que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años; y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos. (Código Civil, 2005, art. 21)

Es importante hacer hincapié en estos conceptos, a fin de poder entender de mejor manera los motivos por los cuales se genera una protección directa a este grupo en especial, es así, que el artículo 35 de la Constitución de la República del Ecuador, prescribe:

Art. 35.- Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes

adolescan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad. (CRE, 2008, art. 35)

Es así, que la norma constitucional genera la pauta oportuna para ingresar en el mundo de la protección del principio del interés superior de niños, niñas y adolescentes, por ello, se crean normas orgánicas, y es en estas normas, donde también se desarrolla este principio, es así que, el artículo 4 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (2003), refiere: “Art. 4.- Definición de niño, niña y adolescente. - Niño o niña es la persona que no ha cumplido doce años de edad. Adolescente es la persona de ambos sexos entre doce y dieciocho años de edad”. (CONA, 2003, art. 4)

Ahora bien, con estas definiciones y caracterizaciones se puede conceptualizar al principio del interés superior de niños, niñas y adolescentes, como un mecanismo jurídico, mediante el cual se garantiza el normal desarrollo íntegro de los niños, niñas y adolescentes, en base a las garantías que debe otorgar el Estado para su pleno cumplimiento.

1.1.2. Definición

El principio del interés de niños, niñas y adolescentes, se debe enmarcar en un respeto irrestricto a lo que establece la norma y por ello, la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 44, dispone:

Art. 44.- El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus

derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad [...]. (CRE, 2008, art. 44)

A su vez, el artículo 11 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, hace referencia al interés superior del niño, y en su parte pertinente menciona:

[...] El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento [...]. Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural. El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla. (CONA, 2003, art. 11)

De lo expuesto, tanto en la norma constitucional como orgánica del ordenamiento jurídico interno, se puede definir que el principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes, está por encima de toda otra norma orgánica tanto interna, como externa, y dicho principio busca garantizar una medida adecuada de protección, previo a que se adopte medidas que vayan en contra de sus derechos.

1.1.3. Elementos

Es importante establecer cuáles son los elementos básicos del principio de interés superior de los niños, niñas y adolescentes, y para aquello, es primordial entender que dicho

principio debe ser concebido como un eje fundamental al momento que se sustancie un proceso tanto administrativo, como jurisdiccional en el cual intervenga un niño, niña y adolescente, dado que, su protección radica exclusivamente en este grupo de personas. Además, es necesario referir que dichos derechos son reconocidos tanto en la normativa nacional como internacional, es así, que la Declaración de Ginebra sobre los derechos de los niños de 1924 ya empieza a dar un reconocimiento a este derecho, más aún con la Convención sobre los Derechos de los Niños y Niñas adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, que ya es un instrumento de protección más adaptado a la realidad de la protección de este principio.

Ahora bien, se puede establecer para este trabajo tres elementos básicos en torno al desarrollo del principio del interés superior de niños, niñas y adolescentes, que se establecen de la siguiente manera:

a) Aspiración de los niños, niñas y adolescentes.- los niños, niñas y adolescentes, deben desarrollar capacidades que les permitan generar un entendimiento lógico sobre lo que es bueno o malo, este desarrollo, debe ser de manera natural, libre, sin presiones o inducciones de ningún tipo, esto, a fin de que generen una madurez idónea, que les permita reconocer cuáles son sus derechos y obligaciones por y ante el Estado y la sociedad, en este contexto, vale hacer referencia a lo establecido en el artículo 8 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (2003), que se correlaciona con lo expuesto, y que en su parte pertinente, refiere:

Art. 8.- Corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia. - Es deber del Estado, la sociedad y la familia, dentro de sus respectivos ámbitos, adoptar las medidas políticas, administrativas, económicas, legislativas, sociales y jurídicas que sean necesarias para la plena vigencia, ejercicio efectivo, garantía, protección y exigibilidad de la totalidad de los

derechos de niños, niñas y adolescentes. El Estado y la sociedad formularán y aplicarán políticas públicas sociales y económicas; y destinarán recursos económicos suficientes, en forma estable, permanente y oportuna. (CONA, 2003, art. 8)

b) Entorno de los niños, niñas y adolescentes. - el entorno se refiere al ámbito social, familiar, educativo, etc., aquí, es importante referir que este entorno debe ser respetado y garantizado por todos los miembros del desarrollo del niño, llámese familia o Estado, esto, toda vez que la falta de atención en cualquiera de las circunstancias expuestas, pueden variar la decisión del niño, niña o adolescente. En este contexto, cabe indicar que todos los niños, niñas y adolescentes gozan del derecho de poder desarrollar su personalidad, la misma que debe ser garantizada tanto en el ámbito administrativo, como el jurisdiccional, es así, que la libertad, la dignidad y el respeto, se vuelven parte esencial de este elemento, cabe señalar aquí una conceptualización referida por la *Child Welfare Information Gateway*, en lo referente al involucramiento familiar:

Involucramiento familiar. - es un enfoque centrado en la familia, basado en fortalezas, donde se asocian con las familias en los procesos de toma de decisiones, poner metas y cumplir resultados deseados y donde se busca activamente la amplificación de la red formal e informal de la familia. (*Child Welfare Information Gateway*, 2010, p. 1)

c) Previsión.- la previsión está enfocada en determinar cuáles son los factores de riesgo en los cuales puede estar involucrado o inmiscuido un niño, niña y adolescente, dadas las constancias de desarrollo tecnológico y los peligros que este representa, es menester como tercer elemento, prevenir, como sociedad o como Estado, los peligros que se puedan generar a futuro con los menores, que si bien es cierto, no se puede adivinar cuándo, ni cómo se puede presentar una situación de riesgo en contra de un niño, niña y adolescente, empero de aquello, es ahí donde el

Estado como macro de la protección de los derechos, debe generar las políticas públicas necesarias, a fin de poder encausar este tercer elemento de manera adecuada. En este contexto, es importante señalar lo que refiere el artículo 46 numerales 2, 4, 5, 7, 8 y 9 de la Constitución del Ecuador, en los que se hace referencia a:

Art. 46.- El Estado adoptará, entre otras, las siguientes medidas que aseguren a las niñas, niños y adolescentes: 2. Protección especial contra cualquier tipo de explotación laboral o económica. Se prohíbe el trabajo de menores de quince años, y se implementarán políticas de erradicación progresiva del trabajo infantil. El trabajo de las adolescentes y los adolescentes será excepcional, y no podrá conculcar su derecho a la educación ni realizarse en situaciones nocivas o peligrosas para su salud o su desarrollo personal. Se respetará, reconocerá y respaldará su trabajo y las demás actividades siempre que no atenten a su formación y a su desarrollo integral. 4. (Reformado por el Anexo No. 4 de la Pregunta No. 4 de la Consulta Popular, efectuada el 04 de febrero de 2018, R.O. 181-S, 15-II-2018).- Protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole, o contra la negligencia que provoque tales situaciones. Las acciones y las penas por delitos contra la integridad sexual y reproductiva cuyas víctimas sean niñas, niños y adolescentes serán imprescriptibles. 5. Prevención contra el uso de estupefacientes o psicotrópicos y el consumo de bebidas alcohólicas y otras sustancias nocivas para su salud y desarrollo. 7. Protección frente a la influencia de programas o mensajes, difundidos a través de cualquier medio, que promuevan la violencia, o la discriminación racial o de género. Las políticas públicas de comunicación priorizarán su educación y el respeto a sus derechos de imagen, integridad y los demás específicos de su edad. Se establecerán limitaciones y sanciones para hacer efectivos

estos derechos. 8. Protección y asistencia especiales cuando la progenitora o el progenitor, o ambos, se encuentran privados de su libertad. 9. Protección, cuidado y asistencia especial cuando sufran enfermedades crónicas o degenerativas. (CRE, 2008, art. 46. 2. 4. 5. 7. 8. 9)

1.1.4. Dimensiones o espectro de aplicación

En el presente apartado resulta importante destacar que el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, se debe aplicar de manera correcta en las diferentes dimensiones donde sea necesaria su intervención, es decir, se debe considerar la protección de un derecho, como fuentes seguras de aplicación y garantía, así como también, el valor jurídico que conlleva este principio constitucional y legal, para aquello, se considera pertinente establecer las diferentes dimensiones en las que se puede aplicar este principio y que a continuación se desarrollan de la siguiente manera:

1.1.4.1. Principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes como derecho

El interés superior del niño no sólo está reconocido como un principio básico en el Ecuador, sino más bien, es un principio reconocido en varios países del mundo, es por ello, que la Convención de las Naciones Unidas en el año de 1989, lo estableció como un derecho, mediante el cual, se puede interpretar qué tipo de medidas pueden afectar de manera directa o indirecta a niños, niñas y adolescentes, por este motivo se establece que el interés superior de niños, niñas y adolescentes, debe ser garantizado por el Estado mediante el establecimiento de la normativa interna que genere o promulgue normas protectoras, a fin de garantizar un normal e idóneo desenvolvimiento de niños, niñas y adolescentes hasta que obtengan su mayoría de edad,

sin embargo, esta discrecionalidad que se debe dar a las normas jurídicas, no deben estar enmarcadas en un irrespeto a otros derechos, pues el derecho se genera con una responsabilidad compartida.

En este contexto, es menester señalar lo que establece el texto introductorio de la Convención sobre los derechos del niño, que, en su parte pertinente establece:

[...] la Convención, como primera ley internacional sobre los derechos de los niños y niñas, es de carácter obligatorio para los Estados firmantes. Estos países informan al Comité de los Derechos del Niño sobre los pasos que han adoptado para aplicarlo establecido en la Convención. (Convención sobre los derechos del niño, 2006, p. 6)

Con la evolución de conceptos, leyes y normativas en cuanto a los derechos de niños, niñas y adolescentes, en América Latina se han producido grandes cambios en la concepción de los niños frente a sus derechos. Esta transformación se la conoce como la doctrina de la “protección integral”, que posibilita la consideración de los menores como objetos de tutela y, además, permite la circunspección de niños y jóvenes como sujetos plenos de derechos.

Cabe resaltar que, esta evolución implica, que el Estado y la sociedad en general, deben ver a los niños como sujetos plenos de derechos, y no como objetos de decisión de adultos, quienes asumen este rol porque consideran que los menores se encuentran en una situación inestable, por su edad o por su inmadurez, sin entender que ahora son entes con derechos y poder para ejercerlos.

1.1.4.2. Principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes como principio de aplicación (función interpretativa)

El principio del interés superior del niño presenta un concepto de carácter jurídico indeterminado, que según Ochoa (2016), plantea varias dificultades a la hora de interpretarlo,

pues, “[...] en los conceptos jurídicos indeterminados la fórmula de redacción no ofrece soluciones que puedan calificarse como definidas propiamente por la norma; al ser conceptos jurídicos puros su capacidad de acción se basa en su abstracción” (Ochoa, 2016, p. 70). En este sentido, en los sistemas jurídicos del Estado de Derecho, la abstracción jurídica puede actuar como instrumento que sirve para alcanzar un resultado con criterio justo, o como una conclusión acertada de justicia.

No obstante, el principio del interés superior del niño se presenta como una norma que en su construcción jurídica posee ambigüedad y vaguedad, y esto se traduce en el rol del juez competente que conoce una causa en la que se presume la vulneración de derechos de niños, niñas o adolescentes, pues su criterio se resalta como el más importante ante otro tipo de normas. En este contexto, al verse inmerso en la interpretación jurídica, en particular, por la interpretación constitucional que realizan jueces que pueden omitir de forma superflua que este principio no sólo se encuentra positivizado en un cuerpo normativo especializado, como el Código de la Niñez y Adolescencia (2003), sino que además, se encuentra en tratados internacionales y en la norma constitucional, el rol del juez es de vital importancia, pues toma una relevancia de carácter político y jurídico trascendental para el sistema ecuatoriano en torno a la aplicación de este principio.

1.1.4.3. Principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes como eje transversal o valor jurídico

Por primera vez en la Constitución de la República del Ecuador, en el año 2008, se incorporó el concepto de buen vivir como un principio constitucional basado en el *sumak kawsay*, que acoge una concepción ancestral desde la cosmovisión de los pueblos originarios de los Andes. En este sentido, el buen vivir garantiza el interés superior de niños, niñas y

adolescentes desde el principio rector del sistema educativo, además, este principio se presenta como hilo conductor de los ejes transversales en cuanto a la formación en valores de los niños.

Dentro de la carta magna, el buen vivir y la educación de niños, niñas y adolescentes, juegan un papel trascendental en la reivindicación del derecho a la educación que posibilita el desarrollo de sus potencialidades, a fin de garantizar la igualdad de oportunidades, además, el proceso educativo complementa la preparación de futuros ciudadanos que construyan una sociedad democrática, equitativa, inclusiva y de paz, tal como se establece en los artículos 26, 28, 45 y 66 de la Constitución de la República, así como también en el artículo 37 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, que en su parte pertinente señala:

Art. 37.- Derecho a la educación. - Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a una educación de calidad. Este derecho demanda de un sistema educativo que: 1. Garantice el acceso y permanencia de todo niño y niña a la educación básica, así como del adolescente hasta el bachillerato o su equivalente [...]. (CONA, 2013, art. 37)

Cabe resaltar que los ejes transversales representan un valor positivo para la construcción de un Estado, en donde se abordan temáticas relevantes en el ámbito de la interculturalidad, de la formación de una ciudadanía democrática, así como también de la protección y preservación del medio ambiente, cuidado de salud y hábitos de recreación de niños, niñas y adolescentes, y a la educación sexual en adolescentes, todo ello con el objetivo de garantizar el principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes en el Estado ecuatoriano.

1.1.4.4. Principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes en la dimensión probatoria y procesal

Dentro de la dimensión probatoria y procesal que garantiza el principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes, se evidencian dos vertientes, por un lado, cuando existe

el cometimiento de un delito o vulneración de los derechos de los niños y adolescentes, y por otra parte cuando un menor de edad comete una acción o delito. El tratamiento de estas dos vertientes es completamente distinto, pues no se puede juzgar o tratar dentro del sistema procesal a un adulto igual que a un menor de edad.

Partiendo desde la noticia del delito o noticia *criminis*, que llega al conocimiento del fiscal, quien como primera actuación inicia una investigación, en la cual debe buscar elementos de convicción que le permitan formular o no una imputación. En el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, esta fase de investigación se llama indagación previa, conforme lo establece el artículo 342, mientras que para el sujeto mayor de edad, en el Código Orgánico Integral Penal, de acuerdo al artículo 580, se denomina fase de investigación previa. En este contexto, tanto la investigación o indagación previa, son sinónimos, que refieren a una fase pre procesal, en donde el fiscal, debe practicar todas las diligencias necesarias para determinar si la conducta investigada tiene carácter delictivo o no.

Cuando se establecen los méritos necesarios para proceder al juzgamiento de un adolescente, la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, se debe realizar acorde a lo establecido en los artículos 354 y siguientes del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, y, artículo 603 y siguientes del Código Orgánico Integral Penal. Según el artículo 359 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, refiere que el juicio se sustenta sobre la base de la acusación fiscal, en donde luego de verificarse la presencia de las partes procesales se concede la palabra a la fiscalía, a la víctima, en caso de haber comparecido, y a la defensa del menor de edad a fin de que realicen los alegatos pertinentes de apertura y se proceda con la evacuación de pruebas, este procedimiento es similar para los sujetos mayores de edad de acuerdo a lo establecido en los artículos 615 a 617 del Código Orgánico Integral Penal.

Con respecto al pronunciamiento de la decisión del juez, se deben reunir los requisitos necesarios de acuerdo a lo establecido en el artículo 362 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, así como también en el artículo 622 del Código Orgánico Integral Penal, cabe resaltar que esta sentencia o decisión judicial, puede ser objeto de recursos.

Como anotación final se observa que la dimensión probatoria y procesal tiene un tratamiento de carácter especial cuando se refiere a garantizar el principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes, partiendo desde las Unidades Judiciales especializadas que tratan delitos de adolescentes infractores, Juntas de Protección Metropolitanas que resuelven de manera administrativa procesos de vulneración de derechos de niños, niñas y adolescentes, así como también Unidades Penales que actúan cuando existe la vulneración de sus derechos.

1.1.5. Principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes en un Estado de Derecho y en el Estado Constitucional de Derechos

En el presente apartado se considera oportuno, en primera instancia, distinguir qué es un Estado de Derecho y qué es un Estado Constitucional de derechos, para ello, se observa el criterio del doctor Vinicio Palacios (2014), quien considera que el Estado de Derecho nace con Montesquieu y que desde su concepción, este Estado comprende el ejercicio del poder manejado y circunscrito por el derecho, en donde las autoridades y gobernantes se encuentran sometidos y observan a la legislación vigente en cada Estado, en otras palabras, “[...] es aquel Estado con visión social sometido al Derecho, en función del principio de legalidad” (Palacios, 2014, p. 10).

Por su parte, Edgar Fiallos (s.f.), refiere que el Estado Constitucional de Derechos se caracteriza por:

[...] tener una norma suprema que rige sus actuaciones, que deja de ser un documento meramente enunciativo y programático, que no establece ningún tipo de obligación

directa para las autoridades estatales, como ocurría bajo el esquema del Estado de derecho clásico, y por el contrario, a partir de su carácter de norma fundamental, ésta se puede aplicar directamente, sin necesidad de un previo desarrollo legal. (Fiallos, s.f., p. 10)

Ahora bien, una vez establecidas las diferencias, los conceptos y características de Estado de Derecho y Estado Constitucional de Derecho, resulta necesario analizar el principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes en el marco del Estado Constitucional de Derecho, partiendo desde la evolución histórica de las diferentes Constituciones que se han inscrito en el Ecuador.

En el artículo 48 de la Constitución de la República de 1998, se reconoció el interés superior del niño como un principio, que textualmente refiere:

Art. 48.- Será obligación del Estado, la sociedad y la familia, promover con máxima prioridad el desarrollo integral de niños y adolescentes y asegurar el ejercicio pleno de sus derechos. En todos los casos se aplicará el principio del interés superior de los niños, y sus derechos prevalecerán sobre los de los demás. (CRE, 1998, art. 48)

Así mismo, la importancia de los derechos de niños, niñas y adolescentes se empezó a incorporar en el régimen jurídico ecuatoriano, es así que la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Ex-Corte Suprema de Justicia (2001), emitió una serie de fallos de triple reiteración con respecto a la declaración judicial de paternidad, la misma que establecía como criterio de decisión la incorporación de una prueba de ADN. En este contexto, la Corte señaló:

Pretender interpretar el artículo 267 del Código Civil como lo hace el recurrente, en el sentido de que sólo se puede declarar la paternidad si se prueban las situaciones fácticas

contempladas en esta norma, y sostener esta tesis en una época en que cabe la concepción sin siquiera la realización de la cópula, mediante las técnicas de reproducción asistida, sería inconstitucional, porque tal forma de interpretación atentaría contra el interés superior del niño y su derecho a tener una identidad, olvidando que toda norma que desarrolla una garantía fundamental debe interpretarse progresivamente y mirando la finalidad que persigue, al tenor de lo que dispone el artículo 18 inciso segundo de la Constitución Política de la República. (Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Resolución N° 367-2001)

Con esta aclaración se ratificaba el principio del Interés Superior del Niño, con el fin de decidir sobre el resultado, en casos específicos, si existía o no una relación en la determinación y adjudicación de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Años más tarde, el Interés Superior del Niño se empezó a conceptualizar en el Código de la Niñez y Adolescencia, el mismo que fue promulgado en el año 2001, en donde no sólo se estableció el concepto en el derecho interno, sino que además se incorporó como un criterio fundamental en la determinación de derechos, en el artículo 11 del Código de la Niñez y Adolescencia (2003), por ejemplo, se establece que:

Art. 11.- El interés superior del niño. - El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías. Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural. (CONA, 2003, art. 11)

En la Constitución del 2008, se retoma la incorporación del principio de Interés Superior del Niño en la Sección V, artículo 44, en donde textualmente se indica:

Art. 44.- El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales. (CRE, 2008, art. 44)

No obstante, es menester resaltar que el principio superior de niños, niñas y adolescentes, ha tenido un gran impacto a nivel legal, desarrollándose de forma positiva en la legislación nacional y en la jurisprudencia ecuatoriana.

1.1.6. Principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes con discapacidad

Históricamente el principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes no era considerado como un elemento de interés dentro de las normativas a nivel mundial, ante este particular, Anilema (2018) considera que:

[...] en la historia de los derechos humanos, los niños, niñas y adolescentes siempre han sido sujetos vulnerables dentro de la sociedad, el sistema jurídico no hacía alusión a establecer u otorgar derechos que los protejan y ayuden a su desarrollo integral, lo máximo a lo que podían llegar, es a que sus padres tengan un reconocimiento legal en materia de derechos”. (p. 17)

En la actualidad, dentro del contexto nacional ecuatoriano, la Constitución de la República (2008), reconoce en sus artículos 35, 44, 45, 351 que las niñas, niños y adolescentes como parte de los grupos vulnerables de atención prioritaria, cuentan con la protección y amparo del Estado, de la sociedad y de la familia, quienes son los encargados de protegerlos y salvaguardar de sus derechos.

En correspondencia con la constitución, se han decretado leyes y códigos que consagran los derechos de niña, niños y adolescentes, así en el año 2015 se modificó el Código de la Niñez y Adolescencia, el mismo que fue proclamado en el año 2003, esta restructuración se la realizó con el fin de perfeccionar y establecer una mejor normativa de los derechos de la niñez y la adolescencia, enfatizando principalmente el derecho a la dignidad y al desarrollo pleno de este grupo de atención.

El principio de interés superior de niñas, niños y adolescentes con discapacidad se ampara en el artículo 35 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), en el que se hace referencia a “[...] la atención prioritaria que recibirán niñas, niños y adolescentes, y todas aquellas personas que presenten una discapacidad, o enfermedades catastróficas o de alta complejidad, las mismas que recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. Se hace un énfasis especial sobre aquellas personas que presenten una doble vulnerabilidad” (CRE, 2008, art. 35).

Con respecto a la protección de este grupo de atención prioritario, en el artículo 44 se hace referencia a la protección y respeto del principio superior de niñas, niños y adolescentes por parte del Estado, la sociedad y la familia quienes son los encargados de promover de forma prioritaria su desarrollo integral. Así mismo, en el artículo 45 de la Constitución (2008) se determina la protección del Estado desde el momento de la concepción de los menores.

Finalmente, en el artículo 341, de la Constitución de la República (2008), se hace referencia a que “[...] el sistema nacional descentralizado de protección integral de la niñez y la adolescencia será el encargado de asegurar el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes” (CRE, 2008, art. 341).

1.1.6.1. Tipos de discapacidad

Resulta importante comprender que no todas las discapacidades son iguales, pues cada una depende de la categoría de gravedad según sea el caso de necesidad, por ejemplo, algunos tipos de discapacidad requieren de atención personalizada como la discapacidad física o motora, la discapacidad sensorial que incluye a la discapacidad auditiva y discapacidad visual, la discapacidad intelectual y la discapacidad psíquica.

Empecemos analizando a la discapacidad física o motora que se presenta como producto de problemas genéticos, o también, esta discapacidad se produce cuando existe un parto difícil y al momento de nacer se ocasiona un fuerte accidente. Esta discapacidad impide que las personas que la presenten puedan desenvolverse de manera convencional, en la actualidad las personas que presentan este tipo de discapacidad gozan de accesibilidad e inclusión, en la mayor parte de instituciones públicas y privadas que han construido rampas y parqueaderos exclusivos para personas con discapacidad física.

Por su parte la discapacidad sensorial identifica a las personas que perdieron su capacidad visual o auditiva, y presentan problemas al momento de comunicarse. En lo que concierne a la parte visual, se trata de la disminución parcial o total de la vista para percibir objetos, esta discapacidad puede ser de nacimiento o de forma adquirida. Por su parte, la discapacidad auditiva se caracteriza por la pérdida total o parcial de la percepción del audio en los oídos,

provocando una dificultad al momento de escuchar y hablar, este tipo de discapacidad puede ser genética, congénita o adquirida.

Con respecto a la inclusión de personas que presentan discapacidad sensorial, actualmente la tecnología ha desarrollado diversas soluciones en cuanto a lectores de voz tipo SIRI y JAWS para las personas con discapacidad visual, así como también, se ha desarrollado la modalidad de video llamadas para las personas que presentan discapacidad auditiva a fin de que se comuniquen mediante lenguaje de señas con otras personas.

Por su parte, la discapacidad intelectual presenta una serie de limitaciones tanto en el ámbito de comprensión, comunicación y aprendizaje, sin embargo, varios expertos en el tema de discapacidad mencionan que las personas que presentan esta discapacidad si reúnen las condiciones adecuadas para que pueden progresar y alcanzar algunos objetivos que inicialmente pueden verse como inalcanzables. Este tipo de discapacidad puede ser leve, moderada, grave y profunda.

En cuanto a la discapacidad psíquica, expertos consideran que se relaciona directamente con el comportamiento del individuo, es decir, se evidencia cuando las personas que presentan este tipo de discapacidad actúan con trastornos en su comportamiento adaptativo. Entre las principales causas que producen este tipo de discapacidad tenemos: la depresión mayor, la esquizofrenia, la bipolaridad, trastornos de pánico, trastorno esquizomorfo, síndrome orgánico, autismo y síndrome de Asperger. Así se evidencia que no todas las discapacidades son iguales y no se las puede tratar de la misma manera.

1.1.6.2. Grados de discapacidad

El Ministerio de Salud Pública del Ecuador (2018), elaboró un Cuadernillo de Calificación de la Discapacidad en el que establece seis grados de discapacidad. El primer grado

corresponde a la denominación de “ninguna discapacidad” que cumple con el porcentaje del 0% al 4%, este grado de discapacidad hace referencia a “[...] las personas con deficiencia permanente que han sido diagnosticadas y tratadas adecuadamente y que no presenta dificultad en su capacidad para realizar actividades de la vida diaria y que superan sin dificultad las barreras de su entorno” (MSP, 2018).

En segundo lugar, se sitúa la discapacidad leve, con un porcentaje del 5% al 24%, este grado de discapacidad, “[...] responde a las personas que presentan síntomas, signos o secuelas de deficiencias permanentes y que tiene alguna dificultad para llevar a cabo actividades de su vida cotidiana, sin embargo, la persona que presenta este tipo de discapacidad” (MSP, 2018) es muy independiente y no requiere apoyo de terceros para superar las barreras de su entorno.

En tercer lugar, se sitúa la discapacidad moderada, con un porcentaje del 25% al 49%, y corresponde a “[...] las personas que presentan síntomas, signos o secuelas de deficiencias permanentes y que presenta disminución importante de la capacidad de la persona para realizar ciertas actividades de la vida diaria” (MSP, 2018), estas personas superan con dificultad algunas barreras de su entorno.

En cuarto lugar, se presenta la discapacidad grave, con un porcentaje del 30% al 74%, representa a las personas que presentan síntomas, signos o secuelas de deficiencias permanentes que causan una importante disminución de la capacidad de la persona para efectuar la mayor parte de sus actividades en su vida diaria, llegando incluso a requerir apoyo para algunas labores básicas mediante la necesidad de autocuidado.

En quinto lugar, se presenta la discapacidad muy grave, con un porcentaje del 75% al 94%, esta discapacidad responde a “[...] aquellas personas que presentan síntomas, signos o secuelas de deficiencias permanentes que afectan gravemente e imposibilitan la realización de las

actividades diarias” (MSP, 2018), de quienes padecen esta discapacidad, en este sentido, requieren del apoyo o cuidados de una tercera persona porque no logran superar las barreras de su entorno.

Finalmente, en sexto lugar, se presenta la discapacidad completa, con un porcentaje de 96% al 100%, esta discapacidad se presenta en “[...] personas con síntomas, signos o secuelas de deficiencias permanentes que afectan a la persona en su totalidad y los imposibilitan a realizar sus actividades cotidianas” (MSP, 2018), las personas que padecen de esta discapacidad requieren del apoyo o cuidados de una tercera persona porque no logran superar las barreras de su entorno.

1.1.6.3. Vulnerabilidad

Para comprender el concepto de vulnerabilidad y su implicación, se considera oportuno primero entender qué es la vulneración. Partiendo de la definición del Diccionario de la Lengua Española (2016), la palabra vulnerar se deriva del latín *vulnerāre* que significa “[...] 'herir', 'ofender', por lo tanto, la define de la siguiente forma: vulnerar: 1. transgredir, quebrantar, violar una ley o precepto. 2. dañar, perjudicar. 3. herir”. (Real Academia de la Lengua Española, 2016)

Por su parte, Alisson Davis (2017) considera que el concepto de vulneración a nivel jurídico se encuentra:

[...] asociado con aquellas acciones u omisiones de terceros que vulneren o trasgredan uno o varios derechos de los demás integrantes de la sociedad, debiendo tener especial cuidado con aquellos derechos otorgados a grupos prioritarios que por su vulnerabilidad no pueden proveerse por sus propios medios su sustento, como es el caso de los alimentos que es un derecho constitucional otorgado a niños, niñas, adolescentes e incluso a adultos mayores que ya no pueden obtenerlos por distintas causas. (Davis, 2017, p. 15)

Ahora bien, con respecto a la vulnerabilidad se la considera como parte de una realidad social, en donde las principales víctimas de la vulnerabilidad son las niñas, niños, adolescentes, mujeres, ancianos, personas con discapacidad, entre otros, que se caracterizan por ser personas incapaces de soportar actos en contra de su dignidad humana o de sus derechos.

Alisson Davis (2017) manifiesta que:

[...] la vulnerabilidad es una condición que se presenta por la existencia de condiciones sociales y culturales, en este sentido, no es difícil darse cuenta que los niños y adolescentes pertenecientes a clases menos favorecidas son más vulnerables que aquellos de clases acomodadas, esto también tiene que ver íntimamente con el nivel de educación de sus padres que marca la pauta para que puedan acceder a un Mercado laboral óptimo y bien remunerado y de esta forma logren satisfacer sus necesidades y las de sus familias.
(Davis, 2017, p. 17)

Davis (2017) manifiesta además que la vulnerabilidad puede ser de tipo humana o biológica, típica, social, económica, atípica (jurídica), a continuación un detalle de cada tipo de vulnerabilidad:

a) Vulnerabilidad humana o biológica.- es aquella que “[...] corresponde a una característica humana, porque deviene de la fragilidad propia del ser humano, y además, tiene que enfrentar los problemas derivados del grupo étnico al que pertenece, por ejemplo, género, condición socio-económica, condición cultural y ambiental” (Davis, 2017, p. 21).

b) Vulnerabilidad típica.- es aquella que “[...] se presenta por el factor económico que determina la clase social a la que pertenece cada individuo, por lo general la clase económica baja es proclive a este tipo de vulnerabilidad” (Davis, 2017, p. 21).

c) Vulnerabilidad social.- se presenta en una sociedad “civilizada”, en la que la persona vulnerada “[...] debe luchar por su inserción social y su desarrollo personal. Es decir, son las víctimas de aquellas conductas que se exponen a procesos discriminatorios, ya sea por su edad, sexo, condición étnica, nivel cultural, entre otras” (Davis, 2017, p. 21).

d) Vulnerabilidad económica.- se presenta como un fenómeno del concepto denominado pobreza, “[...] el mismo que aumenta el riesgo de vulnerabilidad en los sectores poblacionales que enfrentan el desempleo, la insuficiencia de ingresos, la explotación, la inestabilidad laboral, entre otros” (Davis, 2017, p. 22).

e) Vulnerabilidad atípica (jurídica).- a este tipo de vulnerabilidad lo marca la inequidad introducida por los ordenamientos jurídicos vigentes de un Estado, es decir, nace desde las leyes que generan situaciones de desigualdad y trato indigno en un Estado.

Además de los tipos de vulnerabilidad citados, existen otro tipo de factores que generan el estado de vulnerabilidad por su condición, así tenemos:

a) Mujer.- a pesar de las grandes luchas sociales, la mujer sigue siendo víctimas de vulnerabilidad, ya sea física, psicológica, sexual, económica, entre otras.

b) Niñas, niños y adolescentes.- desde el control de la concepción que ejercen los padres de este grupo de atención, se han visto vulnerados por su condición de menores de edad.

c) Adultos mayores.- su vulneración se evidencia desde “[...] un eje dominante de la creencia que la vejez es una condición donde predomina la decadencia física, la incapacidad y la inutilidad social que se les atribuye” (Davis, 2017, p. 24).

d) Discapacitados.- se considera así a “[...] quienes la padecen a las constantes y continuas vulneraciones de sus derechos, que tienen como punto de partida aspectos ambientales,

sociales, psicológicos, familiares, laborales, educativos, jurídicos y médicos” (Davis, 2017, p. 24).

Además de la vulnerabilidad por su condición existe vulnerabilidad por su origen, la misma, que se produce a personas afrodescendientes, indígenas, extranjeras o por regionalismo.

1.1.6.4. Grupos de atención prioritaria

Desde una definición conceptual, Patricia Espinoza (2000), refiere que los grupos de atención prioritaria son:

[...] aquellos que por circunstancias de pobreza, origen étnico, estado de salud, edad, género o discapacidad se encuentran en una situación de mayor indefensión para hacer frente a los problemas que plantea la vida y no cuenta con los recursos necesarios para satisfacer sus necesidades básicas Se entiende por grupos vulnerables a todos aquellos que, ya sea por su edad, raza, sexo, condición económica, características físicas, circunstancia cultural o política, se encuentran en mayor riesgo de que sus derechos sean violentados. (Espinoza, 2000, p. 62)

Por su parte, en la Constitución de la República del Ecuador (2008), los derechos de los grupos de atención prioritaria se establecen en el Capítulo Tercero, del Título II, artículo 35, en el mismo que establece:

Art. 35.- Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado

prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad. (CRE, 2008, art.35)

a) Adultos mayores:

En la Sección Primera de la Constitución (2008), constan los derechos de las adultas y adultos mayores como grupos de atención prioritaria, en el artículo 37, en el que se menciona:

[...] Art. 37.- El Estado garantizará a las personas adultas mayores los siguientes derechos:

1. La atención gratuita y especializada de salud, así como el acceso gratuito a medicinas.
2. El trabajo remunerado, en función de sus capacidades, para lo cual tomará en cuenta sus limitaciones.
3. La jubilación universal.
4. Rebajas en los servicios públicos y en servicios privados de transporte y espectáculos.
5. Exenciones en el régimen tributario.
6. Exoneración del pago por costos notariales y registrales, de acuerdo con la ley.
7. El acceso a una vivienda que asegure una vida digna, con respeto a su opinión y consentimiento. (CRE. 2008, art. 37)

Como se observa, en este artículo, se resalta “[...] el reconocimiento explícito de los derechos de los adultos mayores en cuanto a la atención de salud, trabajo remunerado, jubilación, rebajas en servicios, exenciones tributarias y acceso a vivienda” (CRE, 2008, art. 37). Cabe resaltar que en la Constitución de 1998 se reconocían los derechos a la asistencia especial de los adultos mayores, la misma que les aseguraba un nivel de vida digna, sin embargo, en la Constitución de 2008 se amplían los derechos de los adultos mayores en cuanto a trabajo, jubilación y vivienda.

b) Niñas, niños y adolescentes:

En la Sección Quita, artículos 44, 45 y 46 de la Constitución de la República (2008), que el Estado, la sociedad y la familia promoverán el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, además se establece que éstos gozarán de derechos comunes del ser humano, y el Estado adoptará medidas de protección a fin de precautelar el interés superior de niñas, niños y adolescentes.

En lo que concierne a los jóvenes, como grupo de atención prioritaria, en la sección segunda, artículo 39, de la Constitución (2008) se hace referencia a los siguientes derechos:

[...] Art. 39.- El Estado garantizará los derechos de las jóvenes y los jóvenes, y promoverá su efectivo ejercicio a través de políticas y programas, instituciones y recursos que aseguren y mantengan de modo permanente su participación e inclusión en todos los ámbitos, en particular en los espacios del poder público. (CRE, 2008, art. 39)

[...] El Estado reconocerá a las jóvenes y los jóvenes como actores estratégicos del desarrollo del país, y les garantizará la educación, salud, vivienda, recreación, deporte, tiempo libre, libertad de expresión y asociación. (CRE, 2008, art. 39)

[...] El Estado fomentará su incorporación al trabajo en condiciones justas y dignas, con énfasis en la capacitación, la garantía de acceso al primer empleo y la promoción de sus habilidades de emprendimiento. (CRE, 2008, art. 39)

Como se evidencia, este artículo no se detalla de forma explícita los derechos de los jóvenes, sin embargo, se establece que “[...] el Estado les garantizará la educación, salud, vivienda, recreación, deporte, tiempo libre, libertad de expresión y asociación” (CRE, 2008, art. 39), así como también se hace referencia a que el Estado fomentará su incorporación al trabajo. Es menester resaltar que la Constitución de 1998 no hace mención a los jóvenes.

c) Mujeres embarazadas:

En la Sección Cuarta, artículo 43 de la Constitución de la República (2008), se hace referencia de los derechos que el Estado garantizará a las mujeres embarazadas, entre ellos resaltan:

1. [...] No ser discriminadas por su embarazo en los ámbitos educativo, social y laboral. (CRE, 2008, art. 43)
2. [...] La gratuidad de los servicios de salud materna. (CRE, 2008, art. 43)
3. [...] La protección prioritaria y cuidado de su salud integral y de su vida durante el embarazo, parto y posparto. (CRE, 2008, art. 43)
4. [...] Disponer de las facilidades necesarias para su recuperación después del embarazo y durante el periodo de lactancia. (CRE, 2008, art. 43)

d) Personas en movilidad humana:

Finalmente, dentro del grupo de atención prioritaria, se encuentran todas las personas en calidad de movilidad humana, la misma que se encuentra en la sección tercera, artículos 40 y 41, de la Constitución (2008), refiriendo textualmente lo siguiente: “[...] Art. 40.- Se reconoce a las personas el derecho a migrar. No se identificará ni se considerará a ningún ser humano como ilegal por su condición migratoria” (CRE, 2008, art. 40).

“[...] Art. 41.- Se reconocen los derechos de asilo y refugio, de acuerdo con la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Las personas que se encuentren en condición de asilo o refugio gozarán de protección” (CRE, 2008, art. 41).

1.1.6.5. Diferenciación entre niños, niñas y adolescentes con discapacidad

En el presente apartado se considera oportuno establecer la diferencia que existe entre niños, niñas y adolescentes con discapacidad, para ello, se consideraron las teorías más cercanas a la temática planteada.

a) Niños

En el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) se definió a niño como “[...] todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad” (CDN, 1989, art. 1). Así mismo, en las Reglas de Beijing (1985), se considera que “[...] menor es todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por cometer un delito en forma diferente a un adulto”.

Tomando en cuenta lo manifestado por la normativa internacional se entiende por niño a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad.

b) Niñas

Cabe mencionar que el concepto de niña no se encuentra establecido como tal, sino más bien como un desprendimiento del concepto de niño, pues según Pérez (2010) no se ha considerado la diferencia sexual entre niña y niño, a pesar de que se la incorpora como mecanismo de inclusión, no existe un concepto claro de niña, así lo refiere Pérez (2010) al indicar que “[...] la subordinación de un sexo al otro es una manera práctica de resolver el problema del sujeto humano que no es uno sino dos (Pérez, 2010, p. 126).

c) Adolescentes

Según la Organización Mundial de la Salud (1990), la adolescencia es “[...] el periodo comprendido entre 10 y 19 años, es una etapa compleja de la vida, marca la transición de la

infancia al estado adulto, con ella se producen cambios físicos, psicológicos, biológicos, intelectuales y sociales” (OMS, 1990).

Por su parte, Aliño y Pineda (s.f.) refieren que la adolescencia es “[...] una etapa entre la niñez y la edad adulta, que cronológicamente se inicia por los cambios puberales y que se caracteriza por profundas transformaciones biológicas, psicológicas y sociales, muchas de ellas generadoras de crisis, conflictos y contradicciones, pero esencialmente positivos”. (Aliño & Pineda, s.f., p.16)

d) Niñas, niños trans (genero, etc.)

De acuerdo a la percepción de Kennedy y Hellen (2010), los niños y niñas transgéneros son a menudo vistos como problemáticos (Kennedy y Hellen, 2010, p.16), esta concepción se enmarca en la construcción de género perenne que se ha enraizado en las diferentes sociedades. En este contexto, Malpas (2011) menciona que son vistos como problemáticos porque “[...] cuestionan una imagen que entiende a los niños como seres moldeables por los adultos, no cómo sujetos que pueden cuestionar también los parámetros sociales” (Malpas, 2011, p.73). Con lo expuesto, se evidencia que existe una invisibilización y negación a la diversidad de género en niñas y niños que pertenecen a la primera infancia, sin considerar que éstos forman parte de la diversidad humana.

1.2. Derecho al trabajo y a la estabilidad laboral de las personas que tienen a su cargo niños, niñas y adolescentes con discapacidad

En el presente apartado se analizará el derecho al trabajo y a la estabilidad laboral de las personas que tienen a su cargo niños, niñas y adolescentes con discapacidad, para ello, se iniciará estableciendo el desarrollo histórico del trabajo a fin de determinar su concepto, posteriormente, se abordarán los principios relacionados al derecho laboral, las relaciones jurídicas del trabajo,

los derechos de los trabajadores sustitutos, los derechos propios del trabajador, y, finalmente, los derechos reconocidos en favor de los niños, niñas y adolescentes en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia del Ecuador.

1.2.1. Trabajo

Históricamente, el trabajo en la tradición greco-romana, “[...] fue considerado como una actividad exclusiva para los esclavos, los mismos que realizaban toda clase de labores y actividades pesadas que eran distintas al ocio” (Blanch, 1996, p. 56). Es decir, en esta época el trabajo era percibido como una situación de castigo que degradaba la dignidad humana. Posteriormente, en la tradición judeo-cristiana, “[...] el trabajo adquiere una concepción ambivalente, en primera instancia se asumió como castigo para quienes hayan infringido la ley de obediencia a Dios” (Blanch, 1996, p. 56), en segunda instancia, el trabajo que se realizaba era para agradar a Dios y para poder vivir con otros en sociedad y armonía.

Así mismo, en la Edad Media, el trabajo manual de carácter artesanal e incluso el realizado por los trabajadores usureros, continuaba siendo degradado y rechazado, es por ello que se trataba de no estar en condiciones de trabajos considerados como de tortura, y para ello era necesario poseer tierras para garantizar la libertad de las personas. Más tarde, con el surgimiento de la burguesía y los indicios de la modernidad, se estableció una nueva forma de entender el trabajo, pues se consideraba que éste era efectuado por el bien de la comunidad, es decir, se confiere un aspecto más humanista y sociológico a la concepción de trabajo.

Posteriormente, a inicios de la época moderna, el trabajo asume un papel más protagónico en los ámbitos económicos y psicológicos, pues se empieza a asumir que “[...] el trabajo no es solo un bien colectivo, sino también, es una actividad clave para la autonomía de los individuos. En ese sentido, gracias al trabajo se pueden obtener los medios necesarios para

vivir” (Blanch, 1996, p. 57). Así pues, el concepto de trabajo empieza a tomar un nuevo significado, en torno a lo incluyente porque deja de ser una actividad repudiada, discriminada, o esclavista, por el contrario, todos los individuos pueden trabajar y generar sus fuentes de ingresos, además que se establecen relaciones con otros individuos.

En la actualidad, la importancia del trabajo se establece en varios ámbitos como, por ejemplo, en la vida personal, familiar, profesional, en donde se establecen en diferentes formas de relación que posibilita la transformación con la naturaleza y con los demás individuos, pues posibilita que las personas que realizan un trabajo interactúen con más individuos. Ahora bien, una vez realizado este breve recorrido de la evolución histórica del trabajo, es preciso establecer el concepto de trabajo.

El trabajo es un concepto completamente antiguo, que presenta diversas acepciones las mismas que “[...] expresan las diferentes connotaciones materiales, políticas, sociales, éticas y religiosas puestas en consideración por diversas sociedades a lo largo del tiempo” (Albanesi, 2014, p. 389). Por su parte, Ricardo Ferrari (2012), define al trabajo como “[...] la transformación de la naturaleza para ponerla al servicio de la satisfacción del hombre. También suele definirse el trabajo como el gasto de energía psicofísica cuyo objetivo es la producción de bienes y servicios para la satisfacción de las necesidades humanas” (Ferrari, 2012, p. 4). Con las concepciones expuestas en líneas anteriores, es importante analizar cómo el trabajo se convierte en un derecho.

1.2.2. Derecho del Trabajo

El derecho del trabajo ha ido evolucionando gracias a los cambiantes procesos sociales, y se ha consagrado en los principios constitucionales de los Estados, principalmente en el período denominado constitucionalismo social, en donde se le ha dado firmeza y estabilidad jurídica. En

Ecuador, por ejemplo, la principal fuente del Derecho del Trabajo se evidencia en la Constitución Política del Estado (2008), la misma que presenta un conjunto de principios, derechos y garantías que se relacionan al trabajo y a su eficacia jurídica.

Santiago Guerrón (2001), refiere que la característica fundamental de las normas constitucionales del Derecho del trabajo, es “[...] la de tutelar a los trabajadores y, lo hace estableciendo un marco mínimo de derechos y garantías, dentro de los cuales deberán desarrollarse las relaciones laborales” (Guerrón, 2001, p. 13). Es decir, desde la intervención del Estado se busca establecer el respeto por parte de los empleadores a sus trabajadores mediante el cumplimiento de todas las garantías laborales que la normativa de cada país lo establece, a fin de evitar un conflicto social.

1.2.3. Principios relevantes del derecho laboral

Entre los principios más importantes del derecho laboral se encuentran:

a) Primacía de la realidad. – este principio se aplica cuando se presenta un caso de discordancia entre el empleador y el empleado, en donde debe darse preferencia a lo que sucede o acontece en el terreno de los hechos. Es menester resaltar que este principio adquiere una importancia especial en materia laboral, porque evita que el empleador esquive sus obligaciones con el empleado.

En Ecuador, este principio se encuentra presente en el artículo 12, inciso segundo del Código del Trabajo en el que se señala: “[...] a falta de estipulación expresa, se considera contrato tácito toda relación de trabajo entre empleador y trabajador” (Código del Trabajo, 2005, art. 12). Así mismo, en el artículo 21 del mismo Código se añade:

Condiciones del contrato tácito. - En los contratos que se consideren tácitamente celebrados, se tendrán por condiciones las determinadas en las leyes, los pactos

colectivos y los usos y costumbres del lugar, en la industria o trabajo de que se trate. En general, se aplicarán a estos contratos las mismas normas que rigen los expresos y producirán los mismos efectos. (Código del Trabajo, 2005, art. 21)

Como se observa, en este principio, el legislador al buscar tutelar los derechos de los trabajadores, supone la existencia de una relación laboral tácita, en la cual, si se llega a presentar un conflicto individual de trabajo, se cambia la carga de prueba, en este sentido, le corresponde al supuesto empleador desvirtuar la existencia de dicha relación laboral.

b) Pro-operario. - Este principio jurídico implica que tanto el operador de justicia como el intérprete de una norma, ante una duda de interpretación, debe optar por aquella que sea más favorable a los intereses del trabajador. En este contexto, cabe resaltar cuáles son los criterios que deben primar en la interpretación de las normas laborales, en los que se encuentran principalmente cinco que a continuación serán observados:

1. Criterio intuitivo. - bajo este criterio, “[...] debe prevalecer la interpretación más favorable al trabajador, en caso de duda” (Blanch, 1996, p. 58).

2. Criterio de la permanencia en el empleo. - bajo este criterio, “[...] la interpretación debe hacerse a favor de la subsistencia del contrato de trabajo, y no por su disolución” (Blanch, 1996, p. 58).

3. Criterio de la irrenunciabilidad de los derechos laborales.

4. Criterio de respeto a las condiciones más beneficiosas al trabajador.

5. Criterio de responsabilidad de empresarios y trabajadores respecto del cumplimiento de las obligaciones laborales.

Con lo expuesto en líneas anteriores queda claro que el intérprete, sea este judicial o administrativo, no debe abusar de este principio, mucho menos debe convertirlo en un mecanismo de creación de normas.

1.2.4. Relaciones jurídicas del trabajo

Para Manuel García (s.f), la idea de relación sugiere, “[...] la exigencia de contacto con algo, en este sentido, no se genera relación donde no existe contacto” (García, s.f, p.26). En derecho es igual, pues la relación o vínculo jurídico se establece como un aspecto nuevo el cual goza de una significación propia, que alcanza su máximo significado cuando es objeto de regulación por parte del Derecho. En este sentido, “[...] la norma toma la conformación de esa relación generando un vínculo jurídico, el mismo que no sustituye a la relación ni es la relación misma, sino su objeto” (García, s.f, p.26).

Ante lo expuesto es pertinente aclarar que la relación deviene de la relación jurídica, así pues, Savigny (1949) comprende a la relación jurídica como “[...] el fundamento mismo de la esfera en la cual la voluntad de la persona particular reina con nuestro consentimiento [...]” (p.29), es decir, se genera un derecho en la persona con un sentido de facultad, pues “[...] la relación jurídica aparece en la base y cada derecho no es sino un aspecto particular aislado mediante la abstracción, de suerte que la sentencia sobre el derecho particular solo puede ser verdadera y convincente en cuanto parte de la visión total de la relación jurídica” (Savigny, 1949, p. 30).

En este contexto, dentro del ámbito laboral, por ejemplo, el empresario y el trabajador entran en una relación jurídica laboral, que tiene como característica principal ser determinante por el hecho de brindar un servicio por parte del trabajador al empresario, es decir, en esta

relación se establece la ejecución de una obra en la que se fija una significación jurídica en principio de la relación que se crea entre el empresario y el trabajador.

1.2.5.1. Derechos de los trabajadores sustitutos

Los trabajadores sustitutos son aquellas personas que tienen bajo su tutela, cuidado o representación legal a un pariente con discapacidad severa de hasta cuarto grado de consanguinidad directa y hasta segundo grado de afinidad, de igual manera, se consideran como trabajadores sustitutos directos a aquellas madres, padres, o representantes legales de niñas, niños y adolescentes que presentan discapacidad.

En este contexto, a fin de garantizar los derechos de los trabajadores sustitutos, el Acuerdo Ministerial 2013-0041, emitido por el Ministerio de Relaciones Laborales, hace énfasis en el artículo 11, numeral 2 de la Constitución de la República (2008), en el que se establece que “[...] nadie podrá ser discriminado, por motivos de discapacidad y el Estado adoptará medidas de acción que promuevan la igualdad real a favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad o vulneración” (Acuerdo Ministerial 2013-0041, 2013, art. 11.2) .

Así mismo, el artículo 47, numeral 5 de este Acuerdo Ministerial, establece que “el Estado reconoce a las personas con discapacidad el derecho al trabajo en igualdad de condiciones y de oportunidades, fomentando además sus capacidades y potencialidades, mediante la implementación de políticas públicas que permitan su incorporación en entidades públicas y privadas” (Acuerdo Ministerial 2013-0041, 2013, art. 47.5).

Por su parte, en la Ley Orgánica de Discapacidades (2012), el artículo 46 dispone que el Consejo Nacional de Igualdad de Discapacidades, en coordinación con la autoridad nacional encargada de las relaciones laborales, estableció políticas sobre formación del trabajo, empleo, inserción y reinserción laboral, mediante la readaptación profesional y reorientación ocupacional

para personas que presenten discapacidad, promoviendo así nuevas oportunidades de empleo y facilitando el desempeño de las personas con discapacidad o de los trabajadores sustitutos.

Es importante considerar, además, el artículo 48 de la Ley Orgánica de Discapacidades (2012) en el cual se señala como sustitutos a las personas que “[...] tengan bajo su responsabilidad y/o cuidado a una persona con discapacidad severa [...]. Se considerarán como sustitutos a los padres de las niñas, niños o adolescentes con discapacidad o a sus representantes legales. De existir otros casos de solidaridad humana, la autoridad nacional encargada de la inclusión económica y social validará al sustituto, de conformidad al reglamento” (LOD, 2012, art. 48). Así mismo, se debe considerar el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, el mismo que refiere:

Las personas con discapacidad, deficiencia o condición discapacitante gozarán de estabilidad especial en el trabajo. En el caso de despido injustificado de una persona con discapacidad o de quien tuviere a su cargo la manutención de la persona con discapacidad, deberá ser indemnizada con un valor equivalente a dieciocho (18) meses de la mejor remuneración, adicionalmente de la indemnización legal correspondiente. Las personas que adquieran una discapacidad en su vida laboral, por caso fortuito o por enfermedad sobreviniente, tienen derecho a su rehabilitación, readaptación, capacitación, reubicación o reinserción, de conformidad con la Ley. Además, para la supresión de puestos no se considerarán los que ocupen las personas con discapacidad o quienes tengan a su cuidado y responsabilidad un hijo, cónyuge, pareja en unión de hecho o progenitor con discapacidad, debidamente certificado por la autoridad sanitaria nacional. (LOD, 2012, art. 51)

Por su parte, el artículo 42, numeral 33, del Código de Trabajo, establece que el contrato laboral de las personas que presenten discapacidad, debe ser por escrito e inscrito en la Inspección del Trabajo correspondiente a fin de que se mantenga un registro específico para el caso. “[...] La persona con discapacidad, que se encuentre impedida para suscribir un contrato de trabajo, lo podrá realizar por medio de su representante legal o tutor, el mismo que se demostrará con el carné expedido por el Consejo Nacional de Discapacidades” (CONADIS).

Finalmente, cabe resaltar que es necesario que en el caso del registro de contratos de un trabajo de sustitutos de personas con discapacidad, se regule y establezca un sistema que permita el control y el registro de los mismos, tal como lo refiere el numeral 1 del artículo 154 de la Constitución de la República del Ecuador, en donde textualmente se menciona: “Acuerda: Expedir el Reglamento para el Registro de Trabajadores sustitutos de Personas con Discapacidad” (CRE, 2008, art. 154.1).

1.2.5.2. Derechos propios del trabajador

Los derechos propios del trabajador son aquellos derechos de carácter irrenunciable e intangible que se encuentran sujetos y regulados por el orden normativo reconocido por la Constitución de la República, por Tratados y Convenios Internacionales y por las leyes especiales. Históricamente, a nivel mundial, el derecho del trabajo se produjo entre los siglos XIX y XX, en donde se marcaron los principales principios y derechos en cuanto al establecimiento de una relación laboral, los mismos que posibilitaron garantizarle al trabajador que acceda a un salario para el sustento de su familia.

Ante los derechos del trabajador, en el artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se hace referencia a que:

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.
2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.
3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.
4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses. (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948).

De igual manera, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), se promueve la idea de un trabajo equitativo, productivo que genere un ingreso, el mismo que le posibilite al trabajador y a su familia tener una vida digna, acceder a todos los beneficios que le brinda la Seguridad Social, y a garantizar el oportuno sustento ante la jubilación del trabajador o ante cualquier situación de accidente laboral.

En la búsqueda de sus derechos, el trabajador busca un desarrollo integral en cuanto a que se le garantice la igualdad de oportunidades, sin importar su identidad étnica, cultural, ideologías políticas, género o religión, respetando sus valores y atribuciones básicas de vida como: la libertad, la equidad, la seguridad y sobre todo dignidad humana, los mismos que se encuentran establecidos en las normas, principios y derechos fundamentales de los trabajadores.

Paúl Maldonado (2020) refiere que:

Existen ciertos derechos de los trabajadores que se deben considerar, que son propios y forman parte del Derecho Laboral, que no solo le confieren

sustantividad propia, sino que también le sirven de fundamento para determinar el espíritu y el alcance de las normas jurídicas laborales, de los cuales el Estado es garante de su intangibilidad. (Maldonado, 2020, p. 21)

Dentro de los derechos propios del trabajador que se inscriben en la normativa ecuatoriana se encuentran:

- La intangibilidad de los derechos
- La irrenunciabilidad de los derechos
- La transacción laboral, in dubio pro operario
- La obligatoriedad del trabajador
- La libertad de trabajo
- El derecho al trabajo
- El derecho a la huelga
- El derecho a la vida, a la integridad física y a la integridad psíquica del trabajador
- El respeto y protección a la vida privada del trabajador y a la honra del trabajador y de toda su familia
- La libertad de expresión, opinión e información del trabajador sin cesura previa
- La libertad de asociación del trabajador
- La libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva del trabajador
- La abolición del trabajo forzoso al que eran obligados los trabajadores
- La erradicación del trabajo infantil
- La eliminación de toda forma de discriminación, principalmente, en materia de empleo y ocupación del trabajador

Así mismo, en el artículo 326 de la Constitución de la República (2008) hace referencia a el derecho al trabajo bajo los siguientes principios:

- Derecho al pleno empleo y la eliminación del subempleo y del desempleo.
- Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles.
- En caso de duda se aplicarán el sentido más favorable a las personas trabajadoras.
- El trabajo de igual valor tendrá igual remuneración.
- El Desarrollo laboral contará con un ambiente adecuado y propicio.

De igual manera, existen convenios internacionales, los mismos que se encuentran ratificados por el Ecuador y que de forma libre y voluntaria se incorporan a la Organización Internacional del Trabajo, por lo tanto, se acepta la existencia de derechos que encuentran en la Constitución, ya que son derechos universales que forman parte de los derechos humanos, por tanto, son aplicables y exigibles dentro de la sociedad laboral a nivel mundial.

1.2.5.3. Derechos reconocidos en favor de los niños, niñas y adolescentes en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia

En la Constitución del Ecuador (2008), se les reconoce a niñas, niños y adolescentes los derechos comunes del ser humano, además del reconocimiento específico de los derechos de su edad, disponiendo la obligación del Estado, de la sociedad y la familia de promover, de forma prioritaria, su desarrollo integral y asegurar el ejercicio pleno de sus derechos. Además, en la Constitución se ordena que, al tratarse de niñas, niños y adolescentes, se debe atender al principio de su interés superior, a fin de que prevalezcan sus derechos sobre los de las demás personas. De igual manera, en la Constitución de la República (2008), se garantiza el desarrollo integral de niñas, niños y adolescentes, entendiendo a éste como “[...] un proceso de

crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto, de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y de seguridad” (CRE, 2008, artículos 44 y 45).

Así mismo, el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (2003) organiza los derechos de niñas, niños y adolescentes en cuatro grupos que priorizan y reivindican la defensa de su integridad:

- De supervivencia
- De desarrollo
- De protección
- De participación

Cabe resaltar que en Ecuador existen varios fundamentos conceptuales y normativos que buscan proteger a niñas, niños y adolescentes, entre ellos se encuentran:

- Código Orgánico de Niñez y Adolescencia (2003)
- Sistema Nacional de Protección Integral de Niñez y Adolescencia (2003)
- Consejo Nacional de Niñez y Adolescencia – Consejos Cantonales de Niñez y Adolescencia (2003)
- Constitución de la República del Ecuador (2008)
- Estado constitucional de derechos y justicia. Estado regulatorio (2008)
- Sistema Inclusión y Equidad Social (ejecutivo) (2008)
- Código Orgánico de Organización Territorial, Descentralización y Autonomía (2010)
- Sistemas Cantonales de Protección de Derechos (2010)
- Consejos Nacionales para la Igualdad / Consejos Cantonales de Protección de Derechos (2010)

- Ley Orgánica de Consejos para la Igualdad (2014)
- Sistema Protección de Derechos (2014)
- Sistemas especializados de protección (2014)
- Consejos responsables de asegurar la plena vigencia y el ejercicio de derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos (2014)

1.3. Normatividad

1.3.1. Normativa nacional

Dentro de la normativa nacional que se va analizar en el presente apartado, a fin de enriquecer el tema de investigación propuesto se encuentran: la Constitución de la República del Ecuador, el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, el Código Orgánico de la Función Judicial, el Código del Trabajo, y la Ley Orgánica de Discapacidades en Ecuador.

1.3.1.1. Constitución de la República del Ecuador

Con respecto al tema de investigación propuesto, se considera oportuno revisar los siguientes artículos de la Constitución de la República del Ecuador, inscrita en el Registro Oficial 449 el 20 de octubre de 2008.

El trabajo como un derecho y un deber social, se inscribe en el artículo 33 de la Constitución y se hace referencia de manera textual a:

Art. 33.- El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y

retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado. (CRE, 2008, art. 33)

En lo que concierne a la atención prioritaria y especialidad de niñas, niños y adolescentes con discapacidad, el artículo 35 de la Constitución señala textualmente:

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

Para garantizar el debido proceso en el aspecto jurídico, el artículo 76, numeral 7, literal I de la Constitución señala:

Art.76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 7) El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: 1) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados. (CRE, 2008, art. 76.7.1)

Así mismos, en el artículo 130 de la Constitución se habla sobre el derecho a la inserción y accesibilidad en igualdad de condiciones al trabajo remunerado, que señala lo siguiente:

Art. 330.- Se garantizará la inserción y accesibilidad en igualdad de condiciones al trabajo remunerado de las personas con discapacidad. El Estado y los empleadores implementarán servicios sociales y de ayuda especial para facilitar su actividad. Se prohíbe disminuir la remuneración del trabajador con discapacidad por cualquier circunstancia relativa a su condición. (CRE, 2008, art. 330)

Si bien en la Constitución se establecen varios artículos que hacen referencia a derechos laborales que protegen principalmente a las personas con discapacidad, así como también a las personas que tienen bajo su cargo la responsabilidad de niñas, niños y adolescentes con discapacidad, existen muchos vacíos en cuanto a la igualdad formal ante la ley sobre el trabajo de personas con discapacidad, así se evidenció en la Sentencia No. 172-18-SEP-CC.

1.3.1.2. Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia del Ecuador

A continuación, se detallan de manera textual los artículos que se consideran más relevantes dentro de la presente investigación:

[...] Art. 6.- Igualdad y no discriminación. Todos los niños, niñas y adolescentes son iguales ante la ley y no serán discriminados por causa de su nacimiento, nacionalidad, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma, religión, filiación, opinión política, situación económica orientación sexual, estado de salud, discapacidad o diversidad cultural o cualquier otra condición propia o de sus progenitores, representantes o familiares. (CONNA, 2003, art. 6)

De igual manera se considera oportuno citar el artículo 26 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia de Ecuador (2003), el mismo que hace referencia textual a:

[...] Art. 26.- Derecho a una vida digna. - Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a una vida digna, que les permita disfrutar de las condiciones socioeconómicas necesarias para su desarrollo integral. [...] Para el caso de los niños, niñas y adolescentes con discapacidades, el Estado y las instituciones que las atienden deberán garantizar las condiciones, ayudas técnicas y eliminación de barreras arquitectónicas para la comunicación y transporte. (CONNA, 2003, art. 26)

Así mismo, se considera oportuno citar el artículo 42 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia de Ecuador (2003), el mismo que hace referencia textual a:

[...] Art. 42.- Los niños, niñas y adolescentes con discapacidades tienen derecho a la inclusión en el sistema educativo, en la medida de su nivel de discapacidad. Todas las unidades educativas están obligadas a recibirlos y a crear los apoyos y adaptaciones físicas, pedagógicas, de evaluación y promoción adecuados a sus necesidades. (CONNA, 2003, art. 42)

Finalmente, se considera oportuno citar el artículo 55 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia de Ecuador (2003), el mismo que hace referencia textual a:

[...] Art. 55.- Derecho de los niños, niñas y adolescentes con discapacidades o necesidades especiales. Además de los derechos y garantías generales que la ley contempla a favor de los niños, niñas y adolescentes, aquellos que tengan alguna discapacidad o necesidad especial gozarán de los derechos que sean necesarios para el desarrollo integral de su personalidad hasta el máximo de sus potencialidades y para el disfrute de una vida plena, digna y dotada de la mayor autonomía posible, de modo que puedan participar activamente en la sociedad, de acuerdo a su condición. Tendrán

también el derecho a ser informados sobre las causas, consecuencias y pronóstico de su discapacidad y sobre los derechos que les asisten. (CONNA, 2008, art. 55)

Como se observa, en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia de Ecuador resaltan artículos descritos que hacen referencia a los derechos de niñas, niños y adolescentes con discapacidad y en los mismos, se precautela el derecho a la igual y no discriminación, el derecho de una vida digna y el derecho a la inclusión educativa de niños, niñas y adolescentes con discapacidad, y su pertinencia dentro del presente análisis ayuda a reivindicar su valor.

1.3.1.3. Código Orgánico de la Función Judicial

En el Código Orgánico de la Función Judicial resaltan los siguientes artículos que contribuyen a enriquecer el presente análisis:

[...] Art. 4.- Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido. En consecuencia, cualquier jueza o juez, de oficio o a petición de parte, sólo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, la que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. (COFJ, 2009, art. 4)

De igual manera se considera oportuno citar el artículo 5 del Código Orgánico de la Función Judicial (2009), el mismo que hace referencia textual a:

[...] Art. 5.- Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y las servidoras y servidores de la Función Judicial, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos cuando estas últimas sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, o para negar el reconocimiento de tales derechos. (COFJ, 2009, art. 5)

Así mismo, se considera oportuno citar el artículo 6 del Código Orgánico de la Función Judicial (2009), el mismo que hace referencia textual a:

[...] Art. 6.- Las juezas y jueces aplicarán la norma constitucional por el tenor que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos garantizados por la norma, de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional. (COFJ, 2009, art. 6)

Además, se considera oportuno citar el artículo 15 del Código Orgánico de la Función Judicial (2009), el mismo que hace referencia textual a:

[...] Art. 15.- La administración de justicia es un servicio público que debe ser prestado de conformidad con los principios establecidos en la Constitución y la ley. En

consecuencia, el Estado será responsable en los casos de error judicial, detención arbitraria, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso. (COFJ, 2009, art. 15)

Finalmente, se considera oportuno citar el artículo 29 del Código Orgánico de la Función Judicial (2009), el mismo que hace referencia textual a:

[...] Art. 29.- Al interpretar la ley procesal, la jueza o juez deberá tener en cuenta que el objetivo de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley sustantiva o material. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas procesales, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumplan las garantías constitucionales del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes. (COFJ, 2009, art. 29)

Como se aprecia, en el Código Orgánico de la Función Judicial se establece la actuación de servidoras y servidores judiciales, la misma que responde a los principios y disposiciones constitucionales como una garantía de los derechos, así pues, se hace referencia al principio de supremacía constitucional (art. 4), principio de aplicabilidad directa e inmediata de la norma constitucional (art. 5), interpretación integral de la norma constitucional (art. 6), principio de responsabilidad (art. 15), y de la interpretación de normas procesales (art. 29), con los artículos anteriormente citados se sustenta la temática planteada en torno a la aplicación e interpretación de la normativa nacional a fin de evitar vulnerar derechos constitucionales.

1.3.1.4. Código del Trabajo

Dentro del Código de Trabajo, los artículos que se consideraron oportunos para enriquecer el presente trabajo de investigación, se inscriben los siguientes de manera textual:

[...] Art. 4.- Irrenunciabilidad de derechos. - Los derechos del trabajador son irrenunciables. Será nula toda estipulación en contrario. (CT, 2005, art. 4)

De igual manera se considera oportuno citar el artículo 7 del Código del Trabajo (2005), el mismo que hace referencia textual a:

[...] Art. 7.- 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. (CT, 2005, art. 7)

El siguiente artículo fue agregado en Título incluida Fe de Erratas, publicada en Registro Oficial 223 de 7 de marzo del 2006.

Art. ...- El Estado garantizará la inclusión al trabajo de las personas con discapacidad, en todas las modalidades como empleo ordinario, empleo protegido o autoempleo tanto en el sector público como privado y dentro de este último en empresas nacionales y extranjeras, como también en otras modalidades de producción a nivel urbano y rural. (CT, 2006, artículo agregado)

El siguiente artículo fue agregado por Ley No. 28, publicada en Registro Oficial 198 de 30 de enero del 2006. “[...] Art...- La contratación, el desempeño, el cumplimiento y las reclamaciones entre empleadores y trabajadores con discapacidad, se sujetarán a las normas y procedimientos generales de la ley”. (CT, 2006, artículo agregado)

Se evidencia en este contexto que la aplicación del Código de Trabajo posibilita garantizar los derechos del trabajador de irrenunciabilidad, de aplicación favorable al trabajador, de la inclusión al trabajo, el derecho de la contratación, desempeño y cumplimiento de los trabajadores, todo ello con el fin de garantizar sus derechos en el ámbito laboral.

1.3.1.5. Ley orgánica de discapacidades en Ecuador

En la Ley Orgánica de Discapacidades (2012) se incorporó una norma que se encuentra relacionada con la permanencia en el trabajo de personas que presenten discapacidad, a fin de que el empleador no pueda incurrir en despidos unilaterales, así lo establece el artículo 51 de la mencionada Ley que señala lo siguiente:

Artículo 51.- Estabilidad laboral. - Las personas con discapacidad, deficiencia o condición discapacitante gozarán de estabilidad especial en el trabajo. [...] Además, para la supresión de puestos no se considerarán los que ocupen las personas con discapacidad o quienes tengan a su cuidado y responsabilidad un hijo, cónyuge, pareja en unión de hecho o progenitor con discapacidad, debidamente certificado por la autoridad sanitaria nacional. (LOD, 2012, art. 51)

En este sentido, se observa que el referido artículo posibilita el garantizar la estabilidad laboral de personas que presentan discapacidad o que tengan bajo su cargo a personas con discapacidad, de ahí la importancia de citar el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, ya que contribuye con el objeto base de la presente investigación el mismo que es el de garantizar los derechos de niños, niñas y adolescentes con discapacidad y el de sus familiares quienes se encargan de su cuidado.

1.3.2. Normativa Internacional

Dentro de la normativa internacional que se analizará en el presente apartado y que tiene relación con la temática propuesta en la presente investigación , se encuentran: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana de los Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Económicos y Sociales, observaciones y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Resoluciones internacionales, opiniones consultivas y Sentencias de otras Cortes de Derechos Humanos del mundo.

1.3.2.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) recoge treinta artículos que garantizan los derechos humanos catalogados como básicos, y en la pertinencia que se considera abordar en la temática de investigación propuesta, se revisa el artículo 23, numerales 1, 2, 3, y 4; y artículo 25, numeral 1, los mismos que textualmente refieren:

El Artículo 23 refiere:

“[...] 1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo” (DUDH, 1948, art. 23).

“[...] 2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual” (DUDH, 1948, art. 23).

“[...] 3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad

humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social” (DUDH, 1948, art. 23).

“[...] 4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses”. (DUDH, 1948, art. 23)

El Artículo 25 manifiesta:

“[...] 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”. (DUDH, 1948, art. 25)

Tanto el artículo 23 como el artículo 25 hacen refieren al derecho que toda persona debe tener en cuanto a un trabajo digno que le garantice condiciones equitativas sin discriminación alguna, así como también el derecho de tener un nivel de vida adecuado en donde se desarrolle la una calidad de vida digna para todo ser humano, de ahí la importancia de referir los citados artículos dentro del presente investigación ya que a través de ellos se puede evidenciar que por el desconocimiento de los mismos se ha vulnero el derecho de una empleada pública que tiene a su cargo un hijo con discapacidad.

1.3.2.2. Convención Americana de Derechos Humanos

La Convención Americana de Derechos Humanos (1977) establece la obligación que tienen los Estados partes para dar cumplimiento y garantía de los derechos económicos, sociales y culturales que se encuentran contenidos en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, como un mecanismo de protección de los derechos y libertades de los seres

humanos, a continuación se inscriben textualmente los artículos 19 y 24 que por su pertinencia se los ha considerado dentro de la presente investigación.

[...] Art. 19.- Derechos del Niño: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. (CADH, 1977, art. 19)

[...] Art. 24.- Igualdad ante la Ley: “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”. (CADH, 1977, art. 24)

1.3.2.3. Pacto de Derechos Económicos y Sociales

El Pacto de Derechos Económicos y Sociales (1966) es un tratado de carácter multilateral que reconoce los derechos económicos, sociales y culturales, mediante el establecimiento de mecanismos que contribuyen para su protección y garantía. Dentro de los artículos que se consideran oportunos en el desarrollo de la presente investigación se encuentran los siguientes:

El Artículo 7 manifiesta:

[...] Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativa y satisfactoria que le aseguren en especial:

- a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:
 - i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual;
 - ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto;

c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad;

d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos. (PDES, 1966, art. 7)

Artículo 9.- Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social. (PDES, 1966, art. 9)

Artículo 10.- Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

[...] 3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil. (PDES, 1966, art. 10.3)

1.3.2.4. Observaciones y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Según Krsticevic y Tojo (2007), la Corte Interamericana de Derechos Humanos cumple dos funciones principales: la jurisdiccional y la consultiva. Con respecto a la función jurisdiccional, posibilita el impartir justicia dentro del ámbito de procesos contenciosos por eventuales violaciones que ejercen los Estados, dejando efectos vinculantes ineludibles. Por su

parte, la función consultiva tiene como objeto asesorar o guiar, en cuanto se presenta un alcance abstracto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o cuando se presente un caso concreto (Krsticevic & Tojo, 2007, p. 157). Cabe resaltar que desde 1982, la Corte Interamericana de Derechos Humanos definió los márgenes y parámetros de su función consultiva, sin embargo, a través del tiempo esto ha ido variado según el contexto temporal y político en el Continente.

El Artículo 64.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos habla sobre los sujetos consultantes y establece que las opiniones consultivas “serán aplicables al sentido no únicamente de la Convención, sino de los demás instrumentos relativos a la protección de los Derechos Humanos en los Estados” (CADH, 1969, art. 64.1).

Por su parte, en el 64.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, se hace referencia al análisis de la compatibilidad de las leyes internas de cada Estados, en relación con los instrumentos de la Convención Americana a fin de establecer su competencia consultiva, la misma que no puede desviarse hacia otros que no sean la protección de los derechos y libertades que se encuentran protegidos por la Convención (CADH, 1969, art. 64.2).

1.3.2.5. Sentencias y resoluciones relevantes relacionadas con el derecho al trabajo y personas discapacitadas

Dentro de las resoluciones de gran valía jurídica que aportan en el enriquecimiento del presente trabajo de investigación, se encuentra el caso de los trabajadores cesados de PETROPERÚ y otros vs. Perú (Sentencia de 23 de noviembre de 2017) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el que se declara que:

El Estado es responsable por la violación a los derechos a las garantías judiciales y la protección judicial, consagrados en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana

sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de los 25 trabajadores de Enapu, los 39 trabajadores de Minedu, y los 15 trabajadores de MEF, listados en el anexo adjuntado a la presente Sentencia, de conformidad con los párrafos 159 a 162 y 173 a 181 de la presente Sentencia. (CIDH, 2017, p.87)

Por su parte, dentro del caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela (Sentencia de 8 de febrero de 2018), la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que:

[...] la terminación de sus contratos constituyó un acto de desviación de poder, en el cual se habría utilizado una facultad discrecional prevista en los contratos como un velo de legalidad respecto de la verdadera motivación de sancionarlas por la expresión de su opinión política mediante la firma de dicha solicitud. Lo anterior habría ocurrido en un contexto de significativa polarización en que el entonces Presidente y otros altos funcionarios estatales habrían efectuado declaraciones simultáneas al momento de la presentación de las firmas al Consejo Nacional Electoral, cuyos contenidos reflejarían formas de presión para no firmar y amenazas de represalias, así como con la creación y publicación de la denominada “Lista Tascón” (la cual incluía la identidad de los firmantes). Así, la Comisión consideró que tal acto representó una sanción implícita violatoria de sus derechos políticos, una discriminación por opinión política y una restricción indirecta a la libertad de expresión. Concluyó, asimismo, que el recurso de amparo y la investigación penal, así como una denuncia ante la Defensoría del Pueblo, no constituyeron recursos eficaces para examinar tal supuesto de desviación de poder. (CIDH, 2018, p. 69)

Con respecto a los derechos humanos de las personas con discapacidad, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, emitió la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2005/65, en la que se hace una exhortación a los gobiernos para que adopten medidas en torno a:

[...] a) Asegurar que las personas con discapacidad disfruten plenamente y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales;

[...] b) Prevenir y prohibir todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad;

[...] c) Garantizar la igualdad de oportunidades para la plena participación de las personas con discapacidad en todas las esferas de la vida;

[...] d) Incorporar una perspectiva de género en todos los esfuerzos encaminados a promover y proteger el disfrute pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos por las personas con discapacidad. (ACNUDH, 2005, Resolución 2005/65)

Finalmente, cabe resaltar la Sentencia No. 080-13-SEP-CC, Caso No. 0445-11-EP, que resulta análogo dentro de la presente investigación por su carácter de protección a los grupos de atención prioritaria, y en su parte pertinente resalta:

[...] Tal como lo ha entendido la Corte Constitucional colombiana y lo incorpora esta Corte Constitucional en esta sentencia, tiene como objetivo “asegurar que las personas que ostentan una condición de debilidad, gocen del derecho a la igualdad real y efectiva, que se traduce en materia laboral, en la garantía de permanencia en un empleo como medida de protección especial ante actos de discriminación cuando ello sea del caso, y conforme con la capacidad laboral del trabajador”, de suerte que, a menos de que exista

una razón objetiva que tiene como finalidad desvirtuar la presunción de inconstitucionalidad a la que se encuentra sometida una decisión de terminación de la relación laboral [...] (Sentencia No. 080-13-SEP-CC, Caso No. 0445-11-EP)

Dentro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se han considerado dos sentencias análogas al derecho del trabajo, en el Caso Baena Ricardo y otros, 270 trabajadores vs. Panamá, sentencia del 2 de febrero de 2001, por ejemplo, la Corte amparó de forma directa la protección de un derecho laboral: el derecho a la libertad de asociación sindical, en este sentido, la Corte de Panamá en base a la jurisprudencia internacional, dictó una sentencia que ampara las pretensiones de las víctimas como una forma de satisfacción.

Con respecto al Caso trabajadores cesados del congreso Aguado Alfaro y otros vs. Perú, sentencia del 24 de noviembre de 2006, la Corte Interamericana declaró al Estado peruano como el responsable por la violación de derechos de los trabajadores generando como consecuencia la privación injusta de su empleo y derecho a una remuneración, interrupción del acceso a la seguridad social por parte de los trabajadores, cese de acumulación de los años de servicio de los trabajadores, entre otras.

1.3.2.5.1. Opiniones Consultivas

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos elevó su opinión consultiva OC-17/2002, de fecha 28 de agosto de 2002, considerando como antecedente de que en las distintas legislaciones de los países americanos, la vigencia de los derechos y garantías establecidos en los artículos 8 y 25 por la Convención Americana no se considera como un aspecto pleno respecto a los niños como sujetos y actores dentro de la jurisdicción penal, civil y administrativa, ante esto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que:

[...] La Opinión Consultiva afirma categóricamente el deber general de los Estados Partes en la Convención Americana, como garantes del bien común, de organizar el poder público para garantizar a todas las personas bajo sus respectivas jurisdicciones el libre y pleno ejercicio de los derechos convencionalmente protegidos, - obligación ésta exigible no sólo en relación con el poder estatal sino también en relación con "actuaciones de terceros particulares". (Opinión Consultiva OC-17/2002, 2002, párr. 87)

**CAPÍTULO II: ANÁLISIS JURÍDICO DEL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DE
NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES CON DISCAPACIDAD Y EL DERECHO AL
TRABAJO DE LAS PERSONAS A CARGO DE SU CUIDADO A PARTIR DE LA
SENTENCIA NO. 172-18-SEP-CC DE LA CORTE CONSTITUCIONAL
ECUATORIANA**

El presente capítulo tiene como finalidad realizar un análisis respecto a la acción extraordinaria de protección, presentada en contra de la Sentencia No.253-2012, de fecha 24 de octubre de 2013, dictada por los jueces integrantes de la Sala Única de la Corte Superior de Justicia de Santa Elena en el recurso de apelación, en la cual se resolvió denegar el recurso interpuesto y confirmar la sentencia de primera instancia No. 277-2012. Para ello se analizarán los antecedentes del caso en concreto, decisiones de primera y segunda instancia, procedimiento de la Corte Constitucional en el Ecuador, problemas jurídicos planteados ante la Corte Constitucional ecuatoriana, argumentos de la Corte Constitucional en relación al derecho al trabajo y a la atención prioritaria, medidas de reparación dispuestas por la Corte Constitucional, y propuesta crítica a la sentencia constitucional.

2.1. Comentario crítico del caso No. 172-18-SEP-CC, de la Corte Constitucional

Ante la acción extraordinaria de protección presentada por la señora Mónica Maritza Estrella Pérez, la Corte Constitucional tuvo un gran reto al analizar las sentencias de primera y segunda instancia a fin de determinar si existió o no la vulneración de derechos constitucionales por parte de los operados de justicia que avocaron conocimiento de la causa en primera instancia. Al revisar las sentencias, la Corte Constitucional evidenció que la sentencia objeto de análisis no cumplió con los parámetros establecidos para una motivación oportuna, en este sentido, la Corte

considera que se vulneró el derecho al debido proceso y a la garantía de una fundamentación adecuada tal como lo establece el artículo 76, numeral 7, literal 1) de la Constitución de la República del Ecuador (2008).

Además, la Corte Constitucional, determinó que se vulneró derecho de atención prioritaria de Mauricio Xavier Carrera Estrella en su condición de persona con discapacidad, y en aras de garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, la Corte consideró oportuno dictar una sentencia con carácter aditiva con respecto al artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, en donde se dispone la adhesión del siguiente texto:

Art. 51.- Estabilidad laboral. - Las personas con discapacidad, deficiencia o condición discapacitante gozarán de estabilidad especial en el trabajo.

En el caso de despido injustificado de una persona con discapacidad o de quien tuviere a su cargo la manutención de la persona con discapacidad, deberá ser indemnizada con un valor equivalente a dieciocho (18) meses de la mejor remuneración, adicionalmente de la indemnización legal correspondiente.

Las personas que adquieran una discapacidad en su vida laboral, por caso fortuito o por enfermedad sobreviniente, tienen derecho a su rehabilitación, readaptación, capacitación, reubicación o reinserción, de conformidad con la Ley. Además, para la supresión de puestos no se considerarán los que ocupen las personas con discapacidad o quienes tengan a su cuidado y responsabilidad un hijo, cónyuge, pareja en unión de hecho o progenitor con discapacidad, debidamente certificado por la autoridad sanitaria nacional. (LOD, 2012, art. 51)

En la Sentencia No. 172-18-SEP-CC, de la Corte Constitucional, se observa además que, no es necesario que el servidor público o trabajador privado declare de forma expresa que tiene

bajo su cuidado a una persona con discapacidad severa, ante el Ministerio de Trabajo para que formalmente se lo considere como un trabajador o servidor sustituto, pue esto no le impide alegar una vulneración de derechos mediante la vía jurídica de acción de protección. Este referente marca un escenario importante dentro del marco legal ecuatoriano, porque permite deducir que no es necesario ni obligatorio contar con un documento legal que constituya al trabajador como servidor sustituto para que éste pueda alegar la vulneración de sus derechos constitucionales (p. 26) .

De igual forma, la Sentencia No. 172-18-SEP-CC, considera el establecimiento de un trato distinto a una persona con discapacidad, de igual manera se establecen diferencias entre el sector público, es decir, esta sentencia no corrigió en su totalidad la violación de derechos en cuanto a la igualdad formal que se debe establecer ante la ley para personas que presenten discapacidad.

2.1.1. Antecedentes del caso concreto

A través del concurso de méritos y oposición, la señora Mónica Maritza Estrella Páez, ingresó a trabajar en la Comisaria de la Mujer y la Familia del Cantón Santa Elena como servidor público 1, con nombramiento provisional, mediante acción de personal No. 119313, el 03 de agosto de 2009. Posteriormente, con acción de personal No. GRH-025-20L0 de fecha 17 de febrero del 2010, se le otorgó un nombramiento regular en el cargo de servidor público 1 de la Comisaría de la Mujer y la Familia de Santa Elena, en esta acción de personal se establece que la señora Mónica Estrella goza de dos horas diarias de permiso conforme lo establecido en el artículo 33, inciso quinto de la Ley Orgánica de Servicio Público de las personas con discapacidades o enfermedades catastróficas.

Con fecha viernes 27 de abril, de 2012, a las 12h05, la señora Mónica Estrella fue

notificada con la acción de personal No. 000053 de fecha 27 de abril de 2012, suscrita por el Ing. Jhon Paúl Soto García, Gobernador de la provincia de Santa Elena, mediante la cual se le notificaba que se le han cesado sus mis funciones, a partir de este hecho la Sra. Estrella decidió interponer una acción de protección ante el Juzgado Segundo de lo Civil y Mercantil de Santa Elena, que mediante sorteo se le asignó el No. de causa 277-2012. Mediante providencia de fecha 22 de mayo de 2012, el Ab. Roosevelt Serrano García, Juez Temporal del Juzgado Segundo de lo Civil y Mercantil de Santa Elena, avocó conocimiento de la presente Acción de Protección, y convocó para el día lunes 28 de junio de 2012, la Audiencia Oral Pública, en donde se escuchó a las dos partes (parte accionante y parte demandada) y se determinó mediante interpretación de la ley que no existe nulidad del acto accionado por cuanto fue expedido por autoridad competente y sin omitir ninguna formalidad legal, además, el juez de primera instancia consideró que la acción de protección es improcedente por cuanto no se evidencia la violación de derechos constitucionales, argumentando que la parte accionante tenía que reclamar sus derechos ante la Sala de lo Contencioso Administrativo, por lo que se desecha la acción de protección interpuesta por la señora Mónica Estrella.

Al no obtener una sentencia favorable, la señora Mónica Estrella interpuso el recurso de apelación, ante la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Santa Elena, en donde se asignó por sorteo el No. de causa 253-2012. Con fecha 20 de agosto de 2012, luego del análisis jurídico respectivo, la Sala resolvió “[...] declarar la nulidad procesal de oficio a partir del auto de calificación, devolviendo el proceso al juzgado de origen, mediante providencia de fecha miércoles 5 de septiembre del 2012, posteriormente, con fecha 25 de septiembre de 2012, el juez *a-quo* emitió una resolución de inadmisión de la acción de protección presentada por la señora Mónica Estrella” (CPJSE, Sentencia No. 253-2012).

Ante esta negativa, con fecha 12 de noviembre de 2013, la señora Mónica Estrella presentó una acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional del Ecuador en contra de la sentencia No. de causa 253-2012, emitida por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Santa Elena. Con fecha 06 de febrero de 2014, se admitió el trámite de acción extraordinaria de protección que presentó la Sra. Estrella, mediante sorteo se designó a los jueces constitucionales: Antonio Gagliardo Loor, María Maldonado Sánchez y Ruth Seni Pinargote.

2.1.2. Decisiones de primera y segunda instancia

En la causa No. 277-2012, de acción de protección, el Ab. Roosevelt Serrano García, Juez Temporal del Juzgado Segundo de lo Civil y Mercantil de Santa Elena, avocó conocimiento de la misma, y convocó para el día lunes 28 de junio de 2012, la Audiencia Oral Pública, a la que comparecieron la parte accionante, señora Mónica Maritza Estrella Páez, acompañada por su defensa técnica, en su intervención manifestaron que a la parte accionante se le ha vulnerado sus derechos y los derechos de su hijo quien presenta una discapacidad severa del 84%, la defensa técnica refiere que se ha incumplido el artículo 47, literal k de la LOEP (2009) que contempla “[...] la compra de renuncia como una forma de cesación de funciones y conforme el Decreto Ejecutivo 813 viabiliza la aplicación de la norma legal, y en el se establece un monto indemnizatorio” (LOEP, 2009, art. 47).

Ante la argumentación de la parte accionante, el juez de primera instancia consideró que no se ha violado ningún derecho, en virtud de que la aplicación de este artículo conlleva a un acto administrativo legal, por lo tanto, la norma legal y el decreto ejecutivo que se aplicó en su caso, se encuentran completamente motivados, y en este sentido, no se puede declarar nulidad del acto por cuanto fue expedida por una autoridad competente quien no omitió ninguna formalidad legal.

En este contexto, el juez de primera instancia consideró que la acción de protección presentada por la señora Mónica Estrella es improcedente por cuanto no se desprende de la violación de derechos constitucionales y que esta causa debía ser reclamada ante la Sala de lo Contencioso Administrativo, por lo que se dispone desechar la presente acción de protección.

Por su parte, dentro del recurso de apelación en la causa No. 253-2012, presentada ante la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Santa Elena, se resolvió declarar la nulidad procesal basando su análisis en el artículo 45, numeral 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el mismo que hace referencia a la improcedencia de la acción de protección (p. 14), en este contexto, de oficio a partir del auto de calificación, se devuelve el proceso al juzgado de origen. Es decir, la autoridad jurisdiccional, fundamentó su resolución en base al criterio de los artículos 47 literal k), 64 y 69 de la Ley Orgánica de Servicio Público en donde se hace referencia a: “[...] cesación definitiva de funciones por compra de renuncia con indemnización, regulación del trabajo de funcionarios públicos con discapacidad o enfermedades catastróficas, y el derecho a demandar que tiene todo funcionario público” (CPJSE, Sentencia No. 253-2012, p. 14). Finalmente, al momento de emitir su resolución, el juez de la Sala identificó las prescripciones normativas en las que radicó su competencia para avocar conocimiento y generar una resolución ante el recurso de apelación que se puso en su conocimiento.

2.1.3. Procedimiento de la Corte Constitucional en el Ecuador

La Sala de Admisión de la Corte Constitucional del Ecuador, con fecha 06 de febrero de 2014, admitió a trámite la acción extraordinaria de protección No. 172-18-SEP-CC, presentada por la señora Mónica Maritza Estrella Páez, las principales consideraciones que analizó la Corte Constitucional en torno a esta causa, discurren sobre la inadmisión de la acción de protección por

parte de la Sala Única de la Corte Superior de Justicia de Santa Elena ante la apelación presentada por la parte actora quien identifica que “[...] se le ha vulnerado el derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador” (CCE, 2018, Acción Extraordinaria de Protección No. 172-18-SEP-CC), así mismo la parte accionante refiere que se le ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 75 de la Constitución de la República del Ecuador, así como también las disposiciones constitucionales contenidas en los artículos 169 y 172 de la Constitución.

Con respecto a la vulneración del debido proceso, la Corte Constitucional analizó los tres requisitos indispensables que toda decisión judicial debe tener con respecto a la motivación fundamentada en cada caso. En este sentido, al revisar la sentencia No. 253-2012 la Corte concluyó que la Sala utilizó y cumplió con el parámetro de razonabilidad, toda vez que la sentencia contiene las fuentes de derecho oportunas que le permitió a la autoridad emitir su decisión. Con respecto a la utilización de la lógica, la Corte Constitucional refiere que existen fallas en la coherencia del razonamiento judicial, lo cual deriva en una vulneración del derecho constitucional al debido proceso por la falta de una oportuna motivación.

Finalmente, con respecto a la comprensibilidad, la Corte Constitucional menciona que si bien la decisión judicial impugnada presenta un lenguaje sencillo, claro y de fácil entendimiento, ésta carece de un análisis coherente que posibilite comprender las razones por las cuales el juzgador decidió emitir la sentencia dentro del caso en concreto. En este contexto, la Corte Constitucional refiere que la sentencia No. 253-2012, si vulneró el derecho al debido proceso en su garantía de una oportuna fundamentación por parte de las resoluciones de autoridades judiciales, conforme lo contempla el artículo 76, numeral 7, literal 1) de la Constitución de la República del Ecuador.

Con los argumentos anteriormente expuestos, la Corte Constitucional considera como medida de restitución de los derechos vulnerados, dejar sin efecto las sentencias 277-2012 y 253-2012, en virtud de que en ellas no se ha considerado el grado de vulnerabilidad que presenta la señora Mónica Maritza Estrella Páez y la condición de atención prioritaria de su hijo Mauricio Xavier Carrera Estrella quien tiene una discapacidad del 84%, de ahí que con el objeto de reparar los derechos constitucionales vulnerados, la Corte Constitucional dispone la reintegración a su puesto de trabajo a la señora Mónica Estrella.

2.1.4. Problemas jurídicos planteados ante la Corte Constitucional ecuatoriana

Dentro de la acción extraordinaria de protección, la Corte Constitucional del Ecuador realizó un análisis profundo en el que se determinó que existen cuatro problemas jurídicos que se desarrollaron de la siguiente manera:

Primer problema jurídico: [...] a) La sentencia dictada el 24 de octubre de 2013, las 16h50, dictada por los jueces integrantes de la Sala Única de la Corte Superior de Justicia de Santa Elena dentro del expediente de apelación No. 253-2012, ¿vulneró el derecho al debido proceso en la garantía de motivación, consagrado en el artículo 76 numeral T literal 1) de la Constitución de la República?

A fin de determinar si la sentencia 253-2012 vulneró o no el derecho al debido proceso, la Corte Constitucional citó el criterio judicial de la sentencia No. 076-13-SEP-CC, caso No. 1242-10-EP en donde se considera que:

[...] el objeto de la garantía de la motivación de las decisiones judiciales o administrativas, no consiste únicamente en enunciar los hechos, las normas y confrontarlos; sino que debe cumplir, además, estándares que permitan evaluar la prolijidad en la utilización de la lógica y la argumentación jurídica, para que de esta

manera den cuenta a las partes y al auditorio social en general, de una correcta administración de la cosa pública; y más concretamente, de la administración de justicia.

(Sentencia No. 076-13-SEP-CC, caso No. 1242-10-EP)

De igual manera, la Corte Constitucional tomó como referencia la sentencia No. 227-12 SEP-CC, caso No. 1212-11-EP, con el fin de establecer los tres requisitos indispensables que toda decisión judicial debe tener con respecto a la motivación fundamentada en cada caso:

[...] a) Razonabilidad, entendida esta como la identificación de las fuentes de derecho empleadas por la autoridad en su decisión y su relación con la naturaleza y objeto de la acción o recurso en el contexto del cual fue emitida la resolución.

[...] b) Lógica, la misma que hace referencia a la existencia de la pertinente coherencia entre las premisas y de estas con la decisión final, así como el cumplimiento del mínimo de carga argumentativa que el derecho exige para la decisión de la que se trate; y

[...] c) Comprensibilidad, que hace relación a la claridad en el lenguaje utilizado en el fallo o resolución, con la finalidad de que pueda ser entendido por cualquier ciudadano.

(Sentencia No. 227-12 SEP-CC, caso No. 1212-11-EP)

En este sentido, al revisar la sentencia No. 253-2012 la Corte concluyó que la Sala Única de la Corte Superior de Justicia de Santa Elena, si utilizó y cumplió con el parámetro de razonabilidad, toda vez que la sentencia contiene las fuentes de derecho oportunas que le permitió a la autoridad emitir su decisión. Con respecto a la utilización de la lógica, la Corte Constitucional refiere que existen fallas en la coherencia del razonamiento judicial, lo cual deriva en una vulneración del derecho constitucional al debido proceso por la falta de una oportuna motivación.

Finalmente, con respecto a la comprensibilidad, la Corte Constitucional menciona que, si bien la decisión judicial impugnada presenta un lenguaje sencillo, claro y de fácil entendimiento, ésta carece de un análisis coherente que posibilite comprender las razones por las cuales el juzgador decidió emitir la sentencia dentro del caso en concreto. En este contexto, la Corte Constitucional refiere que la sentencia No. 253-2012, si vulneró el derecho al debido proceso en su garantía de una oportuna fundamentación por parte de las resoluciones de autoridades judiciales, conforme lo contempla el artículo 76, numeral 7, literal 1) de la Constitución de la República del Ecuador.

Segundo problema jurídico: [...] b) La sentencia de 25 de septiembre de 2012, las 08h08, dictada por el juez segundo de lo civil y mercantil de Santa Elena, dentro del expediente de acción de protección No. 277-2012, ¿vulneró el derecho al debido proceso en la garantía de motivación, consagrado en el artículo 76 numeral 7 literal 1) de la Constitución de la República?

Con respecto a la sentencia dictada por el Juez Segundo de lo Civil y Mercantil de Santa Elena, dentro de la causa de acción de protección No. 277-2012, la Corte Constitucional analizó si existió o no una correcta motivación, utilizando los mismos requisitos fundamentales para establecer la motivación: razonabilidad, lógica y comprensibilidad.

En el análisis de razonabilidad, la Corte Constitucional considera a lo largo de la sentencia 277-2012, que los juzgadores omitieron citar las normas constitucionales pertinentes, en virtud de que:

[...] el juzgador fijó su competencia con base en los artículos 86, 87, 88 y 167 de la Constitución de la República del Ecuador. Por su parte, en el considerando cuarto, el juzgador se refiere al artículo 2 numeral 9 de la Ley Orgánica de Garantías

Jurisidiccionales y Control Constitucional sobre la improcedencia de la acción de protección cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial [...].

[...] Adicionalmente, en el mismo considerando el juzgador citó el artículo 69 numeral 4 sobre la obligación del Estado para proteger a madres y padres y jefes de familia; y se refirió a los artículos 33 y 64 numeral 4 de la Ley Orgánica de Servicio Público en relación al permiso de dos horas diarias, establecido en la ley, para funcionarios públicos que tienen hijos con discapacidad grave y la cuota del 4% de personas con discapacidad que deben tener las instituciones públicas con más de 25 servidores públicos. (Sentencia No. 172-18-SEP-CC, Caso No. 2149-13-EP)

En este sentido, la Corte Constitucional refiere que la razonabilidad no ha sido cumplida por parte de los juzgadores dentro de la sentencia 277-12, en virtud de que en ella los operadores de justicia obviaron identificar las fuentes de derecho necesarias para emitir una sentencia oportuna que no vulnere el derecho al debido proceso.

Con respecto a la lógica, la Corte Constitucional considera que el juzgador no utilizó en su análisis la parte lógica, en tanto, refirió que el acto administrativo accionado debía ser impugnado en la vía judicial normal y no como una acción de protección, esta argumentación, a decir de la Corte Constitucional, generó una falta de coherencia entre las premisas del juzgador y la parte resolutive de la sentencia, omitiendo por completo el análisis sobre la existencia o no de la vulneración de los derechos constitucionales de la parte accionada y de su hijo.

Finalmente, con respecto a la comprensibilidad, la Corte Constitucional refiere que la sentencia No. 277-2012, presenta un lenguaje sencillo, claro y de fácil entendimiento, sin embargo, en esta sentencia se obvia la identificación de las fuentes de derecho constitucional que son necesarias para que las autoridades jurisdiccionales presenten una resolución adecuada, no

obstante esta sentencia carece de un análisis coherente que le permita resolver sobre los derechos constitucionales denunciados como vulnerados, incumpliendo, en este sentido, el requisito de comprensibilidad que es indispensable dentro de la motivación de todo fallo judicial.

Tercer problema jurídico: [...] c) La acción de personal No. 000053 de 27 de abril de 2012, suscrita por el gobernador de la provincia de Santa Elena, mediante la cual procedió a la cesación de funciones por compra de renuncia con indemnización de la accionante, quien tiene a su cuidado un hijo con discapacidad intelectual del 84% ¿vulneró el derecho constitucional al trabajo y el derecho de atención prioritaria para las personas con discapacidad, recogidos en los artículos 33 y 35 de la Constitución de la República, respectivamente?

En este problema jurídico, la Corte Constitucional realizó un análisis profundo de la normativa nacional vigente que protege y garantiza los derechos de las personas que tienen bajo su responsabilidad a una persona con discapacidad, resaltando en su análisis los artículos 33, 35, 47, 48, 229, 333 de la Constitución de la República, así como también los artículos 18 y 19 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, de igual manera los artículos 8, 47, 60 de la Ley Orgánica de Servicio Público, así mismo el artículo 64 de Ley Orgánica de Servicio Público, y artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades.

Y en base a esta normativa utilizada, la Corte Constitucional consideró que la terminación de la relación laboral a través de la aplicación de la figura de compra de renuncia obligatoria con indemnización, que se encuentra contenida en el artículo 8 del Decreto Ejecutivo No. 813, constituye una vulneración del derecho constitucional al trabajo de la señora Mónica Estrella, con relación del derecho de su hijo a recibir atención prioritaria, tal como se establece en los artículos 33 y 35, de la Constitución de la República del Ecuador.

Cuarto problema jurídico: [...] d) ¿Existe una omisión inconstitucional parcial por parte

del legislador al no incluir como excepción a la posibilidad de terminar la relación establecida por medio de un nombramiento permanente a través de la compra de renuncia con indemnización, al caso en que la servidora o servidor sea una persona con discapacidad o quien tenga a su cuidado y responsabilidad un hijo, hija, cónyuge, pareja en unión de hecho o progenitor con discapacidad?

Finalmente, en el análisis del último planteamiento jurídico, la Corte Constitucional al determinar que existe una omisión inconstitucional parcial, en ejercicio de la facultad contenida en el artículo 436 numerales 3 y 10, en concordancia con los artículos 33, 35,48 numeral 7 y 333, segundo inciso de la Constitución de la República (2008), procede a dictar una sentencia aditiva en el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades, disponiendo expresamente lo siguiente: “[...] Artículo. 51.- Estabilidad laboral. - Las personas con discapacidad, deficiencia o condición discapacitante gozarán de estabilidad especial en el trabajo” (LOD, 2012, art. 51).

[...] En el caso de despido injustificado de una persona con discapacidad o de quien tuviere a su cargo la manutención de la persona con discapacidad, deberá ser indemnizada con un valor equivalente a dieciocho (18) meses de la mejor remuneración, adicionalmente de la indemnización legal correspondiente (LOD, 2012, art. 51).

[...] Las personas que adquieran una discapacidad en su vida laboral, por caso fortuito o por enfermedad sobreviniente, tienen derecho a su rehabilitación, readaptación, capacitación, reubicación o reinserción, de conformidad con la Ley. (Sentencia No. 172-18-SEP-CC, Caso No. 2149-13-EP).

Además, para la cesación de funciones por supresión de puestos o por compra de renuncias con indemnización, “[...] no se considerarán los que ocupen las personas con discapacidad o quienes tengan a su cuidado y responsabilidad un hijo, cónyuge, pareja en

unión de hecho o progenitor con discapacidad, debidamente certificado por la autoridad sanitaria nacional”. (Sentencia No. 172-18-SEP-CC, Caso No. 2149-13-EP)

2.1.5. Argumentos de la Corte Constitucional en relación del principio superior de niñas, niños y adolescentes con discapacidad y el derecho al trabajo de las personas a cargo de su cuidado

Con respecto a las personas que presentan discapacidad, la Corte Constitucional refiere que dada su protección reforzada, este grupo de atención prioritario debe contar con mayor posibilidad de acceso y estabilidad laboral. En este sentido, con el fin de subsanar la omisión inconstitucional encontrada la sentencia emitida por el juzgador de primera instancia, es necesario efectuar un ejercicio de constitucionalidad condicionada en las disposiciones que se encuentran en el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades. En este contexto, la Corte Constitucional considera que:

[...] toda institución pública, al analizar la aplicación de la compra de renuncia obligatoria con indemnización, deberá excluir de su aplicación a aquellas personas que tengan una discapacidad o a quienes tengan a su cuidado y responsabilidad un hijo, cónyuge, pareja en unión de hecho o progenitor con discapacidad, debidamente certificada por la autoridad sanitaria nacional. (Sentencia No. 172-18-SEP-CC, Caso No. 2149-13-EP)

Asimismo, la Corte Constitucional cita de forma textual el artículo 35 de la Constitución de la República, en el que se hace referencia a las personas con discapacidad dentro del grupo de atención prioritaria, quienes recibirán atención especializada por su condición de vulneración. Con respecto a la discriminación, la Corte Constitucional citó el artículo 3 numeral 1, de la Constitución de la República en donde se establece los deberes del Estado, entre ellos se

encuentra, el de garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos inscritos en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

En lo que concierne el derecho al trabajo, la Corte Constitucional citó el artículo 33 de la Constitución de la República (2008), en el que se hace referencia a el trabajo como un derecho y un deber social, que posibilita la realización personal y profesional del trabajador en base de la economía. Así pues, el Estado es el ente encargado de garantizar a las personas trabajadoras el respeto a su dignidad, a percibir remuneraciones y retribuciones justas de acuerdo al desempeño de su trabajo, siempre y cuando, éste sea saludable y beneficioso para el trabajador.

De igual manera se cita el artículo 333 de la Constitución de la República, en el que se hace referencia a las obligaciones del Estado en cuanto a promover un régimen laboral que se encuentre en armonía con las necesidades de cada trabajador. Finalmente, en relación al derecho al trabajo, la Corte Constitucional, resalta el argumento central de la sentencia No. 016-13-SEP-CC, dentro del caso No. 1000-12-EP, que manifiesta:

El derecho al trabajo, al ser un derecho social y económico, adquiere una categoría especial toda vez que tutela derechos de la parte considerada débil dentro de la relación laboral, quien al verse desprovista de los medios e instrumentos de producción puede ser objeto de vulneración de sus derechos; es en aquel sentido que se reconoce constitucionalmente el derecho a la irrenunciabilidad e intangibilidad de los derechos de los trabajadores, los cuales, asociados con el principio de *indubio pro operario* constituyen importantes conquistas sociales que han sido reconocidas de forma expresa en el constitucionalismo ecuatoriano. (Sentencia No. 016-13-SEP-CC, Caso No. 1000-12-EP)

A manera de conclusión se observa que la Corte Constitucional utilizó la normativa

nacional vigente en la Constitución de la República, así como también en la Ley Orgánica de Discapacidades con el afán de analizar el caso específico de la señora Mónica Estrella, quien mencionaba dentro de la acción extraordinaria de protección que se vulneraron sus derechos, y para determinar si existió o no vulneración de los mismos la Corte citó los artículos 3, 33, 35 y 333 de la Constitución de la República, así como también el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades.

2.1.6. Medidas de reparación dispuestas por la Corte Constitucional

Al determinar que se presentó vulneración de los derechos constitucionales en las sentencias de primera y segunda instancia, así como también en la acción de personal emitida por la autoridad administrativa, la Corte Constitucional determinó las siguientes medidas de reparación integral, a fin de alcanzar una protección efectiva de los derechos vulnerados:

a) Medidas para la reparación de la vulneración al debido proceso en la garantía de la motivación

La Corte Constitucional identificó que en las sentencias de primera y segunda instancia, se vulneró el derecho a el debido proceso en la garantía de motivación que toda resolución normativa o judicial debe tener, y a fin de subsanar esta vulneración, la Corte consideró que se debe aplicar la medida de restitución, en la cual se deja sin efecto la sentencia de segunda instancia No. 253-2012, emitida por la Sala Única de la Corte Superior de Justicia de Santa Elena, así como también, se deja sin efecto la sentencia de primera instancia No. 277-2012, emitida por el juez segundo de lo civil y mercantil de Santa Elena.

La Corte Constitucional consideró, además, establecer una medida de garantía de no repetición, a fin de evitar que las vulneraciones presentes en las sentencias de primera y segunda instancia, no vuelvan a ocurrir en casos análogos posteriores en los que se presenten acontecimientos similares. Para este efecto, la Corte Constitucional dispuso al Consejo de la

Judicatura, mediante su representante legal, que presente una amplia difusión del contenido de la sentencia No. 172-18-SEP-CC, entre jueces y operadores de justicia que tienen competencia para conocer garantías jurisdiccionales de los derechos constitucionales.

A fin de determinar si existió una posible responsabilidad de vulneración de derechos por parte de los juzgadores, la Corte Constitucional dispuso como medida de investigación, determinación de responsabilidades y sanción, al Consejo de la Judicatura, para que a través de su representante legal, se investigue si existió o no una infracción que merezca ser sancionada.

Finalmente, la Corte Constitucional emitió la sentencia No. 172-18-SEP-CC y su publicación en el Registro Oficial como una medida de satisfacción ante la acción extraordinaria de protección presentada por la señora Mónica Estrella, en donde se determinó que si existió vulneración de sus derechos.

b) Medidas para la reparación de la vulneración a los derechos recibirán atención prioritaria a la persona con discapacidad y al derecho al trabajo

La Corte Constitucional concluyó que dentro del acto administrativo impugnado, en la acción de protección, se vulneraron varios derechos constitucionales de la parte la accionante, así como también los derechos constitucionales del hijo de la accionante quien presenta una discapacidad intelectual del 84%, en este sentido, la Corte Constitucional estableció medidas de reparación a fin de garantizar la restitución de los derechos vulnerados.

Como medida de restitución, la Corte Constitucional consideró la reincorporación de la señora Mónica Maritza Estrella Páez a su puesto de trabajo, en la Gobernación Provincial de Santa Elena, a través de nombramiento permanente, en donde se le debe brindar las mismas o similares condiciones de trabajo, con la remuneración que le corresponde al cargo de servidora pública 1. El plazo que la Corte Constitucional estableció para el cumplimiento de esta medida

fue en un término de veinte días a partir de la notificación de la presente sentencia.

Como medida de reparación económica, la Corte Constitucional consideró necesario que la Gobernación de la Provincia de Santa Elena debe cancelar el valor correspondiente a las remuneraciones no percibidas y demás beneficios de ley, a la señora Mónica Estrella, desde el 21 de abril de 2012 hasta la reincorporación de su nuevo puesto de trabajo, más los intereses de ley, tomando en cuenta el descuento económico de los valores que se le entregaron por concepto de indemnización.

Finalmente, como medida de garantía de no repetición, la Corte Constitucional ordenó que la Gobernación de la Provincia de Santa Elena, a través de su unidad administrativa de talento humano, con la asistencia técnica de la Defensoría del Pueblo y del Consejo Nacional para la Igualdad de Discapacidades, diseñen e implementen un plan de capacitación en materia de los derechos de las personas con discapacidad, el mismo que debe incorporar estándares internacionales y naciones de protección. Como una segunda medida que sigue este mismo carácter, la Corte Constitucional dispuso que el Ministerio del Trabajo, como organismo rector, realice una amplia difusión del contenido de la Sentencia No. 172-18-SEP-CC entre las instituciones que conforman el sector público.

2.2. Jurisprudencia vinculante observada por la Corte Constitucional en la Sentencia No. 001-16-PJO-CC, dentro del caso No. 0530-10-JP

Dentro del análisis jurídico que la Corte Constitucional realizó en la presente acción extraordinaria de protección, se observó como jurisprudencia vinculante la Sentencia No. 001-16-PJO-CC, emitida por la Corte Constitucional dentro del caso No. 0530-10-JP, recogiendo de la misma dos consideraciones oportunas que sirvieron de guía para el desarrollo de la Sentencia No. 172-18-SEP-CC:

[...] 1. Las juezas y jueces constitucionales que conozcan de una acción de protección, deberán realizar un profundo análisis acerca de la real existencia de la vulneración de derechos constitucionales en sentencia, sobre la real ocurrencia de los hechos del caso concreto. Las juezas o jueces constitucionales únicamente, cuando no encuentren vulneración de derechos constitucionales y lo señalen motivadamente en su sentencia, sobre la base de los parámetros de razonabilidad, lógica y comprensibilidad, podrán determinar que la justicia ordinaria es la vía idónea y eficaz para resolver el asunto controvertido. (Sentencia No. 001-16-PJO-CC, Caso No. 0530-10-JP)

[...] 2. La regla expedida en la presente sentencia deberá ser aplicada con efectos generales o *erga omnes* en casos similares o análogos. (Sentencia No. 001-16-PJO-CC, Caso No. 0530-10-JP)

En este contexto, dentro de la acción extraordinaria de protección, la Corte Constitucional considera que los juzgadores de primera y segunda instancia, emitieron un criterio contradictorio con las normas y garantías que se encuentran contenidas en la norma constitucional, así como también con los pronunciamientos de la Corte Constitucional.

2.3. Propuesta crítica a la sentencia constitucional

La Sentencia No. 172-18-SEP-CC, constituye dentro del marco jurídico ecuatoriano como una sentencia de carácter aditiva, en virtud de que a través de un profundo análisis, la Corte Constitucional concluyó que el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades (2021), no contribuye de forma integral en la protección de los derechos de los trabajadores y servidores con discapacidad o que tienen a su cargo personas con discapacidad, en el sector público y privado, y en tal virtud, su aplicación brinda solo una protección de carácter parcial con respecto a la estabilidad laboral, es decir, en el referido artículo se presenta una ausencia de protección

real sobre las figuras jurídicas que en ella se establecen, como por ejemplo, la compra de renuncia obligatoria y el despido intempestivo, los mismos que podrían ser aplicados sin ningún problema por parte del empleador, en este sentido, a fin de evitar que se reproduzca la vulneración de derechos, principalmente de las personas que tienen discapacidad o que bajo su cargo tienen una persona con discapacidad, la Corte Constitucional consideró establecer la siguiente adhesión:

[...] Artículo. 51.- Estabilidad laboral. - Las personas con discapacidad, deficiencia o condición discapacitante gozarán de estabilidad especial en el trabajo [...]. En el caso de despido injustificado de una persona con discapacidad o de quien tuviere a su cargo la manutención de la persona con discapacidad, deberá ser indemnizada con un valor equivalente a dieciocho (18) meses de la mejor remuneración, adicionalmente de la indemnización legal correspondiente. (Sentencia No. 172-18-SEP-CC, Caso No. 2149-13-EP)

[...] Las personas que adquieran una discapacidad en su vida laboral, por caso fortuito o por enfermedad sobreviniente, tienen derecho a su rehabilitación, readaptación, capacitación, reubicación o reinserción, de conformidad con la ley [...]. Además, para la cesación de funciones por supresión de puestos o por compra de renunciaciones con indemnización, no se considerarán los que ocupen las personas con discapacidad o quienes tengan a su cuidado y responsabilidad un hijo, cónyuge, pareja en unión de hecho o progenitor con discapacidad, debidamente certificado por la autoridad sanitaria nacional. (Sentencia No. 172-18-SEP-CC, Caso No. 2149-13-EP)

Como se observa, la Corte Constitucional modificó el art 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades a fin de evitar que se proceda con la compra de renunciaciones obligatorias, sin

embargo, cabe resaltar que esta modificación deja un gran vacío jurídico con respecto al despido intempestivo del personal conforme se establece en el Código de Trabajo. De ahí la importancia de desarrollar la presente investigación académica, que demuestra que a pesar de que existe una normativa jurídica nacional e internacional que ratifica los derechos a favor de trabajadores y de trabajadores que tienen a su cargo personas con discapacidad, se presenta inestabilidad laboral principalmente dentro del marco del sector público, es así que en la Sentencia No. 172-18-SEP-CC, emitida por la Corte Constitucional del Ecuador, se resolvió declarar la vulneración de los derechos reconocidos en los artículos 33, 35 y 76 numeral 7 literal 1) de la Constitución de la República.

En este contexto surge la necesidad de establecer un modelo constitucional garantista, en el que los operadores de justicia de todos los niveles, conozcan la diferencia entre acuerdo, decreto, y norma, las mismas frente a la supremacía constitucional, a fin de que se constituya como una guía clara que posibilite aplicar normas generales en casos específicos, garantizando los derechos de los trabajadores y principalmente de aquellos que se encuentran en estado de vulneración o de doble vulneración.

CONCLUSIONES

Dentro del presente trabajo de investigación se desarrolló un marco teórico-jurídico de carácter nacional e internacional con respecto al principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes con discapacidad en relación con el trabajo de sus padres, el mismo que enriqueció la estructura capitular de la temática propuesta, observando desde un marco histórico la evolución de los derechos de niños, niñas y adolescentes con discapacidad, así como también el derecho de los trabajadores sustitutos que tienen bajo su cuidado a personas con discapacidad, generándose las siguientes conclusiones:

La Constitución de la República, las leyes y jurisprudencia constitucional relacionadas con la protección laboral de las personas que presentan discapacidad, así como la de sus sustitutos, no son suficientes dentro del ámbito administrativo, en tanto, su desconocimiento ocasiona que las entidades públicas den por terminada la vinculación laboral con los trabajadores sustitutos, tal como ocurrió en la Gobernación de la provincia de Santa Elena, en donde se vulneraron los derechos de la señora Mónica Estrella. En este contexto, se considera oportuno realizar una campaña de difusión masiva a nivel nacional que reivindique el derecho de la protección laboral de las personas que presentan discapacidad.

Gracias al análisis de la Sentencia No. 172-18-SEP-CC, Caso No. 2149-13-EP, queda claro que no es necesario que el servidor o trabajador presente o declare de forma expresa ante el Ministerio de Trabajo que tiene bajo su cargo una persona con discapacidad, a fin de que se lo considere formalmente como un trabajador o servidor sustituto, pues no es necesaria esta declaración cuando se presenta una vulneración de derechos constitucionales. Sin embargo, es preciso resaltar que la discapacidad de niños, niñas y adolescentes debe estar calificada por la autoridad sanitaria nacional competente.

La Sentencia No. 172-18-SEP-CC, Caso No. 2149-13-EP, deja abierto un debate con respecto a la vulneración de derechos que se presenta dentro de la figura de despido intempestivo para los trabajadores que se encuentran bajo el Código de Trabajo, ya que éste contiene principios de libertad contractual y autonomía de voluntad, es decir, el empleador tiene la facultad de despedir a trabajadores que presenten discapacidad, aclarando que existe una excepción en el sector público donde se impide aplicar el despido intempestivo a funcionarios con discapacidad, siempre y cuando éstos cuenten con la calificación de discapacidad emitido por la autoridad sanitaria competente, en este sentido, la Corte Constitucional no realizó un razonamiento de forma integral, en tanto, se establecen diferencias entre el sector público y privado, evidenciándose en este sentido que la Sentencia No. 172-18-SEP-CC, no corrigió de forma oportuna la violación de derechos en cuanto a la igualdad formal ante la ley para las personas que presentan discapacidad.

La Corte Constitucional concluyó que el artículo 51 de la Ley Orgánica de Discapacidades no contribuye de forma integral en la protección de los derechos de los trabajadores y servidores con discapacidad en el sector público y privado, y en tal virtud, su aplicación brinda solo una protección de carácter parcial con respecto a la estabilidad laboral, es decir, en el referido artículo se presenta una ausencia de protección real sobre las figuras jurídicas que en ella se establecen, como por ejemplo, la compra de renuncia obligatoria y el despido intempestivo, los mismos que podrían ser aplicados sin ningún problema por parte del empleador, en este sentido, a fin de evitar que se reproduzca la vulneración de derechos, principalmente de las personas que tienen discapacidad o que bajo su cargo tienen una persona con discapacidad.

Finalmente, el sistema legislativo y la jurisprudencia constitucional ecuatoriana no deben limitar las leyes de estabilidad laboral a una mera modalidad de contrato cuando se trate de una persona con discapacidad o su sustituto, pues se debe considerar como tema central la situación de vulnerabilidad del trabajador, y para ello se debe garantizar el derecho a la estabilidad del mismo, e incluso se debe buscar su reubicación en un puesto de características similares o que sea de rango equivalente y que garantice su bienestar.

BIBLIOGRAFÍA

- Aliño, M. & Pineda, S. (s.f.). El concepto de adolescencia. Manual de prácticas clínicas para la atención en la adolescencia.
- Anilema, R. (2018). El principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes, en los procesos jurídico-administrativos de la adopción internacional en el Ecuador. (Proyecto de Investigación). Pontificia Universidad Católica del Ecuador Ambato.
- Blanch, J. (1996). Psicología Social del Trabajo. Cap. 4. En: Álvaro, J. Garrido, A.; Torregrosa, JR. (Coords) Psicología Social Aplicada. (pp. 85-120). Madrid: Mc Graw Hill.
- Cabanellas, G (1993). Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta S.R.L.
- Cabanellas, G. (2012). Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta S.R.L.
- Carbonell, M. (2007). Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos. Madrid, Trotta.
- Celi, I. (2017). Neoconstitucionalismo en Ecuador. Universidad Andina Simón Bolívar. Corporación Nacional Editorial
- Child Welfare Information Gateway. (2010). Con cambios Van der Hoeven, 2011.
- Davis, A. (2017). Vulneración de los derechos constitucionales frente al incumplimiento de la pensión alimenticia en Quito año 2015. Universidad Central del Ecuador.
- Espinosa Torres, Patricia. (2000). Grupos vulnerables y cambio social.
- Ferrari, R. (2012). La importancia del trabajo para la vida humana y el flagelo de la desocupación. Universidad Nacional de La Plata, Argentina. VII Jornadas de Sociología.
- Fiallos, E. (s.f.). El Estado Social de derecho y del Estado Constitucional de derechos y justicia. Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Sede Ambato.
- García, M. (s.f). Las doctrinas de la relación jurídica y del derecho subjetivo en el derecho del trabajo.

- Guerrón, S. (2001). Principios constitucionales del derecho del trabajo y flexibilidad laboral en el Ecuador. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito-Ecuador.
- Organización Panamericana de la Salud. (1990). Las condiciones de salud de las Américas. Washington: OPS.
- Palacios, V. (2014). Estado Social de Derecho y Estado Constitucional de Derechos. Revisión en el link: <https://derechoecuador.com/estado-social-de-derecho-y-estado-constitucional-de-derechos/>. Fecha de consulta: 22 de diciembre de 2021.
- Pérez, N. (2010). La experiencia de la diferencia en la investigación.
- Salazar, P. (2013). El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. Una Perspectiva Crítica. México. UNAM.
- Savigny, K. (1949). La Ciencia del Derecho. Editorial Losada, Buenos Aires.
- Rodríguez, C. (2011). El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Buenos Aires-Argentina.
- Unicef. (2006). Convención sobre los derechos del niño. UNICEF Comité Español. Junio de 2006.

Linkografía revisada:

- Albanesi, R. (2014). Historia reciente del trabajo y los trabajadores. Apuntes sobre lo tradicional y lo nuevo, lo que cambia y permanece en el mundo del trabajo. Universidad Nacional de Santiago del Estero. Argentina. Revisado en www.unse.edu.ar/trabajosociedad.
- Almanza, J. (2020). Constitucionalización de los derechos laborales a través del desarrollo jurisprudencial en el caso de la estabilidad laboral y ocupacional reforzada. Revista de Estudios Socio Jurídicos, 23(1), 1-17.
<https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.10026>

Argudo, L., González, M. & Tamayo, F. (2020). La garantía de inamovilidad y el despido ineficaz en la República del Ecuador. Polo del conocimiento. 5(2), 429-447.
<https://polodelconocimiento.com/ojs/index.php/es/article/view/1285>

Duque, S., Quintero, L. & Sánchez, P. (2016). Informe académico sobre la protección en el trabajo para las personas con discapacidad. Revista de Derecho, 45, 59-71.
<https://bit.ly/2OHyNoK>.

Normativa Jurídica:

Ecuador. (2009). Código Orgánico de la Función Judicial, Suplemento. Registro Oficial 544, 9 de marzo de 2009.

Ecuador. (2003). Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. Registro Oficial 100, 3 de julio de 2003.

Ecuador. (2005). Código del Trabajo, Suplemento. Registro Oficial 167, 6 de diciembre de 2005.

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

Ecuador. (2012). Ley Orgánica de Discapacidades, Suplemento. Registro Oficial No. 796, martes 25 de septiembre del 2012

Sentencias y fuentes jurisprudenciales:

Corte Constitucional del Ecuador. (16 de mayo de 2018). Sentencia No. 172-18-SEP-CC.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 001-16-PJO-CC, Caso No. 0530-10-JP.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 001-16-PJO-CC, Caso No. 0530-10-JP.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 016-13-SEP-CC, Caso No. 1000-12-EP.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 076-13-SEP-CC, caso No. 1242-10-EP.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de los trabajadores cesados de PETROPERÚ y otros vs. Perú. 2017.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela. 2018.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución 2005/65. 2005.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia No. 080-13-SEP-CC, Caso No. 0445-11-EP.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Baena Ricardo y otros, 270 trabajadores vs. Panamá. 2001.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Aguado Alfaro y otros vs. Perú. 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-17/2002, de fecha 28 de agosto de 2002.

Juzgado Segundo de lo Civil y Mercantil de Santa Elena. Sentencia No. 277-2012.

Sala Única de la Corte Superior de Justicia de Santa Elena. Sentencia No. 253-2012.